CÂMARA MUNICIPAL DE
SÃO PAULO

REVISTA PROCURADORIA
da Câmara Municipal de São Paulo

v. 5 n. 1 janeiro/dezembro 2017

São Paulo

ISSN 2316-7998

R. Proc. Câm. Mun. São Paulo	São Paulo	v. 5	n. 1	p. 1-216	jan./dez. 2017

Expediente

Editor	Maria Nazaré Lins Barbosa
Comissão Editorial	Antonio Russo Filho, Andrea Rascovski Ickowicz, Ana Helena Pacheco Savoia, Carlos Benedito Vieira Micelli, Cintia Talarico da Cruz Carrer, Christiana Samara Chebib, Felipe Faria da Silva, Juliana Tongu Reinhold, Luciana de Fátima da Silva, Mário Sérgio Maschietto, Ricardo Teixeira da Silva
Capa	Equipe de Comunicação – CCI.3
Editoração gráfica	Gráfica CS - Eireli - EPP
Projeto gráfico, diagramação, CTP, impressão e acabamento	Gráfica CS - Eireli - EPP
Tiragem	500 exemplares

Revista Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo – Palácio Anchieta
Viaduto Jacareí, 100, 12º andar, sala 1217 – Bela Vista, São Paulo – SP
CEP 01319-900
e-mail: revistaprocuradoria@camara.sp.gov.br
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.5, n.1 (2017) – São Paulo: CMSP, 2017-
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 - 2017

Mesa

Presidente	Milton Leite
1º Vice-Presidente	Eduardo Tuma
2º Vice-Presidente	Edir Sales
1º Secretário	Arselino Tatto
2º Secretário	Celso Jatene
1º Suplente	Gilberto Nascimento
2º Suplente	Ota
Corregedoria	Souza Santos

Vereadores

Adilson Amadeu
Adriana Ramalho
Alessandro Guedes
Alfredinho
André Santos
Antonio Donato
Arselino Tatto
Atilio Francisco
Aurélio Nomura
Caio Miranda Carneiro
Camilo Cristófaro
Celso Jatene
Claudinho de Souza
Conte Lopes
Dalton Silvano
David Soares
Edir Sales
Eduardo Suplicy
Eduardo Tuma
Eliseu Gabriel
Fabio Riva
Fernando Holiday
George Hato
Gilberto Nascimento
Gilson Barreto
Isac Felix
Jair Tatto
Janaína Lima
João Jorge
José Police Neto
Juliana Cardoso
Mário Covas Neto
Milton Ferreira
Milton Leite
Nataline
Noemi Nonato
Ota
Patrícia Bezerra
Paulo Frange
Prof. Cláudio Fonseca
Reginaldo Tripoli
Reis
Ricardo Nunes
Ricardo Teixeira
Rinaldi Digilio
Rodrigo Goulart
Rute Costa
Sâmia Bomfim
Sandra Tadeu
Senival Moura
Soninha
Souza Santos
Toninho Paiva
Toninho Vespoli
Zé Turin

Sumário

ARTIGOS

A visão do STF sobre o financiamento empresarial de campanhas eleitorais: uma análise das ADIS 1076-MC, 4650 e 5394-MC - *Ricardo Teixeira da Silva* **09**

Audiências Públicas na Cidade de São Paulo: Comentários Sobre o Projeto de Lei nº 433/2014 - *Gustavo Justino de Oliveira, Telma Rocha Lisowsk* **23**

A Advocacia Pública e o Aperfeiçoamento Normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro - *Derly Barreto e Silva Filho* **43**

De Bresser aos dias atuais: caminhos e desafios do Terceiro Setor - *Dimas Eduardo Ramalho* **77**

Análise crítica do Instituto do Compromisso previsto no Artigo 23, do Projeto de Lei do Senado Federal N. 349/2015, que trata da alteração da Lindb – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - *Dirceu Giglio Pereira, Raul Miguel Freitas de Oliveira* **89**

As leis municipais e os tratados internacionais de direitos humanos - *Carlos Ogawa Colontonio* **107**

Alcance da imunidade parlamentar dos vereadores: imunidade material e a liberdade de expressão - *Carolina Lima de Biagi* **121**

PARECERES

Da cumulação de cargos de mandato eletivo – afastamento do cargo de Vereador para assunção de cargo de Deputado Estadual – Parecer nº 08/2015 - *Érica Corrêa Bartalini de Araújo* **155**

Comissão Parlamentar de Inquérito - Publicidade e Procedimento: Questões Práticas - Parecer nº 250/16 - *Ricardo Teixeira da Silva* **159**

Limitações decorrentes da legislação eleitoral. Cobertura de evento pela TV Câmara. Possibilidade - Parecer nº 264/2016 - *Lilian Vargas Pereira Poças* **175**

Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) – Pedido de acesso a documentos e questões de sigilo - Parecer nº 431/2017 - *Luiz Eduardo de Siqueira S. Thiago, Ana Helena Pacheco Savoia* **181**

PEÇAS JUDICIAIS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - *Djenane Ferreira Cardoso, Andréa Rascovski Ickowicz, Marcella Falbo Giacaglia* **189**

Artigos

A visão do STF sobre o financiamento empresarial de campanhas eleitorais: uma análise das ADIS 1076-MC, 4650 e 5394-MC

Ricardo Teixeira da Silva[1]

Resumo: O artigo pretende, em um primeiro momento, identificar, contextualizar e analisar criticamente as principais decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do financiamento empresarial das campanhas eleitorais. Em seguida, objetiva-se identificar o núcleo da argumentação utilizada na paradigmática ADI 4650-DF e a sua relação com os argumentos contidos nas demais decisões que tangenciaram o tema, desvelando-se a percepção do próprio STF sobre o seu papel institucional na definição das regras caras à competição eleitoral.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; ativismo judicial; separação de poderes; diálogo institucional; financiamento de campanha; competição eleitoral.

1. Introdução

A Constituição de 1988 ampliou consideravelmente as competências do STF, permitindo que a Corte assumisse maior protagonismo nas deliberações sobre temas sensíveis. Nesse cenário, a partir da década de 1990, surgiram no Brasil diversos trabalhos sobre ativismo judicial, especialmente em relação ao controle judicial sobre políticas públicas, terreno em que a grande tensão existente se dá entre os poderes Executivo e Judiciário[2].

Outra face do fenômeno do ativismo judicial é materializada na tensão entre controle de constitucionalidade e regra da maioria, questão extremamente relevante

[1] Advogado (USP), Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo, especialista em Administração Pública (Escola Superior do TCM-SP), especialista em Direito Municipal (Uniasselvi), mestrando em Ciência Política (USP), Presidente da Associação Nacional dos Procuradores Legislativos Municipais – APROLEGIS, membro da Comissão da Advocacia Pública da OAB/SP.

[2] Por exemplo: Bucci, Maria Paula Dallari. "As políticas públicas e o Direito Administrativo", in "Revista Trimestral de Direito Público", v. 13, São Paulo, Malheiros, 1996; Grinover, Ada Pellegrini. "O controle jurisdicional de políticas públicas, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013, pp. 125 e ss.

nos estudos sobre o funcionamento das democracias contemporâneas. Sobre o tema, em âmbito nacional, a literatura tem apontado uma crescente supremacia do Supremo Tribunal Federal em face do Congresso Nacional[3],[4].

O artigo está inserido nesse contexto, mas em um campo muito mais restrito, que é o da judicialização da competição eleitoral por meio da judicialização das regras eleitorais.

Nesse diapasão, o presente trabalho pretende investigar o comportamento do STF quando instado a decidir acerca da constitucionalidade das regras sobre financiamento empresarial de campanhas eleitorais. Ao final, objetiva-se desvelar quais foram os caminhos percorridos e argumentos utilizados para provocar, por meio do controle de constitucionalidade (ADI 4650 – DF), enorme mudança institucional consistente na proibição do financiamento empresarial, prática até então aceita pela legislação infraconstitucional.

2. Levantamento da jurisprudência

A pesquisa foi realizada no site do STF (www.stf.jus.br), na seção "jurisprudência", subseção "pesquisa". No campo "pesquisa livre" foi realizada busca pelos argumentos "financiamento e eleitoral", obtendo-se os seguintes acórdãos: ADI 5394 MC/DF; ADI 4650/DF; Inq 2027/RO; Inq 2280/MG; Inq 2245/MG; AP 307/DF; ADI 1076 MC/DF.

Os Inquéritos foram excluídos porque não versavam exatamente sobre a normatização do financiamento de campanha, mas sim sobre uma ampla gama de crimes contra a administração pública cujo resultado financeiro, em última análise, poderia ser destinado às campanhas eleitorais.

A ADI 5.394 MC/DF, por sua vez, também não dizia respeito ao financiamento de campanhas eleitorais por empresas, posto o resultado da ADI 4650/DF que

[3] Oscar Vilhena Vieira, por exemplo, embora afirme que não pretende emitir um juízo de valor positivo ou negativo, tece diversas considerações com conteúdo bastante crítico sobre a exponencial expansão do campo de atuação do Supremo Tribunal Federa; anotando, inclusive, a ausência de deferência à regra da maioria, tão comum em outras cortes. Nesse sentido: "O que ficou claro é que o Supremo não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas são melhores." Revista de Direito GV, JUL-DEZ 2008, pg. 452.

[4] Interessante a crítica de Conrado Hübner Mendes, no sentido de que o princípio da supremacia da Constituição, fundamento de diversas decisões da Corte, é utilizado, muitas vezes, de forma a assegurar a supremacia do Supremo Tribunal Federal. Mendes, Conrado Hubner, Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação, Saraiva, 2011.

declarou a prática inconstitucional. Nada obstante, haja vista a argumentação utilizada no voto condutor e as circunstâncias do julgamento, o acórdão foi mantido no universo de análise.

3. Limites decorrentes do universo de análise

Em relação à ADI 1076 – MC, observa-se que o núcleo da controvérsia constitucional não se deu em torno da constitucionalidade do financiamento empresarial de campanhas eleitorais, sendo o assunto abordado apenas em *obter dictum*. Assim, não é possível dizer que o Colegiado tenha adotado uma posição firme sobre o tema.

Com efeito, os argumentos laterais manejados por um ou alguns ministros não se prestam a descrever uma posição institucional da Corte. Porém, em situações nas quais a controvérsia constitucional pesquisada ainda não foi encarada como núcleo do objeto da ação constitucional, a análise dos reforços argumentativos pode, ao menos, sinalizar tendências e correntes no seio do Tribunal. É com tal espírito que a ADI 1076 – MC deve ser considerada para os objetivos do artigo.

O acórdão proferido na ADI 4650/DF pode ser considerado histórico, constituindo verdadeiro caso paradigmático sobre o tema. Nesse diapasão, pareceu-me pertinente abordar algumas questões sensíveis, como (i) as razões invocadas pelos ministros para justificar mudança tão importante nas normas que regem a competição política, o que foi exposto na fundamentação dos votos da maioria, (ii) a percepção que o tribunal possui quanto à sua própria legitimidade para promover tais mudanças, (iii) as razões que poderiam desaconselhar a decisão tomada, o que se desvela na fundamentação dos votos da minoria.

Em relação ao acórdão proferido no bojo da ADI 5394 MC, novamente o financiamento empresarial não está presente como núcleo do objeto da ação, que, em breve resumo, diz respeito à transparência na identificação dos doadores originários nos casos em que o candidato recebe doação do partido[5]. Porém, a argumentação utilizada em alguns momentos, outra vez em *obter dictum*, indica um sentido mais coerente com a linha argumentativa adotada pela minoria vencida na ADI 4650/DF, o que pode ensejar cogitações interessantes, sendo certo que tais argumentos devem ser interpretados com as mesmas ressalvas atinentes à ADI 1076 MC.

Em face de tais ressalvas, especialmente das limitações impostas pela

[5] Isto é, a regra tornava impossível identificar o liame entre aquele que fez a doação ao partido e o candidato que, no final da cadeia, recebeu os recursos.

abordagem conferida à ADI 1076 MC/DF e à ADI 5394 MC, torna-se difícil estabelecer uma evolução cronológica da jurisprudência. Nada obstante, a análise da ADI 4650 – DF pode ser complementada pelos outros dois julgados.

Isto posto, a opção de trabalhar com os três acórdãos se justifica na medida em que permite, ao menos, que a análise mais detida da decisão paradigmática seja acompanhada de ponderações baseadas nas percepções dos membros da Corte em casos anteriores e posteriores à grande guinada institucional promovida pelo julgamento da ADI 4650 – DF.

4. Análise da jurisprudência selecionada

4.1 Controvérsia constitucional

A Constituição Federal, ao dispor sobre os direitos políticos, não trouxe normatização acerca do financiamento de campanhas eleitorais. Nada obstante, estabeleceu limitações destinadas a preservar a higidez da competição pelo poder político; estabelecendo vedações de caráter mais genérico por meio do artigo 14, §§ 9º e 10:

> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
> (...)
> § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.
> § 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

Foram constitucionalmente vedadas, portanto, a influência do poder

econômico, o abuso deste mesmo poder e do exercício de função, emprego ou cargo público. Portanto, observados os limites constitucionais, a regulamentação da matéria ficou relegada à atuação do legislador ordinário.[6].

No presente artigo, pretende-se abordar um aspecto específico do financiamento de campanhas eleitorais, que é o financiamento empresarial. Isto é, procura-se saber como o STF enfrentou as regras legalmente criadas sobre o financiamento das eleições por empresas privadas.

4.2 ADI 1076 - MC

O primeiro contato do STF com a questão se deu por meio da ADI 1076 – MC. A referida ação foi promovida pelo Partido dos Trabalhadores em face do artigo 45, VI da Lei 8.713/93, que veda doações eleitorais realizadas por entidades sindicais e de classe. A tese utilizada pelo PT dizia que o dispositivo legal atacado promovia distinção inconstitucional ao desequiparar os sindicatos e as entidades de classe das empresas privadas com fins lucrativos, não havendo fator apto a justificar a quebra da isonomia.

A titularidade da propositura da ação permite inferir que a pleiteada autorização para captar recursos financeiros perante entidades sindicais e de classe traria vantagens ao PT em termos de competição eleitoral. Provavelmente a cúpula do partido imaginava possuir maior potencial de arrecadação do que os partidos concorrentes em tal seguimento.

O STF julgou improcedente o pedido. De acordo com a maioria vencedora, haveria sim justificava constitucional para a proibição de doações eleitorais por entidades sindicais, uma vez que estas arrecadam contribuição sindical imposta pelo Estado, o antigo imposto sindical[7], e que tal fonte de receitas possuiria, inclusive,

[6] Ainda que se adote a corrente segundo a qual a Constituição procurou vedar todo tipo de influência do poder econômico, e não apenas a influência apta a influenciar negativamente a normalidade e a legitimidade das eleições, ainda assim a proibição ao financiamento empresarial das campanhas eleitorais não decorreria das premissas por mera dedução lógica. Ora, em que consistiria exatamente esse poder econômico? Pessoas físicas não poderiam exercer o poder econômico? Cotas mais generosas do fundo partidário não poderiam ser consideradas em tal conceito? Isso tudo reforça o argumento de que a normatização do financiamento eleitoral realmente não foi uma questão resolvida pelo poder constituinte.

[7] *"É manifesto que a continuidade da contribuição sindical imposta por lei enfraquece substancialmente, no que toca às entidades sindicais, a presente arguição de inconstitucionalidade: ela dá colorido indisfarçável de razoabilidade à vedação questionada de participação no custeio de campanhas eleitorais a organizações que contam entre as fontes de sua própria manutenção, com o produto da arrecadação de exação imposta legalmente a estranhos ao seu quadro social e hoje, por isso mesmo, de natureza tributária declaradamente reconhecida pela Constituição (art. 149) e que a doutrina não mais discute (...)".* ADI 1076-DF, voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence (fl. 131).

destinação legalmente vinculada aos fins sociais da atividade sindical.[8].

Chama a atenção, porém, a argumentação elaborada no relatório do Ministro Sepúlveda Pertence, segundo à qual os escândalos de corrupção que haviam emergido nos anos imediatamente anteriores à decisão (proferida em meados de 1994), seriam decorrência do desenho normativo aplicável ao financiamento eleitoral com características extremamente proibitivas, ilusórias e ingênuas. De acordo com o Ministro, o sistema em questão engendrava pretensão impossível, a saber, a eliminação do financiamento empresarial das campanhas eleitorais, o que teria gerado cumplicidade generalizada entre os atores da vida política em relação à prática de contribuições empresariais clandestinas.[9].

Conclui-se, pois, que embora a ADI 1076 MC-DF não possa rigorosamente ser considerada um precedente constitucional sobre o tema do financiamento empresarial de campanhas eleitorais, o Ministro Relator deixou clara a sua posição favorável à contribuição das empresas, atribuindo, ainda, à tentativa de vedação completa de tal prática, a origem de graves casos de corrupção com reflexos nefastos para a vida política do país. Nessa linha de argumentação não recebeu oposição de nenhum dos seus pares.

4.3 ADI 4650-DF

4.3.1 A legitimidade do STF na visão do STF

A ADI 4650-DF foi promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e teve seu julgamento concluído em 17.09.2015. A controvérsia constitucional mais relevante se deu em torno da compatibilidade do financiamento empresarial de campanhas eleitorais com a Constituição da República. Foram debatidos, ainda, temas como a imposição de um limite fixo para a doação de pessoas físicas e a conveniência da modulação dos efeitos da decisão, hipótese em

[8] *"Creio que é inafastável a conclusão sobre a constitucionalidade do preceito, quanto às entidades sindicais, porque continuam recebendo a contribuição sindical que, pela própria lei, pela Consolidação das Leis do Trabalho, tem objetivo especificado."* ADI 1076-DF, voto do Ministro Marco Aurélio (fl. 139).

[9] *"Coube à L. 4.740/65 a importação do modelo proibitivo norte-americano (...) na tentativa sempre ilusória de eliminar a participação da empresa privada no custeio da campanha eleitoral. (...) 9. Dispensa comentários o rotundo fracasso dessa tentativa ingênua de expungir o financiamento das campanhas eleitorais do dinheiro da empresa privada: além da ineficácia notória, a vedação gerou o efeito perverso do acumpliciamento generalizado dos atores da vida política com a prática das contribuições empresariais clandestinas, fruto, na melhor das hipóteses, da sonegação fiscal. 10. Assim, como ocorrera na América, sob o estrépito de Watergate, era previsível que, também no Brasil, os escândalos dos últimos anos, universalizando a consciência da sua hipocrisia, sepultariam o velho modelo proibitivo."*. ADI 1076-MC/DF, Voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence (fls. 124/125).

que poderia ser estabelecido um prazo para a normatização do assunto por meio de lei a ser aprovada pelo Congresso Nacional.

O primeiro aspecto do acórdão a merecer especial atenção é a preocupação manifestada pelo Ministro Luiz Fux, Relator, em relação a própria legitimidade do STF para se imiscuir em assunto eminentemente político e cujos contornos não foram precisamente delimitados pela Constituição da República[10]. Isto é, a atuação política do STF no contexto do controle de constitucionalidade, preocupação de juristas e cientistas políticos externos à Corte, passa a ser um tema a ser enfrentado pelo próprio Tribunal, no afã de verificar a legitimidade das suas decisões ou, no mínimo, oferecer fundamentos teóricos que arrimem a legitimidade já arrogada.

No caso particular, o Ministro Fux recorreu à obra de John Hart Ely[11], concluindo que em hipóteses de mau funcionamento do sistema político, com risco aos valores constitucionais e democráticos, seria autorizada uma intervenção do Poder Judiciário no sistema político por meio da revisão das regras do jogo.[12]. O papel a ser exercido pelo STF fica ainda mais claro, na visão do Relator, em face da imensa desconfiança que pairaria sobre o interesse dos membros da classe política eleita em alterar as regras que permitiram a sua ascensão aos cargos que ocupam[13].

---

[10] *"Daí que a incursão em seu mérito depende do enfrentamento prévio de três pontos centrais, os dois primeiros expressamente suscitados pela Presidência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal: 1º) saber se o Poder Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, possui algum espaço legítimo para apreciar temas que atingem o núcleo do processo democrático, como é o caso do financiamento de campanhas eleitorais; se houver tal campo de atuação, 2º) delimitar a exata extensão desse controle jurisdicional para não restar caracterizada indevida (e, portanto, inconstitucional) ,interferência judicial no âmbito de atribuições conferidas precipuamente aos poderes políticos; 3º) definir se eventual pronunciamento da Corte é em si definitivo, interditando a rediscussão da matéria nas instâncias políticas e na sociedade em geral."*. ADI 4650, Voto do Ministro Relator Luiz Fux (fl. 34).

[11] Ely, John Hart. Democracy and Distrust: a theory of judicial review. Harvard University Press, 1980, p. 102-03.

[12] *"Com efeito, não raro se vislumbram hipóteses em que se exige uma postura mais incisiva da Suprema Corte, especialmente para salvaguardar os pressupostos do regime democrático. Em tais cenários, diagnosticado o inadequado funcionamento das instituições, é dever da Corte Constitucional otimizar e aperfeiçoar o processo democrático, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontrem eco nas deliberações majoritárias."*. ADI 4650, Voto do Ministro Relator Luiz Fux, fl. 35.

[13] *"Inicialmente, repiso que me parece indisputável que a Reforma Política deva ser capitaneada pela classe política, e não pelo Poder Judiciário. Sucede que não se pode olvidar que o produto final deste debate interessa, em alguma medida, aos próprios agentes decisórios que estão no exercício do poder e foram eleitos segundo as regras vigentes. Esse cenário coloca uma questão de sinceridade e realidade institucional, que poderia ser resumida em uma pergunta direta e imediata: é factível confiar única e exclusivamente aos agentes políticos a prerrogativa de reformulação das regras das regras concernentes ao financiamento de campanhas, quando, em verdade, foi o exato sistema em vigor que permitiu a sua ascensão aos cargos que ocupam? A resposta é, a meu juízo, negativa"*. E prossegue adiante: *"Diante disso, devem ser repudiadas visões idealizadas de democracia que considerem a posição de interesse da instância decisória. O deslinde de controvérsia de natureza política não pode abster-se da análise de qual agente investido do maior grau de imparcialidade e neutralidade está apto a apreciar a matéria. Precisamente por isso, a objeção democrática, suscitada pela Presidência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, não desautoriza a intervenção judicial, visto que o exercício da jurisdição constitucional, na espécie, milita em favor do regime democrático."* ADI 4650-DF, Voto do Ministro Relator Luiz Fux (fls. 38 e 41).

Há no acórdão, ainda, ponderações pertinentes ao divórcio entre a atuação do Congresso Nacional e os anseios da população. O argumento também é utilizado com o escopo de legitimar a atuação da Corte no caso concreto[14]. Não seria exagero dizer, portanto, que na visão desses ministros, o STF assumiria legitimamente uma função deliberativa, atuando em diálogo permanente com as maiorias parlamentes e com os anseios expressos pela população, especialmente grupos que não participaram da deliberação política. Nesse sentido, a ampliação dos atores políticos com aptidão para influenciar a deliberação poderia representar um acréscimo de legitimidade democrática ao processo como um todo, passando a considerar a deliberação política, no caso, produto da interação de três instâncias, a saber: opinião pública, maioria parlamentar e Corte Constitucional[15].

4.3.2 Mérito: a compatibilidade do financiamento empresarial de campanhas eleitorais com a Constituição da República

Em relação aos argumentos de mérito, o mais enfatizado pela maior vitoriosa está calcado na noção de cidadania. Sem grande prejuízo de conteúdo, poderia ser reduzido à seguinte sentença: as pessoas jurídicas não votam, não participam ativamente da democracia, por isso não devem participar do processo eleitoral por meio do financiamento das campanhas[16].

Também foi conferida, pela maioria dos ministros, interpretação literal e bastante restritiva ao conteúdo do artigo 14, § 9º, cuja redação segue transcrita: *"Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta."*. Prevaleceu, portanto, o entendimento de que a

[14] "*(...) o Brasil vive profunda crise de representatividade política marcada pelo distanciamento entre as pretensões e anseios sociais e as ações concretas dos mandatários políticos. Os representantes fazem prevalecer, além de interesses próprios, os propósitos nada republicanos daqueles que financiam as campanhas eleitorais que os levaram aos cargos. A causa principal desse descolamento está na forma de conduzir o processo de escolha dos representantes no Brasil. O valor da igualdade política é substituído, desde o primeiro momento, pela riqueza das grandes empresas doadoras, que controlam o processo eletivo (...)"*. ADI 4650, Voto do Ministro Marco Aurélio (pg. 171).

[15] Nesse sentido, por exemplo, Ferejohn, John e Pasquino, Pasquale, The contramajoritarian Opportunity, Journal of Constitutional Law, Vol. 13:2, pgs. 353-395.

[16] O argumento é refutado em voto divergente do Miistro Teori Zavascki, no qual afirma que *"A Constituição não faz, nem implicitamente, essa relação necessária entre capacidade para votar e habilitação para contribuir, até porque há também muitas pessoas naturais sem habilitação para votar e nem por isso estão proibidas de contribuir financeiramente para partidos e campanhas (...)"*. ADI 4650-DF, Voto do Ministro Teori Zavascki, (fl. 145).

Constituição Federal vedou qualquer forma de influência do poder econômico, e não apenas aquela tendente a afetar a normalidade e legitimidade das eleições, como entendia o legislador ordinário. Este argumento também é passível de uma série de críticas, como fica claro no voto-vista do Ministro Gilmar Mendes[17].

Aspecto extremamente problematizado no acórdão residia no paradigma de constitucionalidade apontado na petição inicial. Isso porque os proponentes não se limitaram a indagar o STF quanto à melhor interpretação do artigo 14, §§ 9º e 10 da Constituição Federal. Em vez disso, apontaram, na inicial, que o financiamento empresarial privado das campanhas eleitorais violava *"(i) o princípio da isonomia (CRFB/88, art. 5º, caput, e art. 14), (ii) o princípio democrático (CRFB/88, art. 1º, caput e § único, art. 14, art. 60, § 4º, II), (iii) o princípio republicano (CRFB/88, art. 1º, caput) e (iv) ao princípio da proporcionalidade, em sua dimensão de vedação à proteção insuficiente ("Untermassverbot")"*[18]. O aparente exagero formulado pelos proponentes foi explorado até as últimas consequências pelo Ministro Gilmar Mendes, para quem, adotando-se a premissa de que somente pode haver república ou democracia em sistemas de financiamento exclusivamente público, países como Estados Unidos e Alemanha estariam excluídos do rol de nações democráticas[19].

Evidentemente, há grande dificuldade em encontrar uma solução calcada no suporte normativo oferecido pela própria Constituição Federal, já que as normas e princípios que genericamente tangenciam a questão evidentemente não pretendiam regulamentar satisfatoriamente o tema.

Talvez por isso, alguns dos argumentos, a meu ver mais convincentes, repousam justamente sobre questões de ordem prática. É o caso, por exemplo, da afirmação lançada por diversos ministros. Resumidamente, diziam estar empiricamente demonstrado que os "grandes doadores", responsáveis pelo maior afluxo de dinheiro nas eleições, disponibilizavam recursos financeiros às campanhas eleitorais de diversos partidos e candidatos, concorrentes entre si, compreendidas as mais variadas posições políticas e ideológicas. Em face de tal premissa, deduziram logicamente que as doações empresariais não se prestavam a promover uma determinada concepção política ou escolher entre variadas formas de atuação do

[17] O Ministro destaca, em breve resumo, que não haveria forma de eliminar complemente todas as formas de influência do poder econômico, remetendo várias vezes à experiência das eleições de 1989, cuja forma de financiamento teria ensejado a prática generalizada de atos ilegais, desaguando na CPMI que resultou na cassação do Presidente Fernando Collor, sendo que, inclusive, o próprio STF teria se pronunciado no mesmo sentido na ocasião do julgamento da ADI 1076-MC. Destacou, ademais, outras formas de poder igualmente aptas a influenciar os resultados eleitorais, como a cobertura midiática dos acontecimentos (ADI 4.650-DF, especialmente pgs. 219-226).

[18] ADI 4.650-DF, Relatório do Ministro Luiz Fux, fl. 12.

[19] ADI,. 4.650-DF, Voto do Ministro Gilmar Mendes fl. 104.

Estado. Tampouco, disseram, estar-se-ia a tratar da liberdade de expressão. Realmente, uma constatação empírica de tal natureza torna quase impossível não concluir que as doações empresariais realizadas por estes "grandes doadores" teriam como finalidade precípua promover a aproximação entre os titulares de grandes interesses privados com os futuros titulares do poder político, não sendo exagerado presumir a forte pressão pela obtenção de favores republicanos ou não.[20].

Por outro lado, as razões expostas pela minoria vencida, calcadas em argumentos de maior conteúdo político e histórico, também foram mais exaustivas e eloquentes que aquelas eminentemente constitucionais. A simples compilação dos tópicos elaborados no voto do Ministro Gilmar Mendes autoriza tal conclusão: "I) considerações sobre a experiência internacional acerca do financiamento de campanhas eleitorais"; "II) relação entre Estado, partidos políticos e sociedade"; "III) Evolução das regras sobre financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais no Brasil"; "IV) Do *impeachment* do Presidente Collor à Operação Lava Jato"; "V) O financiamento de campanhas eleitorais no Brasil atual"; "VI) Proibição do financiamento por parte de pessoas jurídicas como fechamento do ciclo"; "VII) De como a presente ADI serve à debilitação da competição eleitoral"; "VIII) Da ausência de vedação constitucional às doações de pessoas jurídicas.". Percebe-se que dos oito tópicos elaborados pelo Ministro Gilmar Mendes nada menos do que sete tratam da experiência histórica nacional e internacional[21] e da aptidão que alterações nas regras do jogo possuem para favorecer tal ou qual legenda. Apenas em um dos tópicos o núcleo da argumentação se restringe à questão eminentemente jurídica.

Do exposto, emerge a conclusão de que realmente os argumentos de elevado conteúdo moral e político foram fundamentais para sustentar os votos dos ministros, seja da corrente majoritária seja daqueles que a ela se opuseram.

Conclui-se, assim, que, na paradigmática decisão da ADI 4.650-DF, o STF, ao promover radical guinada nas regras sobre o financiamento de campanhas eleitorais, viu-se compelido a reafirmar o seu papel institucional, além de trazer fundamentos

[20] No curso da sessão de julgamento, a força dessa constatação empírica se revelou tão grande a ponto de derrotar o argumento do Ministro Gilmar Mendes (fl. 114), segundo o qual a aproximação ocorre em virtude de posições ideológicas de alguns políticos que já seriam conhecidas pelos empresários. Tanto é verdade a constatação de que este último argumento sucumbiu, que o Ministro Teori Zavascki apresentou complementação de voto, passando a admitir que o arcabouço constitucional autorizaria a constatação de outras vedações às doações para campanhas eleitorais, ainda que não explícitas no texto legal. Seria o caso, por exemplo, de a mesma pessoa doar para mais de um partido ou candidato que concorram entre si (fls. 287/292).

[21] Destaque para o argumento no sentido de que a atuação casuística destinada a enfrentar a corrupção não pode pautar a interpretação constitucional, sendo que, no caso concreto, estar-se-ia, a pretexto de combater a corrupção atual, sepultando o sistema criado com o escopo de combater a corrupção pretérita e, em última análise, retornando a um sistema já sepultado pelas mesmas razões aduzidas na ADI 4650-DF, contrassenso verificável na mera comparação da ADI 1076-MC/DF com a ADI 4650-DF.

de ordem prática e moral, com os olhos voltados para a sociedade e não apenas para a comparação do texto legal com o paradigma de constitucionalidade.

4.3.3 ADI 5394 MC/DF

A mini-reforma instituída pela lei nº 13.165/2015 inseriu na lei nº 9.504/1997 dispositivo segundo o qual, nas doações realizadas do partido para o candidato, o doador originário não seria identificado[22]. O Conselho Federal da OAB ingressou com nova ADI sob o fundamento de que a nova norma ofendia a transparência e todos os princípios correlatos e destinados a assegurar a higidez do processo eleitoral.

Na controvérsia instaurada, para aqueles que possuem em perspectiva as ADIs 1.076 e 4.650, chama a atenção um argumento utilizado pelo Ministro Teori Zavascki. O ministro destaca que é fundamental haver um conhecimento prévio dos doadores de uma determinada campanha, para que o eleitor possa, de antemão, orientar o seu voto de acordo com as prováveis inclinações dos futuros governantes[23].

O argumento exposto em *obter dictum*, e que não encontrou oposição na Corte, parece-me mais coerente com um modelo que permita o financiamento empresarial de campanhas eleitorais. Ora, ao analisar em qual candidato as empresas de um determinado seguimento econômico estão investindo, seria possível intuir os setores que largariam na frente na disputa pelos recursos estatais. É parte da fundamentação empregada pelo próprio Ministro Teori Zavascki e, também, pelo Ministro Gilmar Mendes na ADI 4.650. A conclusão não decorreria de forma tão lógica caso as empresas fossem substituídas por pessoas físicas doadoras.

Assim, embora não seja possível falar em superação de precedente jurisprudencial, a decisão pode indicar que a ADI 4.650 não está assentada em terreno tão sólido, podendo ter seus fundamentos revisitados em momento futuro ainda não sabido, mas a depender da dinâmica que se procurou desvelar, talvez relacionado a futuros escândalos de corrupção eleitoral.

[22] Aquele que dou o dinheiro ao partido político.

[23] E esses dados possuem valor não apenas após a realização das eleições, na forma de um diagnóstico final da arrecadação e dos gastos realizados, mas sobretudo antes disso, quando os cidadãos ainda podem alterar a sua opção de voto. A divulgação nesse momento é essencial para habilitar o eleitor a fazer uma prognose mais realista da confiabilidade das promessas realizadas em campanha. Afinal, o conhecimento do nome dos doadores ilumina conexões políticas facilmente subtraídas do público nos discursos de campanha, denunciando a maior ou menor propensão dos candidatos e partidos a abandonar convicções ideológicas em posturas de pragmatismo político questionáveis, como o fisiologismo, que, se conhecidas de antemão, poderiam sofrer a rejeição do eleitorado.". ADI 4650-DF Voto do Ministro Teori Zavascki, pg. 20.

5. Conclusões

A propositura da ADI 1076-MC pelo partido dos trabalhadores confirma a ideia intuitiva de que, nas condições de legitimados, os partidos políticos são os maiores interessados em recorrer à arena judicial para mudar ou manter regras pertinentes à competição eleitoral. Porém, tanto a ADI 4650 quanto a ADI 5394 MC foram promovidas pelo Conselho Federal da OAB. A constatação, penso, poderia ensejar um levantamento mais amplo destinado a investigar quais são as instituições, *a priori* alheias à competição eleitoral, que buscam interferir nas regras do jogo perante o Poder Judiciário, investigando-se que tipo de interesse buscam defender e quais são os resultados obtidos, o que não é intuitivo, como com os próprios partidos.

Destaca-se, ademais, que os principais argumentos utilizados para legitimar o ativismo judicial empregado na ADI 4.650 deve ser apreciado com especial interesse teórico. Lançar desconfiança sobre a aptidão da classe política para alterar as regras eleitorais, tendo em vista os seus próprios interesses, é um caminho perigoso. Em primeiro lugar, porque as próprias regras estabelecidas na moldura constitucional foram lá inseridas de acordo com os interesses das correntes políticas que se fizeram presentes e influentes na constituinte. Logo, levado às últimas consequências o argumento tenderia a lançar desconfiança sobre a própria Constituição. Porém, haveria nova desconfiança quanto ao emendamento das regras constitucionais pela classe política. Em contraste, uma hipotética imparcialidade dos magistrados. Além disso, é até esperado que a competição pelo poder político tangencie outra competição pela definição das regras[24], cabendo ao Judiciário, a princípio, assegurar apenas as regras mínimas garantidoras da democracia e das liberdades públicas que a amparam.

Porém, na ADI 4.650, sob o pretexto de assegurar essas regras mínimas, o STF claramente adentrou a seara até então reservada ao legislador, e o fez conscientemente, o que se depreende dos seguintes aspectos: (i) a necessidade de justificar a sua própria atuação, ponderando ser a mesma necessária em decorrência da desconfiança que paira sobre a classe política; (ii) o convite ao congresso nacional para um diálogo institucional com a produção de novo regramento em 24 meses, o que não foi aprovado ante a negativa da modulação dos efeitos do *decisum*.

Constata-se, portanto, uma grande guinada institucional na qual o STF além definir aquela que lhe pareceu a melhor solução, precisou buscar legitimidade

[24] Negretto, Gabriel L., Make Constitutions: Presidents, Parties and Institutional Choice in Latin America, Cambridge University Press, Capítulo: A Two-Level Theory of Constitutional Choice, pgs. 43-70.

política na afirmação de seu próprio papel institucional, em uma tentativa de intensificar o diálogo com o Poder Legislativo e com a opinião pública.

Referências

Bucci, Maria Paula Dallari. "As políticas públicas e o Direito Administrativo", in "Revista Trimestral de Direito Público", v. 13, São Paulo: Malheiros, 1996;

Ely, John Hart. Democracy and Distrust: a theory of judicial review. Harvard University Press, 1980.

Ferejohn, John e Pasquino, Pasquale. The contramajoritarian Opportunity, Journal of Constitutional Law. Vol. 13:2, pgs. 353-395.

Grinover, Ada Pellegrini. "O controle jurisdicional de políticas públicas. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Mendes, Conrado Hubner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação, Saraiva: São Paulo 2011.

Negretto, Gabriel L., Make Constitutions: Presidents, Parties and Institutional Choice in Latin America, Cambridge University Press.

Vieira, Oscar Vilhena. Supremocracia, *in* Revista Direito GV: São Paulo, jul/dez 2008, pp. 441/464.

Audiências Públicas na Cidade de São Paulo: Comentários Sobre o Projeto de Lei nº 433/2014

Gustavo Justino de Oliveira[1]•
Telma Rocha Lisowski[2]••

1. Introdução

O presente artigo discorrerá sobre o Projeto de Lei nº 433/2014, em trâmite na Câmara Municipal de São Paulo, de autoria do Vereador Andrea Matarazzo, que "*dispõe sobre o procedimento a ser adotado para a realização de audiências públicas no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo do Município de São Paulo*". Como será demonstrado, trata-se de proposta significativamente inovadora, que pretende regulamentar a participação popular através de audiências públicas nos mais diversos órgãos municipais, trazendo maior efetividade e legitimidade para o próprio instituto e para as políticas públicas que dele resultarem.

Para iniciar a análise do tema proposto, será feita uma breve exposição sobre o estado da arte, destacando-se os principais diplomas normativos que mencionam ou regulam as audiências públicas em determinados setores, bem como as principais características do instituto e sua interpretação doutrinária. Em seguida, serão abordados os elementos que justificam a propositura, que se fundamenta em dispositivo expresso da Lei Orgânica Municipal, a saber, art. 9º, inciso III. Por fim, serão comentados os principais dispositivos do projeto, acerca dos princípios que regerão o procedimento das audiências públicas, direitos dos cidadãos, forma de convocação, publicidade e transparência de informações, forma de apreciação da autoridade responsável, etc.

Ao final, espera-se conseguir destacar a importância de que o PL 433/2014 seja aprovado, pois significará um relevante avanço na temática da participação popular no âmbito do Município de São Paulo.

[1] • Professor de Direito Administrativo na Universidade de São Paulo. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra e pelo Max-Planck-Institut (Hamburgo). Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Administrativo Democrático (NEPAD) da Universidade de São Paulo. Ex-Procurador do Estado do Paraná. Advogado no escritório Justino de Oliveira Advogados. Contato: gustavo@justinodeoliveira.com.br
[2] •• Mestre e Doutoranda em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Escola de Direito do Brasil. Advogada no escritório Justino de Oliveira Advogados. Contato: telma@justinodeoliveira.com.br

2. Audiências públicas como instrumentos de participação popular na Administração Pública[3]

A democracia é um processo de afirmação do povo e garantia dos direitos fundamentais, que está em constante evolução conforme são conquistados os mecanismos assecuratórios do princípio participativo, caracterizado pela participação direta e pessoal do povo na formação dos atos de governo. A Constituição Federal de 1988 cumpriu devidamente o seu papel de consolidar a cidadania por meio da instituição do Estado Democrático de Direito e consequente previsão de diversos instrumentos aptos a garantir a democracia participativa, entre eles, o referendo, o plebiscito e a ação popular[4], que vêm complementar os institutos da democracia representativa, incapazes de propiciar o efetivo envolvimento do cidadão na gestão da coisa pública.

A atuação popular deve estar presente no exercício de todos os poderes públicos, cabendo aos gestores empenhar-se pela garantia de efetividade à participação. No tocante ao Poder Executivo, conforme explanado em outra ocasião, a participação popular será concretizada com a "possibilidade de intervenção direta ou indireta do cidadão na gestão da Administração Pública, de caráter consultivo ou deliberativo"[5], que poderá se dar no seio do processo administrativo, pois "o processo e participação são institutos indissociáveis"[6]. A participação popular também tem relevância nos processos decisórios dos Poderes Legislativo e Judiciário, pois a coleta de informações diretamente do povo é uma das formas mais legítimas e eficientes de subsidiar a ação estatal e torná-la mais responsiva às necessidades da população.

Nesse contexto, as audiências públicas, lado a lado com os conselhos de políticas públicas, destacam-se como um importante instrumento de exercício da democracia participativa, merecendo atenção por parte de setores públicos e privados e aperfeiçoamento constante, para que se tornem mecanismos cada vez mais aptos a cumprir sua nobre função.

Embora já existissem algumas formas de participação popular na Administração Pública antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, é inegável a propulsão ocasionada pela nova ordem constitucional nessa

[3] Para a elaboração deste item, os autores agradecem o inestimável apoio da pesquisa realizada por Carolina Filipini Ferreira, advogada no escritório Justino de Oliveira Advogados.
[4] SILVA, José Afonso. "Democracia participativa". In: *Caderno de Soluções Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. Págs. 183/214.
[5] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. "As Audiências Públicas e o Processo Administrativo Brasileiro". In: _____. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Págs. 17-33.
[6] Idem, Ibidem, pág. 20.

temática, dada a real intenção da nova Carta de trazer o cidadão para o epicentro do poder político. Assim, afora a colocação do povo como o fundamento do poder ao afirmar, de modo eminentemente principiológico, que *todo o poder emana do povo* (art. 1º, parágrafo único, CF/88), a Constituição Federal prevê um exemplo concreto de participação popular direta, ao estruturar o Sistema Único de Saúde.

O art. 198 da Carta Magna colocou como uma das diretrizes das ações e serviços públicos de saúde a participação da comunidade (art. 198, inciso III, CF/88). Essa participação veio a ser consagrada pelo §3º do art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, incluído pela Emenda Constitucional nº 29/2000, que assim dispõe: "*Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal*". O dispositivo conferiu *status* constitucional aos Conselhos de Saúde já instituídos pela Lei nº 8.080/90, demonstrando a relevância da inclusão do cidadão na gestão de políticas públicas nessa área, especialmente na fiscalização da utilização de recursos públicos.

Afora a saúde, ao texto original da Constituição Federal também foi acrescida a previsão da participação de Conselhos de Política Cultural na estrutura do Sistema Nacional de Cultura (art. 216-A, §2º, inciso II, CF/88), o que foi feito por meio da Emenda Constitucional nº 71 de 2012.

No âmbito do Estado de São Paulo, a Constituição Estadual prevê expressamente a participação popular por meio de audiências públicas (na área ambiental e outras áreas temáticas das comissões da assembleia legislativa) e dos conselhos de políticas públicas (nas áreas de saúde e educação), assim dispondo:

> Audiências Públicas
>
> Artigo 13 - A Assembleia Legislativa terá Comissões permanentes e temporárias, na forma e com as atribuições previstas no Regimento Interno.
> § 1º - Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:
> 6 - realizar audiências públicas dentro ou fora da sede do Poder Legislativo
>
> 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.

> § 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.
>
> Conselhos de políticas públicas
>
> Artigo 221 - Os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, que terão sua composição, organização e competência fixadas em lei, garantem a participação de representantes da comunidade, em especial, dos trabalhadores, entidades e prestadores de serviços da área de saúde, além do Poder Público, na elaboração e controle das políticas de saúde, bem como na formulação, fiscalização e acompanhamento do sistema único de saúde.
> Artigo 243 - Os critérios para criação de Conselhos Regionais e Municipais de Educação, sua composição e atribuições, bem como as normas para seu funcionamento, serão estabelecidos e regulamentados por lei.
> Artigo 294 - Fica assegurada a participação da sociedade civil nos conselhos estaduais previstos nesta Constituição, com composição e competência definidas em lei.

Apesar da existência de consagração constitucional dos conselhos de políticas públicas tanto em nível federal quanto estadual, o que certamente tem alta relevância, é certo que a efetivação da participação popular por esse meio ainda esbarra em muitos problemas e desafios, não se tratando atualmente de um instrumento com um bom nível de eficiência. Conforme coloca Carla Bronzo Ladeira CARNEIRO, especificamente sobre os conselhos municipais, mas também aplicável aos estaduais e federais:

> Os desafios para que os conselhos sejam de fato o canal de expressão de uma demanda organizada da sociedade, atuando como mecanismos de *accountability* (controle público sobre a ação do Estado) e de participação cidadã, estão ainda longe de ser superados para a grande maioria dos conselhos municipais. (...) Entre as potencialidades dos conselhos e a sua efetividade na formulação e controle dessas políticas, há uma longa distância a ser percorrida. A análise empírica demonstra que ainda é necessário superar muitas barreiras para

> que os conselhos efetivem seu papel, corroborando as tensões entre a dimensão formal e legal e a atuação efetiva dos conselhos.[7]

Sobre esse tema, merece menção a recente polêmica gerada pela publicação do Decreto nº 8.249/2014 da Presidência da República, que institui a Política Nacional de Participação Social e o Sistema Nacional de Participação Social, na tentativa de propiciar maior institucionalização da participação popular nas ações do Poder Executivo. O decreto causou grande mal estar no Congresso Nacional e foi motivo de significativo conflito institucional, pois foi considerado por boa parte dos congressistas da oposição como uma invasão da competência do Poder Legislativo[8].

Dessa polêmica resultou a aprovação, na Câmara dos Deputados, do Projeto de Decreto Legislativo 1.491/2014, que susta os efeitos do Decreto nº 8.249/2014, por suposta extrapolação das competências presidenciais previstas no art. 84, incisos IV e VI da Constituição Federal. O projeto agora se encontra na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Nota-se que a tentativa de institucionalização dos Conselhos de políticas públicas, antes de ser trabalhado dialogicamente pelos poderes da República em prol da efetivação de um direito dos cidadãos, acabou sendo mais um motivo de disputas e de paralização da ação governamental.

No Estado de São Paulo, a tentativa de criação de uma política similar àquela instituída pelo Decreto nº 8.249/2014 também não teve melhor sorte. Em 03 de dezembro de 2014, a Assembleia Legislativa aprovou o PL 1073/2014, que autoriza o Governador do Estado a instituir a Política Estadual de Participação Social e o Sistema Estadual de Participação Social. Embora se tratasse apenas de uma autorização, o Governador vetou integralmente o projeto, afirmando que "*a decisão sobre adotar, e em que momento, providências dessa espécie é reservada ao Chefe do Executivo, como corolário do exercício da competência privativa que lhe é outorgada pela ordem constitucional para dirigir a Administração*"[9]. Eis aí mais uma celeuma causada no ensejo de uma proposta de normatização da participação popular, demonstrando que, infelizmente, o Governo do Estado – assim como a União Federal – não está conseguindo encontrar um caminho adequado para o tratamento da matéria.

Nesse cenário de ampla disputa envolvendo a questão dos conselhos,

[7] CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. "Conselhos de políticas públicas: desafios para sua institucionalização." In: *Revista de Administração Pública* 36.2 (2002): 277-292.
[8] "Renan critica Dilma e ataca conselhos populares e regulação da mídia". Folha de São Paulo, 10 de junho de 2014. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/06/1468177-renan-critica-dilma-e-ataca-conselhos-populares-e-regulacao-da-midia.shtml. Último acesso em 03/09/15.
[9] Mensagem de Veto A-nº 151/2014, do Governador do Estado de São Paulo, de 19 de dezembro de 2014.

as audiências públicas despontam como uma alternativa importante para o envolvimento do cidadão nas decisões sobre a estruturação, implementação e controle de políticas públicas, alternativa essa até mesmo mais inclusiva que a solução oferecida pelos conselhos, em razão da livre participação e desnecessidade de eleição de membros para participarem das audiências. A Lei Orgânica do Município de São Paulo já transparece essa percepção ao conferir significativo peso às audiências públicas, disciplinando a matéria de forma exemplar.

São diversas as passagens em que a Lei Orgânica prevê a realização de audiências públicas: ao tratar das competências das comissões da Câmara Municipal (art. 32, §2º, inciso VIII); ao disciplinar a tramitação de projeto de lei sobre determinadas matérias, como plano diretor, zoneamento urbano e plano municipal de zoneamento (art. 41); ao dispor sobre o programa de metas de gestão do Prefeito Municipal (art. 69-A, §2º); ao tratar da gestão do Sistema Único de Saúde no Município (art. 217); entre outras.

Um ponto de grande interesse é o tratamento igualitário conferido pela Lei Orgânica do Município de São Paulo às audiências públicas realizadas no âmbito do Poder Executivo e do Poder Legislativo, conforme disposição de seu art. 9º, inciso III: "*A lei disporá sobre: (...) III – a participação popular nas audiências públicas promovidas pelo Legislativo ou pelo Executivo*". Isso demonstra a preocupação com que a participação popular seja estimulada no âmbito dos dois poderes, que devem trabalhar conjuntamente em busca da promoção dos interesses e das necessidades da população.

Essa previsão tende a minimizar eventuais conflitos como os que vimos assistindo em âmbito estadual e federal, em razão de tirar o foco da participação popular como algo que teria lugar apenas em sede administrativa, como habitualmente acontece nos conselhos. Foi esse protagonismo do Poder Executivo como gestor da política de participação, aliás, o que originou no Congresso Nacional o entendimento de que suas competências constitucionais estariam sendo subtraídas. Nesse sentido, a solução encontrada pela Lei Orgânica do Município de São Paulo, incentivando a realização de audiências públicas em ambas as esferas de poder e determinando que o tratamento dado pela lei ordinária seja igualitário, tem maiores chances de propiciar efetiva inclusão dos cidadãos na gestão da coisa pública, sem que se despenda tempo e energia em inócuos conflitos institucionais.

2.1. Tratamento Normativo e Principais Características das Audiências Públicas

A fundamentação para a realização de audiências públicas no âmbito dos

três Poderes do Estado brasileiro pode ser extraída diretamente da Constituição Federal, como uma concretização da democracia participativa (art. 1º, parágrafo único, CF/88: *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*) e dos princípios da Administração Pública (Art. 37, CF/88: *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*), que visam conferir maior legitimidade ao exercício do poder[10].

Afora essa fundamentação principiológica, a Carta Magna também previu expressamente a realização de audiências públicas, dispondo em seu art. 58, §2º, inciso II, acerca da competência das comissões permanentes e temporárias do Congresso Nacional ou das respectivas Casas para realizarem audiências públicas com entidades da sociedade civil. É relevante notar, assim, a preocupação do constituinte em incluir esse instrumento de participação popular na nova ordem constitucional, especialmente considerando que antes disso o instituto não encontrava sequer previsão legal, mas era previsto apenas em norma infralegal, especificamente na Resolução CONAMA n.º 009/87.

Após a promulgação da Constituição Federal, sobreveio a previsão legal expressa das audiências públicas pela Lei nº 8.666/93, denominada Lei de Licitações, que em seu artigo 39 estabeleceu a regra segundo a qual "sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas, for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no artigo 23, I, c, desta lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública".

Sem retirar a importância da previsão do instituto na Lei de Licitações, as audiências públicas ganharam nova dimensão com a edição da Lei nº 9.784/99, conhecida como Lei de Processo Administrativo, que preceituou o regime legal das audiências[11] ao determinar que "antes da tomada decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo". De fato, a Lei do Processo Administrativo serve como um significativo fundamento legal, que impulsionou o tratamento expresso das audiências públicas por outros diplomas legais. Isto se deu em razão da generalidade

[10] Nesse sentido, acerca da fundamentação das audiências públicas no âmbito do processo administrativo, manifestamo-nos em outra oportunidade: "a realização de audiências públicas nos processos administrativos vem de encontro com o postulado de legitimidade de poder, inerente ao Estado de direito democrático. Está relacionada com a aplicação dos princípios previstos no art. 37, caput, da Constituição da República". OLIVEIRA, Gustavo Justino de. "As Audiências Públicas e o Processo Administrativo Brasileiro". In: _____. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Pág. 32.

[11] BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 71.

da Lei nº 9.784/99, que tem aplicabilidade não apenas no âmbito do Poder Executivo e que, apesar de regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, aplica-se subsidiariamente aos demais entes federativos[12].

Seguindo essa tendência, as audiências públicas ganharam previsão normativa para realização por iniciativa do Poder Judiciário com a edição das Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, que dispõem, respectivamente, sobre a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade e sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. As leis estabelecem, cada qual em dispositivo de igual teor, a possibilidade de convocação de audiência pública pelo relator para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria[13].

O instrumento participativo foi incluído também na Lei nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que exige do Poder Executivo a demonstração e avaliação do cumprimento das metas fiscais de cada quadrimestre, em audiência pública, e a coloca, inclusive como meio assecuratório da transparência (art. 9.º §4.º e art. 48, parágrafo único, I). Além disso, as audiências públicas foram previstas em matéria de elaboração de plano diretor (art. 40, §4º, inciso I da Lei nº 10.257/01 – Estatuto das Cidades), saneamento básico (art. 11, inciso V, art. 19, §5º e art. 51 da Lei nº 11.445/07) e, mais recentemente, acesso à informação (art. 9º, inciso II da Lei nº 12.527/11), mostrando que o instituto passa a ter maior difusão em diversos segmentos da Administração Pública.

Apesar dessa vasta previsão normativa, todos esses diplomas limitaram-se a dispor sobre a possibilidade (ou, em determinados casos, obrigatoriedade) de convocação das audiências públicas, sem entrar em detalhes sobre como se daria seu procedimento. Essa matéria acabou sendo tratada no plano dos regulamentos, com destaque para as resoluções de órgãos superiores do Ministério Público[14] e atos normativos das agências reguladoras[15].

A promulgação da Lei de Processo Administrativo, além de ter catalisado o tratamento normativo das audiências públicas, também influenciou no desenvolvimento do debate acadêmico e doutrinário a respeito da matéria, pois a partir daí surgiu uma série de questões que careciam de solução e não encontravam

[12] "(...) a lei federal disciplina os processos administrativos em geral, que tramitam perante a Administração Pública federal, direta e indireta, abrangendo, além do Poder Executivo, também os órgãos administrativos dos demais Poderes, conforme artigo 1.º, §1.º. Porém, teve o cuidado de respeitar as normas que disciplinam os processos específicos, os quais a nova lei se aplicará apenas subsidiariamente." PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pág. 626.
[13] Art. 9º, §1º da Lei nº 9.868/99 e art. 6º, §1º da Lei nº 9.868/99.
[14] Vide art. 11 da Resolução nº 87/06 do Conselho Superior do Ministério Público Federal, e Resolução nº 82/2012 do Conselho Nacional do Ministério Público.
[15] Vide Decreto n. 3.029-1999; Decreto n. 3.327/2000; Decreto n. 5.591/2005.

respostas na própria lei, como a conceituação das audiências públicas, a discussão sobre a sua finalidade, obrigatoriedade ou faculdade, e o significado da processualidade nesse contexto.

É compreensível, a propósito, que a discussão sobre as audiências públicas tenha crescido qualitativa e quantitativamente a partir da sua inclusão no âmbito do processo administrativo, que constitui o palco mais adequado para o desenvolvimento da participação popular na gestão da coisa pública. Pertinente a conclusão de Fábio Gomes dos SANTOS:

> Nota-se que apenas a instituição de um processo poderá efetivamente possibilitar a participação no âmbito administrativo. Sem processo o poder estatal seria materializado em atos isolados, sem qualquer possibilidade de interação entre a autoridade, seus destinatários ou outros interessados. Se regimes autoritários podem operar apenas atendo-se À produção de *atos*, a democracia, particularmente em seu viés participativo, indubitavelmente reclama o *processo*.[16]

Nessa perspectiva da processualidade, discorrem Patrícia NOHARA e Thiago MARRARA que a audiência pública, instituto voltado para qualquer pessoa física ou jurídica, caracteriza-se pela oralidade, no sentido de proporcionar a realização de debates e discussões orais entre as autoridades, a sociedade e os eventuais interessados, concentrados em único momento propiciado especificamente para esse fim. Assim, a principal contribuição das audiências públicas no processo administrativo residiria em permitir e provocar a interação entre o Estado e a sociedade, bem como entre os próprios membros da comunidade[17].

Ainda para os mesmos autores, as audiências públicas objetivam o fornecimento de subsídios para que a autoridade pública competente tome uma decisão relevante e condizente com o interesse público, o qual deve pautar a função administrativa[18]. No mesmo sentido, entende Gustavo Justino de OLIVEIRA que a finalidade jurídica da audiência pública é construir a motivação da decisão administrativa para conferir-lhe legitimidade e eficácia[19], de modo a tornar efetivo o direito de defesa dos cidadãos, o direito de opinar e de ser ouvido, quando a questão

[16] SANTOS, Fábio Gomes dos. *Audiências Públicas Administrativas no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015. Pág. 52.
[17] MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009. Págs. 238-245.
[18] Idem, ibidem.
[19] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Op. cit., pág. 27.

envolva direitos coletivos e difusos[20].

Não se pode deixar de lado, ainda, o caráter informativo das audiências públicas, como uma verdadeira via de mão dupla, pelo fato de constituírem um meio de transmissão de informações aos cidadãos sobre as políticas públicas adotadas ou a serem implementadas, ao mesmo tempo em que disponibilizam informações ao próprio Administrador, subsidiando sua ação[21]. A propósito, como já mencionado, a Lei de Acesso à Informação positivou esse caráter informativo, ao dispor que "*o acesso a informações públicas será assegurado mediante (...) realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação*" (art. 9º, inciso II, da Lei nº 12.527/11).

A importância dessa finalidade é ressaltada por Eduardo Fortunato BIM, para quem "a audiência pública visa informar e expor o conteúdo da decisão ou futura decisão à sociedade, promovendo a discussão sobre o tema ao dirimir as dúvidas e recolher dos presentes as críticas e sugestões a respeito"[22].

Saliente-se que o papel da audiência pública dependerá da natureza do processo em que ela estiver inserida, o qual, ainda, determinará a sua obrigatoriedade ou não. A lei geral do processo administrativo consigna que a audiência deverá ser realizada antes da tomada decisão, se a autoridade administrativa assim entender necessário, diante da relevância da questão. Portanto, a inserção da audiência pública no feito administrativo está no campo da discricionariedade. De outro lado, o mesmo não ocorre nos processos cuja matéria discuta o plano diretor, o qual deverá garantir a gestão democrática por meio de audiências públicas e debates, sem os quais o rito poderá apresentar vício de nulidade.

De outra parte, no que toca à vinculação da Administração Pública aos pleitos e sugestões trazidos pela população, ela dependerá da fase processual na qual a audiência pública está colocada. Se inserida na fase instrutória, o resultado não vincula os órgãos públicos, sem prejuízo de a decisão manifestar o motivo da não consideração. Contudo, se inserida na fase decisória, será vinculante[23].

Feito esse panorama, verifica-se o fortalecimento do instituto tanto pelo tratamento normativo quanto pelo desenvolvimento doutrinário. No entanto, embora o ordenamento jurídico preveja a realização das audiências públicas em diversas situações da atuação administrativa, de nada basta a previsão do instituto se não houver meios de conferir-lhe efetividade.

[20] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Op. cit., pág. 32.
[21] Idem, Ibidem, pág. 28.
[22] BIM, Eduardo Fortunato. Op. Cit. Pág. 71.
[23] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Op. cit., pág. 28/29.

2.2. Efetividade das audiências públicas no cenário atual

O arcabouço jurídico apresentado demonstra que a utilização das audiências públicas é prevista na formulação de políticas de infraestrutura, na regulação de atividades econômicas relevantes, na condução de inquéritos civis de interesse geral, na coleta de subsídios para tomada de decisões judiciais, etc. Ocorre que tais disposições normativas, em nível legal, limitam-se a prever a realização das audiências nesses setores, sem especificar qualquer procedimento de como fazê-lo, o que prejudica o instituto, pois não há como averiguar se na prática as audiências possuem o devido alcance democrático.

Em estudo efetuado no âmbito do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) entre os anos de 2011 e 2012, que buscou identificar, no âmbito do Poder Executivo Federal, os fatores de efetividade das audiências no processo de gestão das políticas públicas[24], extraíram os autores como um dos principais fatores de ineficácia do instituto a ausência de regras e normas que condicionem o seu funcionamento.

Concluiu-se naquele trabalho que a existência de atos normativos com clara regulamentação do instituto aumentam "o potencial de efetividade da audiência, ao estipular uma metodologia a ser utilizada, que contribua para uma maior participação, ao mesmo tempo em que permita a sistematização das contribuições e exija uma devolutiva do órgão governamental para a sociedade que explicite quais contribuições foram aceitas, quais não e por quê"[25]. Daí a importância de previsões legais claras que estipulem as regras procedimentais a serem seguidas pelo ente ou órgão público na condução de uma audiência pública.

Além disso, destaca o estudo que "a atenção a essas normas amplia o potencial de efetividade ao aumentar a transparência do processo e indicar as etapas a serem seguidas"[26], de modo a permitir, inclusive, o controle social quanto à real democratização da atividade administrativa, que perfaz verdadeiro pressuposto de perfeição e validade da decisão administrativa.

Nesse contexto, revela-se particularmente importante o Projeto de Lei nº 433/2014, em trâmite na Câmara Municipal de São Paulo, justamente por trazer uma proposta de regulamentação das audiências públicas. É o que se passará a expor.

[24] FONSECA, Igor Ferraz; OLIVEIRA, Marília Silva de; PEREIRA, Ana Karine; REZENDE, Raimer Rodrigues. "Audiências públicas: fatores que influenciam seu potencial de efetividade no âmbito do Poder Executivo federal." *Revista do Serviço Público*, Brasília 64 (1): 7-29 jan/mar 2013.
[25] Idem, ibidem, pág. 15.
[26] FONSECA, Igor Ferraz; OLIVEIRA, Marília Silva de; PEREIRA, Ana Karine; REZENDE, Raimer Rodrigues. Op. cit., pág. 16.

3. Projeto de Lei nº 433/2014

O projeto de Lei nº 433/2014 se insere nesse cenário em que ainda "há dúvidas se os processos participativos estão de fato ampliando os processos democráticos (...) e contribuindo para o aperfeiçoamento de políticas públicas"[27]. Os instrumentos de participação popular na administração pública, para que ganhem em efetividade e legitimidade, carecem de maior institucionalização, isto é, precisam sair de um horizonte em que configuram mera possibilidade ou alternativa do gestor para se tornarem algo ínsito aos processos decisórios, inserido na rotina de determinado órgão e *normalizado* como uma etapa básica dessa tomada de decisão. Somente assim é que o aspecto participativo da democracia poderá ser aprimorado a ponto de representar um desenvolvimento cívico para o cidadão, "proporcionando sua participação em condições de igualdade, o que se reflete no campo econômico, político, social e jurídico"[28]

Essa institucionalização se inicia através da definição clara das regras e procedimentos aplicáveis, embora a conclusão desse processo não dependa apenas da criação e definição de normas jurídicas, mas também da efetiva utilização do instrumento pelos atores competentes e pelo estabelecimento de práticas e costumes, que serão responsáveis pela definição dos contornos mais pormenorizados do instituto. Assim, a existência de uma lei como a proposta pelo PL nº 433/2014 é um ponto de partida essencial para a transformação das audiências públicas em uma prática institucionalizada, compreendido o adjetivo "institucional" como "o conjunto de estruturas jurídicas, políticas e sociais que o tornam um objeto definido, distinto do ambiente que o cerca, a partir de certa ordenação e unidade funcional sedimentada, que produz a reiteração de determinados comportamentos"[29].

A seguir, serão abordados os principais aspectos do projeto de lei em questão, iniciando-se pelos elementos que justificam essa propositura.

3.1. Justificativa do Projeto

O PL 433/2014 vem suprir uma lacuna deixada pela Lei Orgânica do

[27] Idem, Ibidem, pág. 08.
[28] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. "Participação democrática: audiências públicas". *In*: CUNHA, Sérgio Sérvulo; GRAU, Eros Roberto (orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. Pág. 331.
[29] BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. Pág. 236.

Município de São Paulo, que estabelece, em seu art. 9º, inciso III, que "*a lei disporá sobre (...): a participação popular nas audiências públicas promovidas pelo Legislativo ou pelo Executivo*". É interessante notar a posição ocupada por esse dispositivo na Lei Orgânica, que, como é sabido, faz as vezes de Constituição do ente municipal[30], tratando da organização dos poderes, do planejamento municipal, das principais políticas econômicas e sociais urbanas, etc. A Lei Orgânica, em seu Título II, trata do *Poder Municipal*, o qual será exercido pelo povo, por meio de seus representantes eleitos ou diretamente (art. 5º, *caput*). Esse título aborda, então, os meios com que o povo pode exercer os seus poderes e os seus direitos, estando as audiências públicas catalogadas como um dos principais instrumentos de participação popular direta na formulação de políticas públicas. Essa interpretação tópica já demonstra a importância que foi dada pelo constituinte municipal a esse instituto, colocando-o lado a lado com os conselhos municipais de políticas públicas[31].

A própria existência dessa lacuna já representa, por si mesma, uma justificativa para a propositura do projeto sob análise, visto que, passados mais de 25 anos da promulgação da Lei Orgânica, ainda não havia surgido uma proposta de regulamentação das audiências públicas no âmbito municipal. É de se notar que isso não chegou a ser um impeditivo a algumas experiências bem sucedidas de audiências públicas em São Paulo, especialmente acerca dos temas zoneamento urbano, orçamento público e saúde. A existência de uma regulamentação pormenorizada, assim, não foi considerada por alguns gestores e agentes políticos municipais uma condição *sine qua non* para que se realizassem as audiências.

Isso não retira, porém, a importância e indispensabilidade do PL nº 433/2014. Mais do que mera regulamentação, o projeto é responsável por garantir direitos mínimos aos cidadãos que pretendam tomar parte das decisões sobre assuntos locais, de seu direto interesse, estabelecendo regras procedimentais destinadas a trazer maior organização, transparência e efetividade ao processo de participação popular. Com essa fixação de *standards*, ainda que possam ser aprofundados por regulamentação setorial, já será possível realizar um controle de regularidade das audiências, verificando a partir de critérios objetivos se a todos os participantes

[30] "Em que consiste a Lei Orgânica do Município? Ela nada mais é do que a Constituição Municipal, que organizará a Administração e a relação entre os órgãos do Executivo e Legislativo, disciplinando a competência legislativa do Município, observadas as peculiaridades locais, bem como sua competência comum, disposta no art. 23 e sua competência suplementar, disposta no art. 30, inciso II, da Constituição Federal." FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Municipal*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pág. 109.

[31] Sobre o funcionamento dos conselhos de políticas públicas no Município de São Paulo, conferir: TATAGIBA, Luciana. "A institucionalização da participação: os conselhos municipais de políticas públicas na cidade de São Paulo". *In*: AVRITZER, Leonardo (org.). *A participação em São Paulo*. São Paulo: Editora da UNESP, 2004.

foi conferida igual oportunidade de manifestação e se a Administração Pública efetivamente levou em consideração os pleitos, opiniões e sugestões da população.

Em suma, embora a existência de um regramento sobre como devem funcionar as audiências públicas não seja exatamente um requisito de *eficácia* do instituto, fato é que se constitui como condição de *efetividade*, pois há muito mais incentivo ao agente público para que chame a população a participar da formulação, implementação e controle de políticas públicas quando já está estabelecido o roteiro que ele deve observar, na forma de um "passo a passo" de como executar a consulta à população. Daí a importância do projeto e a necessidade de que seja apreciado com a maior brevidade possível pela Câmara Municipal.

3.2. Principais Disposições

Inicialmente, cumpre destacar que ao PL 133/2014, de iniciativa do Vereador Andrea Matarazzo, foi apresentado substitutivo pela Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, o qual cuidou de subdividir o projeto em capítulos, tornando-o mais analítico e de fácil consulta, sem, contudo, promover alterações estruturais. Quanto ao conteúdo, a principal modificação feita pelo substitutivo foi a extensão do regramento às audiências públicas ocorridas no âmbito do Poder Legislativo (e não apenas do Poder Executivo, como inicialmente previsto), em atenção ao já mencionado art. 9º, inciso III, da Lei Orgânica do Município de São Paulo. Os comentários a seguir, acerca dos principais dispositivos do projeto, serão feitos com base no texto do substitutivo.

O PL 133/2014 abre enunciando os princípios que devem nortear a realização das audiências públicas (art. 2º): participação popular, contraditório, legalidade, transparência, motivação, oficialidade, simplicidade, gratuidade e demais princípios correlatos. O arrolamento desses princípios não é apenas figurativo, mas visa trazer parâmetros para a atuação dos agentes públicos no momento de convocação e condução das audiências, bem como para a interpretação dos demais dispositivos do projeto, "impondo características ao instituto participativo ao condicionarem sua operacionalização"[32].

Assim, por exemplo, a incidência do princípio do contraditório nesse contexto significa que a discussão sempre deve privilegiar o oferecimento de argumentos e contra-argumentos acerca dos diversos aspectos da matéria em discussão, evitando

[32] SANTOS, Fábio Gomes dos. Op. cit., pág. 37.

que um assunto seja abordado sob um único ângulo. Já a transparência, princípio básico da Administração Pública (art. 37, *caput*, CF/88), visa garantir que os cidadãos tenham acesso a toda a documentação que se faça necessária à perfeita compreensão do tema em debate, o que fica evidenciado mais adiante no projeto, no art. 10, §§ 1º, 2º e 3º.

Da análise contextual dos princípios elencados no projeto, percebe-se que são claramente influenciados pelos princípios que regem a Administração Pública (legalidade, transparência, motivação), acrescidos de influxos de princípios democráticos (participação popular, simplicidade, gratuidade) e da lógica da processualidade[33] (contraditório, oficialidade). Essas normas adquirem assim concretude e significado específicos, mostrando desde logo a feição que o legislador municipal pretende conferir às audiências públicas.

Em seguida, o PL 433/2014 estabelece qual o conceito e o objetivo das audiências públicas. Acerca do conceito, estabelecido pelo art. 4º, é interessante notar que sua estrutura contém uma parte sobre a natureza do instituto ("*audiências públicas constituem instrumentos participativos de debate público, desenvolvidas a partir do contraditório oral, em eventos formais*") e uma sobre os propósitos ("*para diagnóstico, planejamento, implementação e controle de políticas públicas, permitindo aos participantes se manifestarem e ouvirem uns aos outros durante a discussão de temas de relevância pública*"). Assim, não constituirá uma verdadeira audiência pública para os fins do projeto um debate público realizado informalmente, ou que não tenha relação com políticas públicas de interesse local, ou ainda que não permita amplo debate e participação dos presentes.

Entre os objetivos das audiências públicas, o PL 433/2014 deixa bastante clara a preocupação com o aperfeiçoamento das práticas democráticas participativas, sendo o próprio exercício pelo povo do poder que lhe foi conferido pela Constituição Federal, Constituição Estadual e Lei Orgânica Municipal o principal alvo da concretização desse instituto. Tendo esse cenário como ponto de partida, o PL 433/2014 objetiva, de um lado, fortalecer a cultura democrática por parte dos cidadãos (art. 4º, §1º: *As audiências públicas realizar-se-ão com os objetivos de: I – propiciar o exercício da prática democrática*; *III – propiciar e garantir aos cidadãos a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões*) e, de outro,

[33] Destacando a importância da processualidade na Administração Pública, assim leciona Odete MEDAUER: "Realmente a colaboração ou participação dos sujeitos no processo administrativo exerce influência no teor do resultado final. Com isso o administrado conhece melhor a Administração; esta, de seu lado, mediante fatos, provas e argumentos oferecidos pelos sujeitos, detecta melhor as situações e mais se aproxima dos administrados, propiciando abertura nas muralhas administrativas." MEDAUER, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pág. 89.

subsidiar a atuação da própria Administração, garantindo-lhe maior legitimidade e proximidade com os munícipes (art. 4º, §1º: (...) *II – recolher informações com vistas a instruir a atuação administrativa; IV – conferir transparência e controle da atuação administrativa; V – conferir maior legitimidade à atuação administrativa*).

O art. 5º, logo após a menção aos objetivos das audiências públicas, traz uma importante concretização do princípio da motivação, arrolado entre os princípios que orientam os procedimentos previstos no PL 433/2014. Dispõe esse artigo que todas as propostas apresentadas pela população devem ser objeto de análise e manifestação por parte do Poder Público, de forma fundamentada, tanto para acatá-las quanto para rejeitá-las. A importância de um dispositivo com esse teor é evidente: se à Administração fosse dado simplesmente desconsiderar as sugestões feitas nas audiências, tratar-se-ia de procedimento meramente formal, sem nenhuma relevância prática. Não é isso o que se pretende com a regulamentação do instituto, mas, muito pelo contrário, é fazer com que ele seja uma efetiva forma de participação popular na gestão da coisa pública.

Acerca da forma de convocação das audiências, dispõe o PL 433/2014 que ela é "*atribuição da autoridade administrativa responsável pelo tema em discussão*" (art. 8º). Vislumbra-se, por exemplo, a competência de secretárias e secretários municipais para convocar audiências públicas sobre temas relacionados à sua Pasta, assim como de gestores de demais órgãos municipais que tenham maior independência em relação às secretarias, como as sociedades de economia mista e empresas públicas. O ponto de maior interesse do art. 8º está em seu parágrafo único, que coloca uma forma de participação popular antes mesmo da instauração do procedimento, garantindo a qualquer cidadão ou entidade da sociedade civil a possibilidade de solicitar a convocação da audiência. Cabe ao gestor responsável analisar e decidir sobre o pedido, sempre motivadamente.

A publicidade e transparência do procedimento ficam garantidas pelo art. 10, que estabelece a necessidade de convocação com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, por meio de publicação no Diário Oficial da Cidade, avisos afixados na sede do órgão público responsável pelo tema em discussão e em sites oficiais. O objetivo é permitir que os cidadãos tenham ciência não só da realização a audiência, mas também da pauta em discussão e de todos os documentos e informações necessárias à compreensão do tema, para que possam se preparar para uma participação efetiva e de qualidade. Daí a determinação, feita pelo §1º, de que essas informações e documentos sejam disponibilizados em sites oficiais juntamente com a convocação, bem como que sejam apresentados em versão impressa no local e dia de realização da audiência.

Dentre as disposições acerca do procedimento das audiências públicas,

destaca-se o art. 12, §2º, que estabelece que "*a mesa será composta por representantes do Poder Público, especialistas sobre o assunto e representantes da sociedade civil, que se manifestarão sobre o tema em pauta conforme rito previsto na convocação*". A formação democrática da mesa reflete o espírito do instituto, destinado a propiciar o debate da forma mais ampla possível e a partir de diversas perspectivas, sempre com a participação da sociedade civil, diretamente interessada na condução dos assuntos públicos locais. O rito a ser seguido será específico para cada audiência, devendo ser explicitado no momento da convocação, observando-se como critério mínimo que haja igual tempo para manifestação do plenário e da mesa (art. 13, §3º, inciso IV).

Por fim, estabelece o PL 433/2014 que, ao final da audiência, deverá ser produzido um relatório, a fim de que fiquem registrados os principais pontos que foram debatidos, bem como as sugestões e pleitos trazidos pelos participantes, os quais, nesse momento, deverão ser respondidos pela autoridade convocante (art. 14). Esse dispositivo vem para reforçar o direito estabelecido no já mencionado art. 5º, assegurando a eficácia da participação dos cidadãos e garantindo que seu papel não tenha sido meramente figurativo.

4. Conclusão

Em linhas de conclusão, após uma análise sobre o contexto em que se insere o projeto sob análise e sobre os principais aspectos do texto proposto, de qualidade e técnica legislativa inegáveis, cabe uma menção ao caráter inovador do PL 433/2014, mais um fator a recomendar sua aprovação e transformação em lei.

A principal inovação está em estabelecer uma regulamentação única para as audiências públicas, com força de lei, válida no âmbito de todos os órgãos do ente federado, sem distinção de se tratar de administração pública direta ou indireta. A proposta abrange inclusive a possibilidade de extensão desse regulamento ao Poder Legislativo, para o qual as audiências podem ser um excelente instrumento de captação dos anseios e opiniões da população. Esse formato é interessante por dois motivos: (a) institui padrões mínimos de regularidade para a audiência, que poderão ser complementados pelas autoridades competentes pela convocação no momento da divulgação do rito, a depender das implicações da matéria objeto de debate, respeitados sempre o prazo mínimo de antecedência para a convocação e os critérios de publicidade e transparência dos dados pertinentes; (b) garante direitos aos cidadãos-participantes, os quais, se não observados, poderão gerar a nulidade do procedimento e, eventualmente, a necessidade de nova convocação.

A proposta de que a regulamentação seja feita por meio de lei, e não apenas

através de normas infralegais, como normalmente se dá na prática brasileira, representa um diferencial do PL 433/2014. De fato, a existência de uma lei em sentido estrito sobre o tema, de caráter genérico, tende tanto a incentivar a realização de audiências, inclusive em setores que não disponham de regulamentação específica, quanto a fortalecer sua legitimidade, pois passam a ter um regramento ele próprio definido de forma democrática (por meio dos representantes do povo). Assim, a institucionalização das audiências e a sua transformação em uma prática corriqueira em diversos âmbitos da Administração tendem a ser favorecidas pela edição de uma lei, que com muito mais facilidade chegará ao conhecimento da população do que normas infralegais, normalmente conhecidas apenas em âmbitos setoriais.

Como já mencionado, apesar de haver menção às audiências públicas em diversos diplomas legais, ainda não se conhece algum que regulamente o procedimento da forma pormenorizada como pretende fazê-lo o projeto sob análise. Inclusive as normas infralegais, como as editadas pelas agências reguladoras (ANVISA, ANP, ANEEL, etc.) e o Conselho Nacional do Ministério Público, não abordam com tantos detalhes a principiologia que deve reger o procedimento, tampouco os direitos e deveres dos cidadãos, destacando-se a necessidade de haver manifestação fundamentada do Poder Público acerca de todas as propostas e pleitos levantados pelos participantes e a imprescindibilidade de divulgação com antecedência de todo o material e informações pertinentes, para que a participação popular seja dotada de maior qualidade.

Daí ser possível afirmar que o PL 433/2014 se apresenta como um projeto de vanguarda, que poderá inclusive servir de inspiração para outros entes federados, o que reforça a importância de que a proposta seja aprovada na Câmara Municipal de São Paulo e sancionada com a maior brevidade possível. Trata-se de medida auspiciosa, que trará uma relevante garantia de efetividade da participação popular a todos os munícipes.

Referências

BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013

CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. "Conselhos de políticas públicas: desafios para sua institucionalização." In: *Revista de Administração Pública* 36.2 (2002): 277-292.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Municipal*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

. "Participação democrática: audiências públicas". In: CUNHA, Sérgio Sérvulo; GRAU, Eros Roberto (orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. Pág. 325-351.
FONSECA, Igor Ferraz; OLIVEIRA, Marília Silva de; PEREIRA, Ana Karine; REZENDE, Raimer Rodrigues. "Audiências públicas: fatores que influenciam seu potencial de efetividade no âmbito do Poder Executivo federal". *Revista do Serviço Público*, Brasília 64 (1): 7-29 jan/mar 2013.
MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. *Processo administrativo: Lei n.º 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009. Págs. 238-245.
OLIVEIRA, Gustavo Justino de. "As Audiências Públicas e o Processo Administrativo Brasileiro". In: _____. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Págs. 17-33
PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
SANTOS, Fábio Gomes dos. *Audiências Públicas Administrativas no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.
SILVA, José Afonso. "Democracia participativa". In: *Caderno de Soluções Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. Págs. 183/214.
TATAGIBA, Luciana. "A institucionalização da participação: os conselhos municipais de políticas públicas na cidade de São Paulo". In: AVRITZER, Leonardo (org.). *A participação em São Paulo*. São Paulo: Editora da UNESP, 2004.

A Advocacia Pública e o Aperfeiçoamento Normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro

Derly Barreto e Silva Filho[1]

Sumário: 1 – Introdução. 2 – A Função Legislativa do Poder Executivo no Estado Social: a Lei como Instrumento de Governo. 3 – A Consultoria e o Assessoramento Técnico-Legislativo a Cargo da Advocacia Pública. 3.1 – O Assessoramento Técnico-Legislativo no Estado de São Paulo. 3.2 – O Assessoramento Técnico-Legislativo na União. 3.3 – O Assessoramento Técnico-Legislativo no Estado de Minas Gerais. 4 – A Advocacia Pública e o Aperfeiçoamento das Normas Jurídicas. 4.1 – A Função Social da Advocacia Pública como Fator de Legitimação Democrática do Direito. 4.2 – O Dever de Acautelamento Jurídico da Advocacia Pública. 5 – Conclusão. Referências Bibliográficas.

Resumo: A presente investigação objetiva demonstrar e comprovar que a participação da Advocacia Pública no processo de formação das normas jurídicas pode constituir notável fator de aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Palavras-Chave: Advocacia Pública; Estado Democrático de Direito; Assessoramento Técnico-Legislativo; Lei; Elaboração Legislativa.

1. Introdução

Dados estatísticos do Supremo Tribunal Federal (STF) revelam que, das ações

[1] Procurador do Estado de São Paulo, Presidente do Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estdo de São Paulo – SINDIPROESP (biênios 2015-2016 e 2017-2018), Conselheiro Eleito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (biênio 2013-2014), Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor do Curso de Especialização em Direito Constitucional da PUC-SP, Membro das Comissões de Advocacia Pública, de Direito Constitucional e de Direitos e Prerrogativas da OAB-SP (triênio 2016-2018) e autor do livro intitulado "Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário" (Malheiros, 2003).

diretas de inconstitucionalidade efetivamente conhecidas desde 5 de outubro 1988, data da promulgação da atual Constituição Federal, mais de 60% delas foram julgadas *total ou parcialmente procedentes*[2]. Ainda que não abranja todos os atos normativos editados pela União e pelos Estados, o número impressiona e preocupa, ao apontar para a *baixa qualidade técnica* (material e formal) dos textos normativos brasileiros.

No contexto europeu, de acordo com o Relatório Mandelkern, elaborado pelo Grupo de Alto Nível para a Melhoria da Qualidade Legislativa constituído pela Comissão Europeia, estima-se que a carga legislativa represente entre 2% e 5% do PIB – Produto Interno Bruto. Outrossim, aqui como alhures, sabe-se que um *ato normativo de qualidade* evita que os cidadãos, as administrações públicas e as empresas fiquem submetidos a encargos inúteis, que representam tempo e dinheiro, e confere maior segurança jurídica às relações sociais[3].

No Brasil, ainda é bastante incipiente a preocupação com a qualidade das leis e dos atos normativos no âmbito do Poder Executivo.

A propósito, José Joaquim Gomes Canotilho[4], em tom crítico, aponta para a "profunda insatisfação sentida perante a unilateralidade dogmática da *metodologia tradicional* que se compreende ou autocompreende exclusivamente como ciência da aplicação do direito (...) e não também como ciência da normação jurídica". E adverte[5]:

> As consequências metodológicas e práticas desta perspectiva têm sido postas em relevo nos últimos tempos. Por um lado, obrigam a dogmática e a metódica jurídicas a se concentrar-se na «fase pós-natal do Direito» (...) e a excluir dos interesses científicos dos juristas a «fase pré-natal», ou seja, os momentos genéticos das normas.

Daqui resulta a curiosa situação, vinda já do século XIX, de cada vez mais os juristas e politólogos lidarem com problemas de legislação sem que, no mínimo, lhes seja fornecida qualquer preparação técnica e crítica quanto ao objeto central do seu trabalho quotidiano.

Mais adiante, arremata sua crítica: "No plano da formação dos juristas, a ciência do direito compreendida como «ciência de aplicação» conduziu aos

[2] Fonte: Portal de Informações Gerenciais do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi. Acesso em 14 de junho de 2017.
[3] *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, nº 29, p. 13 e 14.
[4] Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação, p. 407 e 408.
[5] Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação, p. 408.

resultados postos incisivamente em relevo por Pestalozza: 'As Universidades têm produzido até aqui aplicadores do direito (...), mas não «fazedores» do direito (...)'"[6].

A *produção jurídica* constitui, pois, terreno tremendamente fértil e auspicioso para atuação institucional da Advocacia Pública do século XXI, que pode e deve conduzir a uma mudança de paradigma na função desempenhada pelos Advogados Públicos: de *intérpretes* a *partícipes da elaboração* de leis e atos normativos qualitativamente bons e melhor ajustados aos estalões de juridicidade.

A presente investigação objetiva demonstrar que a efetiva participação da Advocacia Pública no processo de formação das normas jurídicas sob o prisma técnico pode constituir notável fator de aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

2. A Função Legislativa do Poder Executivo no Estado Social: a Lei como Instrumento de Governo

É cediço que, no Estado Liberal, as funções exercidas pelo Poder Público limitavam-se a de guarda-noturno, a de garante da propriedade e da liberdade individuais, tal como professadas pela burguesia. A atividade administrativa estava contida em limites estreitos e o Estado devia respeitar os direitos individuais, que se consideravam, a princípio, independentes da administração estatal e cujas relações com ela eram relativamente escassas[7].

O quadro altera-se com a crescente intervenção do Estado nos mais variados âmbitos da vida social, que faz com que as suas funções se ampliem e se intensifiquem, e se altere a posição dos cidadãos em face da sua atividade. Esclarece Angel Latorre[8]: "A administração realiza hoje uma actividade *configuradora* da ordem social. Não é só protectora duma ordem estabelecida, mas cumpre uma tarefa de prestação de serviços ao cidadão, o qual se encontra cada vez mais numa relação de dependência para com ela. A administração invade progressivamente os mais variados aspectos da vida, e poucos são os campos de relações jurídicas em que hoje não surja, e com carácter decisivo, uma dimensão administrativa".

No Estado Social, o Poder Público estende o seu campo de atuação para alterar a realidade social e resolver os problemas decorrentes do abuso das liberdades individuais no plano das relações econômicas, causa das profundas desigualdades sociais. À

[6] Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação, p. 409.
[7] Neste sentido, Angel Latorre, *Introdução ao direito*, p. 223 e 224
[8] Angel Latorre, *Introdução ao direito*, p. 223 e 224

medida que a sociedade exige respostas prontas e rápidas para questões particularizadas e custosas, as competências dos Poderes do Estado realinham-se paulatinamente.

Além dos direitos individuais clássicos, o Poder Público passa a promover a tutela de bens e direitos de relevo social, como saúde, moradia, educação, trabalho, previdência, transporte, interferindo no domínio privado, instituindo limitações à liberdade e propriedade individuais, avocando e orientando atividades antes deixadas ao inteiro talante da livre iniciativa.

Deparando-se com todas essas incumbências, o Estado transforma-se em um agente de prestações positivas em favor do indivíduo e da coletividade, obrigado a decisões prontas e tecnicamente complexas. Naturalmente, o pêndulo dessa nova ordem político-jurídica inclina-se para o Poder Executivo. O Estado, outrora legislativo e distante, converte-se em um Estado administrativo, que presta serviços, executa obras públicas, fiscaliza operações bancárias, emite e resgata títulos da dívida pública, cria instituições de fomento, realiza investimentos e financiamentos, explora e monopoliza atividades econômicas, contrata serviços, nacionaliza indústrias, cria empresas, regula o exercício de profissões, reprime o abuso do poder econômico, combate endemias, executa ações de vigilância sanitária.

É bem verdade que as profusas intervenções do Estado-administrador não prescindem de um substrato normativo. Entretanto, observa Fernanda Dias Menezes de Almeida[9], as leis oriundas do Poder Legislativo nem sempre se revelam os instrumentos adequados para dar conta das necessidades legislativas do Estado-providência. Os Parlamentos, por sua vez, nem sempre conseguem, a tempo e hora, gerar as leis que os governos reclamam, que os grupos de pressão solicitam, pois as normas que tradicionalmente pautam o seu trabalho dão ensejo a delongas e oportunidade a manobras e retardamentos[10].

Ao lado das normas jurídicas gerais e abstratas, de intenção duradoura, ganham importância, no Estado Social, regulações que se destinam à modificação, muitas vezes urgente, de situações concretas[11]. Trata-se de medidas que decorrem das exigências da sociedade pluralista e tecnológica que o Parlamento representa.

Essas circunstâncias, a par de outras[12], levaram ao rompimento do monopólio

[9] *Imunidades parlamentares*, p. 44.
[10] Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, p. 14.
[11] Reinhold Zippelius, *Teoria geral do Estado*, p. 396.
[12] Segundo Themistocles Brandão Cavalcanti, o desempenho da atividade parlamentar é também afetado pela falta de conhecimentos técnicos por parte dos parlamentares. Afirma o autor: "A experiência moderna, com o acréscimo da intervenção do Estado em todos os setores, pela exigência de uma multiplicação do poder normativo torna o Poder Legislativo de todo ineficaz para realizar toda a sua tarefa, principalmente quando se trata de matéria técnica que escapa aos conhecimentos da média dos elementos que o integram" (*Teoria do Estado*, p. 301).

da atividade legiferante pelo Legislativo, com o correlato deslocamento do centro de gravitação político-jurídica para o Executivo. Governar, professa Boris Mirkine-Guetzévitch[13], "não é somente «executar» ou aplicar as leis; governar é dar impulso à vida pública, tomar as iniciativas, preparar as leis". O Parlamento não perde o seu poder de legislar; compartilha-o com o Executivo, tecnicamente mais apto a expedir as regulações com a prontidão esperada.

A coparticipação do Legislativo e Executivo na função política opera-se em consideração às características estruturais, processuais e de legitimação destes órgãos. Bem explica Nuno Piçarra, *in verbis*: "a imediata legitimidade democrática do parlamento complementa-se com a «dianteira» de informação e de «margem de manobra» sobre a administração pública por parte do governo, e a adequada prossecução da função política no Estado de Direito democrático tanto requer um órgão cuja estrutura, legitimação e procedimento permitam o confronto entre as decisões políticas tomadas no seu exercício e as alternativas mais representativas a estas, como o parlamento, como requer um órgão cuja estrutura, legitimação e procedimento possibilitem decisões e actuações rápidas, para poderem ser eficazes, como o governo"[14].

Com a intervenção do Estado na economia, a lei tende cada vez mais a se transformar em um *instrumento de governo*, circunstância que resultará na perda de seus clássicos atributos de *norma* e na sua transmudação em *medida de ação*. O conceito de lei – comando normativo estatal emanado do Poder Legislativo e dotado dos predicados de *generalidade*, a *abstração* e a *permanência* – não mais se amolda à sociedade complexa contemporânea, que exige do Estado medidas concretas, tópicas, de duração limitada. Veem-se, hoje, lado a lado, as leis-garantia e as leis-instrumento. Na síntese de Cristina Queiroz, "é hoje usual afirmar-se que se governa não só segundo as leis, e no limite das leis, mas ainda *através* das leis"[15].

A iniciativa das leis, a delegação legislativa e os poderes de veto e de edição de atos com força de lei outorgados ao Executivo são exemplos de institutos que efetivaram esse consórcio funcional.

Apesar da incontestável revitalização do Parlamento brasileiro – que foi contemplado, em número consideravelmente maior, com competências

[13] *Evolução constitucional europeia*. Trad. de Marina de Godoy Bezerra. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, p. 33. Para René Capitant, citado por Boris Mirkine-Guetzévitch, "governar não é mais agir no quadro das leis existentes, governar é dirigir essa própria legislação, governar, em uma palavra, é legislar..." (idem, ibidem).
[14] *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: contributo para o estudo das suas origens e evolução*, p. 252.
[15] *O Parlamento como factor de decisão política*, p. 72.

que interferem nas atividades estatais tipicamente administrativas do Estado[16] –, permaneceram incólumes, na Constituição de 1988, muitas das *competências legislativas atípicas* que o regime autoritário anterior havia atribuído ao Poder Executivo.

Na ordem constitucional vigente, o Executivo inter-relaciona-se com o Legislativo e interfere em suas atividades típicas quando, por exemplo, o Presidente da República: 1) convoca extraordinariamente o Congresso Nacional (art. 57, § 6º, II); 2) propõe emenda à Constituição (art. 60, II); 3) elabora leis delegadas (art. 68); 4) inicia o processo legislativo (art. 84, III), muitas vezes privativamente (art. 61, § 1º[17]);

[16] Atualmente, o Poder Legislativo inter-relaciona-se com o Poder Executivo, e assim o controla, quando, por exemplo: 1) susta os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (art. 49, V); 2) fixa os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado (art. 49, VIII); 3) julga, anualmente, as contas prestadas pelo Presidente da República e aprecia os relatórios sobre a execução dos planos de governo (art. 49, IX); examina e emite pareceres sobre os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais, e também sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República (art. 166, § 1º, I); examina e emite parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais e exerce o acompanhamento e a fiscalização orçamentária (art. 166, § 1º, II); 4) fiscaliza e controla, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (art. 49, X); 5) convoca Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado (art. 50, *caput*); 6) procede à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa (art. 51, II); 7) aprova previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de magistrados, Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República, Governador de Território, Presidente e Diretores do Banco Central, Procurador-Geral da República e titulares de outros cargos que a lei determinar (art. 52, III, *a* a *f*); 8) aprova previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 52, IV); 9) convoca, por intermédio de suas comissões, Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições e solicita depoimento de qualquer autoridade (art. 58, § 2º, III e V); 10) recebe, por meio de suas comissões, petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridade ou entidades públicas (art. 58, § 2º, IV); 11) as comissões parlamentares apreciam programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emite parecer (art. 58, § 2º, VI); 12) cria comissões parlamentares de inquérito, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, para a apuração de fato determinado e por prazo certo (art. 58, § 3º); e 13) exerce, mediante controle externo, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (art. 70, *caput*).

[17] O art. 61, § 1º, prescreve que são de *iniciativa privativa* do Presidente da República as leis que: I – fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II – disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos, na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI (que prescreve que cabe privativamente ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos); e f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

5) solicita urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa (art. 64, § 1º); 6) sanciona, promulga e faz publicar as leis, bem como expede decretos e regulamentos para sua fiel execução (art. 84, IV); 7) veta projetos de lei, total ou parcialmente (art. 84, V); 8) dispõe, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos (art. 84, VI, *a* e *b*); e 9) edita medidas provisórias com força de lei (art. 84, XXVI). E, além dessas previsões, o Poder Executivo inter-relaciona-se com o Poder Legislativo por meio do comparecimento dos Ministros de Estado ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados ou a qualquer de suas comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu Ministério (art. 50, § 1º).

Esse arranjo orgânico-funcional, como se verá, repercute intensamente nas atribuições que o Estado Democrático de Direito brasileiro reserva à Advocacia Pública, principalmente no tocante à consultoria jurídica e ao assessoramento técnico-legislativo do Poder Executivo «legislador».

3. A Consultoria e o Assessoramento Técnico-Legislativo a Cargo da Advocacia Pública

Cabe à Advocacia Pública, por meio de suas consultorias e assessorias, orientar, dar suporte e coadjuvar o Poder Executivo no desempenho eficaz das várias competências legislativas atípicas que lhe foram constitucionalmente conferidas (cf. arts. 131 e 132 da Constituição Federal).

Trata-se de atribuição que extrapola os tradicionais limites internos da Administração Pública em sentido estrito, para se projetar para além das "pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que exercem a função administrativa" e da atividade administrativa exercida por estes entes[18], *alcançando*, reflexamente, *toda a sociedade*.

Em que pese essa relevante atribuição constitucional, a atuação da Advocacia Pública, no campo da produção jurídica, ainda não revelou todas as suas potencialidades.

À guisa de exemplo, hoje, no Estado de São Paulo, os anteprojetos de lei

[18] São esses dois elementos que compõem, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o conceito de Administração Pública em sentido estrito (*Direito Administrativo*, p. 88).

e as minutas de decreto em matéria tributária são analisados pela Procuradoria de Assuntos Tributários, órgão integrante da Procuradoria Geral do Estado[19], somente quando solicitado pelo Secretário da Fazenda ou determinado pelo Procurador Geral. Ou seja, é a conveniência política e não o rigor jurídico que propende a falar mais alto nessa seara, circunstância preocupante, porquanto, como referido em outro espaço [20], sabe-se que as políticas públicas tributárias são normalmente concebidas em círculo fechado de especialistas e autoridades, sem publicidade, obedecendo fundamentalmente a diretrizes estabelecidas pelo próprio Governo e carecendo de controles jurídicos prévios de adequação constitucional e legal e de avaliações de impacto normativo. Possuem, na dicção de Sérgio de Azevedo e Marcus André Melo[21], certa invisibilidade:

> As questões tributárias são produzidas em uma arena decisória caracterizada por especificidades importantes. Em primeiro lugar, malgrado sua importância mais ampla na economia e na sociedade, as políticas na área tributária, em contraste com as decisões relativas ao gasto público, possuem uma certa invisibilidade (...) para os atores sociais. B. Guy Peters, um dos poucos cientistas políticos a estudar sistematicamente a questão, apontou com perspicácia que o mesmo volume de benefícios que teriam grande visibilidade numa autorização de gasto poderia muito facilmente passar despercebido na legislação tributária (...). A relativa «invisibilidade», e incerteza quanto aos impactos, da renúncia fiscal e dos impostos indiretos (...) constituem um incentivo para que os atores políticos e elites burocráticas escolham esses mecanismos em lugar de instrumentos que produzem maior conflito.

Ainda na síntese dos autores, "trata-se de uma arena onde predominam decisões de grande complexidade, cujas tecnicalidades só são acessíveis a

[19] Cf. art. 43, II, da Lei Complementar nº 1.270, de 25 de agosto de 2015.
[20] Derly Barreto e Silva Filho, A Advocacia Pública e o controle de juridicidade das políticas públicas, ***in*** *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, p. 91 e 92.
[21] A Política da Reforma Tributária: Federalismo e Mudança Constitucional, ***in*** *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, out. 1997. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v12n35/35melo.pdf. Acesso em 14 de junho de 2017.

especialistas"[22].

Se, por meio de políticas públicas, são concebidas pré-disposições que, no decurso de sua progressiva realização, poderão vir a prejudicar as pessoas, essas pré-disposições podem tornar-se tanto mais irreversíveis quanto mais progride a sua execução, de modo que é fundamental assegurar que, *desde a sua concepção*, elas se amoldem à ordem jurídica e não apenas às diretrizes governamentais e sua presumida «bondade».

As políticas públicas tributárias envolvem, entre outros aspectos, vultosos benefícios, incentivos e renúncias fiscais, que somente se justificam se, observados os parâmetros e atendidos os requisitos previstos na Constituição e nas leis, atender ao interesse público e houver um comprovado proveito social. Deve existir, pois, um rígido controle jurídico dessas políticas, a fim de que não haja desvirtuamentos nem favorecimentos indevidos.

É certo que a Advocacia Pública deve colaborar com a função de governo. Também é assente que os Advogados Públicos não detêm nem exercitam juízos de conveniência e oportunidade, que são, por mandato constitucional expresso, da alçada exclusiva dos governantes. Assim, cabe aos consultores jurídicos e assessores técnico-legislativos tão somente viabilizar, *na medida do juridicamente possível*, as políticas públicas, apontando alternativas, quando cabíveis.

Para o bom desempenho dessa tarefa, é de extrema importância a estreita interlocução dos órgãos de Advocacia Pública com as autoridades, os técnicos e os formuladores de políticas públicas *em áreas juridicamente sensíveis*, como saúde, educação, segurança pública, tributação, finanças, orçamento, serviços públicos, organização administrativa e contratos, ainda na fase genética de projetos, com o objetivo de capacitar e qualificar os Advogados Públicos, com o aporte intelectual e com as informações necessárias, para poderem exercer as funções de consultoria e assessoria jurídicas com a máxima proficiência.

Nada pior do que uma «instituição satélite», cujos membros, responsáveis pela orientação jurídica do Estado, mantêm-se (ou são mantidos) alheios ao que se passa em seu derredor. Nada mais incompreensível do que um advogado que não dialoga com o seu cliente, não conheça a sua causa e não reúna condições para bem desempenhar o seu múnus.

No estágio de formulação das políticas públicas que serão veiculadas por leis e atos normativos é que os órgãos de Advocacia Pública ponderam acerca da

[22] A Política da Reforma Tributária: Federalismo e Mudança Constitucional, ***in*** *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, out. 1997. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v12n35/35melo.pdf. Acesso em 14 de junho de 2017.

viabilidade e compatibilidade jurídica da proposição normativa com a Constituição e o ordenamento infraconstitucional, escrutínio que não deve adstringir-se a meras verificações formais (*v.g.*, a questões ortográficas, gramaticais e sintáticas), como bem explica César do Vale Kirsch[23], ao tratar do papel da Advocacia Geral da União no âmbito das políticas públicas federais:

> Na fase de formulação de políticas públicas é que se dá, efetivamente, o início das análises, estudos e debates acerca dos pontos existentes sobre o problema proposto. Os aspectos sociais, econômicos, políticos e jurídicos são discutidos, a fim de se encontrar diretrizes e coordenadas adequadas, necessárias e seguras, para se resolver a questão ora abordada. Valores, princípios e leis são considerados nessa etapa. Igualdade, liberdade, moralidade e democracia são fatores que têm de ser examinados no processo de discussão.
>
> É nessa etapa do processo de política pública que o membro da AGU terá perfeitas condições de analisar os caminhos jurídicos, que a política ora debatida poderá tomar, para que seja implementada de forma segura e eficiente. Fará o exame da compatibilidade do programa político com a Constituição e as demais normas vigentes, bem como com os princípios e valores do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, poderá prever determinadas situações jurídicas, eventualmente comprometedoras do sucesso do plano em debate, indicando, por conseguinte, os caminhos jurídicos mais seguros, para o governante ter maior facilidade e mais opções de escolha na sua tomada de decisão, evitando-se, assim, possíveis atritos sociais na implantação da política pública debatida.

Por isso, isto é, para que tenha possibilidade de colaborar mais efetivamente na tarefa de aperfeiçoamento das normas produzidas e editadas pelo Estado, a atuação da Advocacia Pública, no campo da produção jurídica, deve, realmente, ser incrementada.

[23] Advocacia-Geral da União e Poder Executivo Federal: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas, ***in*** *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, p. 80 e 81.

Cumpre, pois, conhecer, brevemente, à guisa de ilustração, três diferentes modelos de assessoramento técnico-legislativo do Estado e as principais normas que regem a sua atuação. O primeiro, paulista, apega-se mais à concepção formal dos atos normativos; o último, mineiro, à sua substância, sem descuidar de seus aspectos formais. O modelo federal transita entre os dois extremos, embora seja tendencialmente mais formalista.

3.1. O Assessoramento Técnico-Legislativo no Estado de São Paulo

No Estado de São Paulo, o Decreto-lei nº 17.252, editado em 29 de maio de 1947, criou a Assessoria Técnico-Legislativa (ATL) com as seguintes atribuições: 1) dar redação final aos projetos de lei de iniciativa do Governador e preparar as respectivas mensagens; 2) acompanhar, como órgão informativo do Governo, a discussão dos projetos de leis; 3) fundamentar o veto dos projetos de leis aprovados pela Assembleia Legislativa; 4) elaborar os anteprojetos de consolidação das disposições legais vigentes; 5) incumbir-se de quaisquer outros trabalhos determinados pelo Governador, inclusive a divulgação dos atos legislativos do Estado; 6) funcionar como órgão consultivo do Governo em assuntos que se refiram ao serviço civil; e 7) opinar sobre assuntos relativos a organização e funcionamento dos serviços públicos (cf. art. 2º, *a* a *g*, da Lei nº 74, de 21 de fevereiro de 1948[24]).

Segundo o registro de Oswaldo Müller da Silva, então Assessor-Chefe da ATL, "em março de 1947, no início da execução do programa do Governo Adhemar de Barros, o Sr. Professor Miguel Reale, então Secretário da Justiça, representava sobre a necessidade da criação de um serviço a que ficariam atribuídos, entre outros encargos, o preparo do expediente de encaminhamento dos projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo e a elaboração de exposição de motivos e mensagens para assinatura do Chefe do Governo"[25].

A função de assessoramento técnico-legislativo que cabia à ATL paulista, na seara da produção normativa, adstringia-se, fundamentalmente, à nomografia, isto é, à redação de leis, especificamente na fase de *finalização* dos respectivos projetos, mas não na de ideação legislativa.

Hoje, as tarefas cometidas à ATL não diferem substancialmente daquelas

[24] A Lei nº 74, de 21 de fevereiro de 1948, além de alterar as competências da ATL, determinou a sua subordinação diretamente ao Governador do Estado – e não mais ao Gabinete do Secretário da Justiça e Negócios do Interior.

[25] *Arquivos da Assessoria Técnico-Legislativa: trabalhos elaborados nos anos de 1947, 1948 e 1949*. São Paulo: Tip. do Departamento de Investigações, 1950, p. 5.

previstas há quase 70 (setenta) anos.

Constitucionalmente, lastreiam-se no disposto no art. 99, V, da Constituição do Estado de São Paulo, promulgada em 5 de outubro de 1989, que estabelece, dentre as funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado, a de "prestar assessoramento jurídico e técnico-legislativo ao Governador do Estado".

Legalmente, a ATL atualmente integra o Gabinete do Procurador Geral do Estado e responde pelo "assessoramento jurídico ao exercício das funções legislativas e normativas que a Constituição do Estado outorga ao Governador" (cf. art. 9º, II, da Lei Complementar nº 1.270, de 25 de agosto de 2015).

De acordo com os arts. 19 do Decreto Estadual nº 61.038, de 1º de janeiro de 2015, e 18 do Decreto Estadual nº 62.105, de 13 de julho de 2016, compete-lhe: a) assessorar o Governador no exercício das funções legislativas que a Constituição Estadual lhe outorga; b) elaborar pareceres técnicos e jurídicos; c) examinar anteprojetos de leis originários das Secretarias de Estado e de outros órgãos e entidades da Administração; d) elaborar anteprojetos de leis determinados pelo Governador e pelo Secretário-Chefe da Casa Civil; e) fundamentar os vetos do Governador a projetos de leis; f) estudar projetos de leis em andamento.[26]

Por sua vez, o art. 3º da Resolução Conjunta CC/PGE nº 1, de 8 de agosto

[26] Até a revogação parcial tácita do art. 19 do Decreto Estadual nº 61.038, de 1º de janeiro de 2015, pelo art. 18 do Decreto Estadual nº 62.105, de 13 de julho de 2016, à ATL competia: I - assessorar o Governador no exercício das funções legislativas que a Constituição Estadual lhe outorga, bem como acompanhar a tramitação de todas as proposições legislativas; II - elaborar a mensagem governamental ao Poder Legislativo, nos termos do art. 47, X, da Constituição do Estado, que prescreve que compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição, apresentar à Assembleia Legislativa, na sua sessão inaugural, mensagem sobre a situação do Estado, solicitando medidas de interesse do Governo; III - assessorar na prestação de informações à Assembleia Legislativa, em função de indicações e requerimentos; IV - elaborar pareceres técnicos e jurídicos; V - examinar anteprojetos de leis originários das Secretarias de Estado e de outros órgãos e entidades da Administração; VI - elaborar anteprojetos de leis determinados pelo Governador e pelo Secretário-Chefe da Casa Civil; VII - redigir mensagens à Assembleia Legislativa; VIII - fundamentar os vetos do Governador a projetos de leis; IX - acompanhar os trabalhos legislativos, bem como estudar projetos de leis em andamento; X - adotar as providências necessárias à manutenção, na parte da Constituição e de leis, do Sistema de Legislação Estadual implantado na Internet. Com a edição do Decreto nº 62.105, de 13 de julho de 2016, parte dessas competências foi trespassada para a Assessoria Técnica da Casa Civil, que passou a responder pelas seguintes atribuições: I - assessorar o Secretário-Chefe da Casa Civil e o Secretário Adjunto no desempenho de suas funções; II - dar suporte técnico-administrativo ao Governador no exercício das funções legislativas que lhe são outorgadas pela Constituição do Estado; III - elaborar a Mensagem Governamental ao Poder Legislativo, nos termos do art. 47, X, da Constituição do Estado; IV - acompanhar os trabalhos legislativos, em especial a tramitação das proposições; V - assessorar na prestação de informações à Assembleia Legislativa por autoridades do Poder Executivo, referentes aos requerimentos formulados com base no art. 20, XVI, da Constituição do Estado; VI - receber os anteprojetos de leis originários das Secretarias de Estado e de outros órgãos e entidades da Administração e providenciar o encaminhamento, para exame, à Assessoria Técnico-Legislativa, da Procuradoria Geral do Estado; VII - adotar as providências necessárias para: a) encaminhamento das Mensagens do Governador à Assembleia Legislativa; b) obtenção das referendas de Secretários de Estado nas leis publicadas; c) manutenção do Sistema de Legislação Estadual implantado na Internet, com relação à Constituição do Estado e às leis estaduais; VIII - preparar e encaminhar, para publicação no Diário Oficial do Estado, as leis sancionadas pelo Governador; IX - preparar resoluções do Secretário-Chefe da Casa Civil.

de 2016, que estabelece rotinas e procedimentos de assessoramento ao Governador do Estado no exercício de sua competência legislativa e nas demais atuações que especifica, incumbe à Procuradoria Geral do Estado, por intermédio da ATL: I - no tocante a anteprojetos de alteração ou inovação legislativa: a) realizar o acompanhamento das respostas às solicitações encaminhadas pela Casa Civil às Pastas ou órgãos interessados, por intermédio do Sistema de Acompanhamento Legislativo – SIALE, solicitando, quando necessário, informações adicionais ou complementares, bem como procedendo a reiterações e alertas quanto à observância dos prazos estabelecidos, sem prejuízo da atuação da Assessoria Técnica da Casa Civil; b) o exame dos aspectos jurídicos da proposição, sem prejuízo da precedente manifestação da Consultoria Jurídica da Pasta interessada, realizando, quando necessário, alterações do texto apresentado, objetivando o atingimento dos fins colimados pela Administração ou cumprimento de condições indispensáveis à viabilidade jurídica, bem como as adequações e aprimoramentos de ordem técnico-legislativa; c) a elaboração da Mensagem e a preparação e envio, por intermédio da Assessoria Técnica da Casa Civil, do expediente legislativo, em meio físico e digital, completo e apto à deliberação do Governador do Estado; II - realizar o exame dos Autógrafos quanto aos aspectos jurídicos e técnico-legislativos, procedendo à elaboração de proposta de sanção ou minuta de veto, com a devida fundamentação, bem como a indicação das Pastas que poderão referendar eventual lei sancionada, a ser encaminhada por intermédio da Assessoria Técnica da Casa Civil, em expediente digital completo e apto para submissão à decisão final do Governador do Estado, em tempo hábil para o cumprimento do prazo estabelecido no artigo 28, § 1º da Constituição do Estado; e III - efetuar o exame de proposições legislativas em curso na Assembleia Legislativa, mediante solicitação da Casa Civil à Procuradoria Geral do Estado, apresentando subsídios jurídicos e técnico-legislativos para aprimoramento do texto proposto[27].

[27] Conforme o art. 2º do aludida Resolução Conjunta CC/PGE nº 1, de 8 de agosto de 2016, incumbe à Casa Civil, por intermédio de sua Assessoria Técnica: I - a realização de todos os trâmites necessários à elaboração do Relatório de Atividades da Administração Estadual, previsto no artigo 47, inciso X da Constituição do Estado, inclusive o envio à Assembleia Legislativa do Estado, bem como o encaminhamento do Balanço Geral do Estado, cuja elaboração compete à Secretaria da Fazenda; II - o acompanhamento, por intermédio do Sistema de Acompanhamento Legislativo – SIALE, instituído pelo Decreto 47.807, de 5 de maio de 2003, dos Requerimentos de Informação formulados com base no art. 20, XVI, da Constituição do Estado, devendo proceder ao cadastramento, à solicitação de informações da Pasta interessada, ao acompanhamento e ao encaminhamento de ofício-resposta à Assembleia Legislativa, sem prejuízo dos trâmites próprios desta última; III - o acompanhamento das proposições em tramitação na Assembleia Legislativa, mantendo as informações atualizadas em arquivos digitais próprios, devendo realizar, ainda, por intermédio do Sistema de Acompanhamento Legislativo – SIALE, o cadastramento e a solicitação de manifestação de tantas quanto forem as Pastas interessadas sobre as proposições; IV - o recebimento dos Autógrafos expedidos pela Assembleia Legislativa, a solicitação de manifestação das Pastas ou órgãos interessados quanto ao texto aprovado

Por fim, consoante o art. 2º da Resolução PGE nº 4, de 10 de fevereiro de 2017, compete à ATL: I - manifestar-se em processos e expedientes que versem sobre a edição de decretos regulamentares de leis estaduais; II - manifestar-se em processos e expedientes instaurados para a análise da constitucionalidade de leis estaduais, elaborar pareceres e, quando o caso, as minutas de petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade ou informações do Governador do Estado; e III - elaborar minuta de manifestação do Procurador Geral, nos termos do disposto no artigo 90, §2º, da Constituição Estadual[28].

3.2. O Assessoramento Técnico-Legislativo na União

No âmbito da União, compete à Casa Civil da Presidência da República: I - examinar a constitucionalidade, a legalidade, o mérito, a oportunidade e a conveniência política das propostas de projeto de ato normativo; II - decidir sobre a ampla divulgação de texto básico de projeto de ato normativo de especial significado político ou social, até mesmo por meio da Rede Mundial de Computadores ou mediante a realização de audiência pública, tudo com o objetivo de receber sugestões de órgãos, entidades ou pessoas; III - supervisionar a elaboração dos projetos de atos normativos e, no tocante à iniciativa do Poder Executivo, solicitar a participação dos órgãos competentes nos casos de: a) declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade por omissão; e b) deferimento de mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal; IV - na

pelo Poder Legislativo, por intermédio do Sistema de Acompanhamento Legislativo – SIALE, a elaboração de documento denominado "mapa de autógrafo", contendo o resumo dos autógrafos recebidos na respectiva data e o imediato encaminhamento à Assessoria Técnico-Legislativa, com a delimitação do prazo de 15 (quinze) dias úteis para decisão do Governador quanto à sanção ou veto da propositura, nos termos do art. 28, § 1º, combinado com o art. 47, IV, da Constituição do Estado; V - o recebimento de processos relativos a anteprojetos para alteração ou inovação legislativa, para fins de anotação e registro, a solicitação de manifestação das Pastas ou órgãos interessados, por intermédio do Sistema de Acompanhamento Legislativo – SIALE, mediante indicação da Assessoria Técnico-Legislativa, e o encaminhamento, por despacho do Secretário-Chefe da Casa Civil, ou à sua ordem, à Assessoria Técnico-Legislativa, da Procuradoria Geral do Estado; VI - a numeração e o envio das Mensagens do Governador do Estado à Assembleia Legislativa, em formatos físico e digital, relativas ao encaminhamento de projetos de lei, projetos de lei complementar, propostas de emenda à Constituição, requerimentos de urgência na tramitação de proposituras, razões de veto total ou parcial, bem como mensagens aditivas e outras relacionadas às proposições de iniciativa do Governador; VII - a numeração e publicação no Diário Oficial do Estado de leis ordinárias e leis complementares sancionadas pelo Governador; VIII - a publicação das mensagens de veto total ou parcial do Governador no Diário Oficial do Estado, nos períodos de recesso da Assembleia Legislativa; IX - o arquivamento das leis originais, segundo as regras de arquivísticas, considerando o valor histórico do documento.

[28] Referido dispositivo preceitua que, quando o Tribunal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Procurador Geral do Estado, a quem caberá defender, no que couber, o ato ou o texto impugnado.

hipótese de regulamentação exigida por lei, instar os Ministérios e os órgãos da estrutura da Presidência da República ao cumprimento dessa determinação; e V - zelar pela fiel observância dos preceitos deste Decreto, podendo devolver aos órgãos de origem os atos em desacordo com as suas normas (cf. art. 34, I a V, do Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002[29]).

Conforme o art. 36 do referido decreto, compete à Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil emitir parecer final sobre a constitucionalidade e legalidade dos projetos de ato normativo, observadas as atribuições do *Advogado-Geral da União* previstas no art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica da Advocacia Geral da União)[30].

O art. 37 do aludido decreto federal determina, ainda, que as propostas de projetos de ato normativo serão encaminhadas à Casa Civil por meio eletrônico, com observância do disposto no Anexo I[31], mediante exposição de motivos do titular do órgão proponente, à qual se anexarão: I - as notas explicativas e justificativas da proposição, em consonância com o Anexo II[32]; II - o projeto do ato normativo; e III - o parecer conclusivo sobre a constitucionalidade, a legalidade e a regularidade formal do ato normativo proposto, elaborado pela *Consultoria Jurídica* ou pelo órgão de assessoramento jurídico do proponente. As *Consultorias Jurídicas* dos Ministérios, preceitua o § 4º do referido dispositivo, manterão permanente interlocução com a *Consultoria-Geral da União* na elaboração de projetos de atos normativos, inclusive enviando-lhe cópia dos projetos encaminhados à Casa Civil.

Na apreciação de projetos de lei enviados pelo Congresso Nacional ao Presidente da República para sanção, compete à Secretaria de Assuntos Parlamentares da Secretaria-Geral da Presidência da República solicitar aos Ministérios e aos demais órgãos da Administração Pública Federal as informações que julgar convenientes, para instruir o exame do projeto (cf. art. 52, *caput*, do Decreto nº 4.176). De acordo

[29] O Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, foi editado a fim de regulamentar a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.

[30] O art. 4º da Lei Complementar nº 73/90 basicamente enumera as atribuições do Advogado-Geral da União.

[31] O Anexo I arrola as questões que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo. Por exemplo: deve ser tomada alguma providência? Quais as alternativas disponíveis? Deve a União tomar alguma providência? Deve ser proposta edição de lei?

[32] O Anexo II enuncia os elementos que as justificativas da proposição devem conter, quais sejam: 1) a síntese do problema ou da situação que reclama providências; 2) as soluções e providências contidas no ato normativo ou na medida proposta; 3) as alternativas existentes às medidas propostas; 4) os custos; 5) as razões que justificam a urgência (a ser preenchido somente se o ato proposto for medida provisória ou projeto de lei que deva tramitar em regime de urgência); 6) o impacto sobre o meio ambiente (sempre que o ato ou medida proposta possa vir a tê-lo); 7) as alterações propostas; e 8) a síntese do parecer do órgão jurídico.

com o § 4º do mesmo dispositivo, referida secretaria deverá encaminhar à *Advocacia-Geral da União* cópia dos projetos de lei referidos.

Quando se tratar de projeto de lei processual, as manifestações da *Advocacia-Geral da União* serão obrigatórias (cf. art. 15).

Relativamente às controvérsias existentes sobre a constitucionalidade ou a revogação tácita de dispositivos legais objeto de consolidação, o citado decreto federal determina a sua submissão à *Advocacia-Geral da União* (cf. art. 49).

Por fim, o § 6º do art. 53 do diploma regulamentador federal dispõe que será obrigatória a participação da *Advocacia-Geral da União* nas delegações, comissões, comitês ou grupos de trabalho criados com a finalidade de elaborar sugestões ou propostas de atos normativos da competência ou iniciativa do Presidente da República.

3.3. O Assessoramento Técnico-Legislativo no Estado de Minas Gerais

No Estado de Minas Gerais, a Lei Delegada nº 180, de 20 de janeiro de 2011, dispõe sobre a estrutura orgânica da Administração Pública do Poder Executivo.

Em seu art. 85, cuida da estrutura orgânica básica da Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais e prevê, no inciso VII, a Assessoria Técnico-Legislativa (ATL) e seus cinco núcleos, quais sejam: a) Núcleo de Legística; b) Núcleo de Elaboração e Análise de Documentos Legislativos; c) Núcleo de Apoio ao Controle Prévio de Constitucionalidade de Projetos e Proposições; d) Núcleo de Apoio ao Poder Regulamentar; e e) Núcleo de Documentação Legislativa.

No decreto regulamentar da referida lei delegada (Decreto nº 45.682, de 9 de agosto de 2011), encontram-se previstas, especificamente, as competências e a organização da ATL (cf. arts. 12 a 18).

Compete à ATL mineira: I - fornecer subsídios à elaboração de projetos de lei, de decretos e demais atos normativos de competência do Poder Executivo; II - preparar a redação final de atos normativos primários e regulamentares de iniciativa do Governador; III - preparar as proposições de lei para sanção do Governador; IV - elaborar as razões de veto a proposições de lei; V - elaborar as mensagens a serem encaminhadas à Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais (ALMG): a) que acompanham os projetos de lei; e b) que contém as razões de veto a proposições de lei; VI - preparar estudo técnico-jurídico sobre matéria objeto de atos normativos de interesse do Poder Executivo; VII - contribuir para a análise das propostas de edição de texto normativo encaminhadas ao Governador; VIII - articular com órgãos e entidades interessados na elaboração e apreciação jurídica de atos normativos

regulamentares de iniciativa ou de interesse do Poder Executivo, de acordo com as diretrizes fixadas pela direção superior da Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais (SECCRI); IX - promover a articulação com a *Advocacia-Geral do Estado* (AGE) e a ALMG em assuntos relativos à sua área de atuação, segundo as diretrizes estabelecidas pela direção superior da SECCRI; e X – oferecer informações ao Gabinete da SECCRI no acompanhamento dos requerimentos formulados pela ALMG ao Poder Executivo com fundamento no art. 54 da Constituição do Estado (cf. art. 12, I a X).

Organicamente, a ATL possui seis núcleos. São eles: 1) Núcleo de Apoio Administrativo, que tem por finalidade desenvolver as atividades de suporte técnico e administrativo à ATL, mediante atividades de protocolo, controle de prazos de publicação de atos normativos ou regulamentares, redação de ofícios e arquivamento de documentos (cf. art. 13, *caput*); 2) Núcleo de Legística, responsável por finalidade desenvolver métodos e procedimentos voltados ao aprimoramento dos atos normativos de iniciativa do Poder Executivo[33]; 3) Núcleo de Elaboração e Análise de Documentos Legislativos, incumbido de prestar assessoramento na elaboração de atos normativos de interesse do Poder Executivo[34]; 4) Núcleo de Apoio ao Controle Prévio de Constitucionalidade de Projetos e Proposições, que a quem compete proceder à análise prévia de constitucionalidade e legalidade dos atos normativos regulamentares de iniciativa do Poder Executivo[35]; 5) Núcleo de Apoio ao Poder Regulamentar, encarregado de prestar assessoramento na elaboração

[33] Compete-lhe: I - promover e disseminar estudos técnicos de legística; II - propor diretrizes e padrões para a elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo; III - identificar experiências e difundir boas práticas relacionadas à elaboração de atos normativos; IV - participar de discussão com os órgãos e entidades afetos ao futuro ato normativo; V - apoiar o Gabinete da SECCRI na incorporação de inovações para o aprimoramento da elaboração e tramitação dos atos normativos; VI - criar metodologia para avaliação de impacto de atos normativos específicos; e VII - exercer atividades correlatas, em processo colaborativo com os demais Núcleos, atendidas as diretrizes da Chefia da ATL (cf. art. 14, I a VII).

[34] Compete-lhe: I - realizar análise técnico-jurídica de anteprojetos de lei propostos ao Governador; II - preparar a redação final de anteprojetos de leis de iniciativa do Governador e elaborar as respectivas mensagens a serem encaminhadas à ALMG; III - preparar as razões de veto a proposições de lei; IV - articular-se com o Núcleo de Acompanhamento da Tramitação Legislativa visando à realização de análise técnica dos projetos de lei e de emenda constitucional em tramitação na ALMG; V - oferecer subsídios técnicos à decisão do Governador de sanção ou veto em proposições de lei; e VI - exercer atividades correlatas, em processo colaborativo com os demais Núcleos, atendidas as diretrizes da Chefia da ATL (cf. art. 15, I a VI).

[35] Compete-lhe: I - elaborar estudos técnicos sobre as matérias tratadas em atos legislativos e minutas de decreto; II - realizar análise técnico-jurídica dos atos normativos de interesse do Poder Executivo; III - articular-se com a AGE visando a subsidiar as decisões do Governador quanto à constitucionalidade dos atos de sua competência; IV - articular-se com o Núcleo de Acompanhamento da Tramitação Legislativa visando à realização de análise técnica dos projetos de lei e de emenda constitucional em tramitação na ALMG; V - oferecer subsídios técnicos à decisão do Governador de sanção ou veto em proposições de lei; e VI - exercer atividades correlatas, em processo colaborativo com os demais Núcleos, atendidas as diretrizes da Chefia da ATL (cf. art. 16, I a VI).

de atos normativos regulamentares de competência do Governador[36]; e 6) Núcleo de Documentação Legislativa, ao qual cabe promover a indexação, catalogação e arquivamento de atos legislativos estaduais, com o objetivo de dar suporte às atividades da ATL[37].

O Decreto nº 45.786, de 30 de novembro de 2011, regulamentadora da Lei Complementar nº 78, que, por sua vez, dispõe sobre a elaboração, a redação e consolidação das leis do Estado, prescreve competir à SECCRI, dentre outras atribuições, proceder, sob a supervisão da *AGE*, à análise prévia de constitucionalidade e legalidade dos atos de competência do Governador, com vistas a subsidiar as decisões do Governador (cf. art. 28, VII).

No art. 29, especificam-se as competências da ATL.[38]

O § 4º do referido dispositivo determina que a ATL somente receberá proposta de ato normativo que esteja acompanhada de determinados documentos, dentre os quais a manifestação fundamentada da Assessoria Jurídica ou Procuradoria dos respectivos órgãos ou entidades.

Após o atendimento às exigências estabelecidas no decreto e transcorridos os prazos fixados, o art. 31 determina que a ATL elabore nota técnica, na qual opinará pela adoção ou rejeição do ato proposto, dela fazendo constar o teor das manifestações dos órgãos consultados e a indicação daqueles que, consultados, deixaram de se manifestar. Sempre que se fizer necessário, a *AGE* será consultada, observadas as suas competências constitucionais e legais (cf. art. 32).

De acordo com o art. 34, *caput*, a ATL deve examinar as proposições de lei aprovadas pela ALMG, emitindo nota técnica na qual opine, justificadamente, pela sanção ou veto. No exercício desta competência, a ATL poderá solicitar manifestação da *AGE*, quanto à juridicidade e constitucionalidade da proposição, e das Secretarias de Estado e Órgãos de equivalente hierarquia da estrutura do Poder Executivo afetas à matéria, quanto à sua conveniência (§ 1º, I e II).

[36] Compete-lhe: I - realizar análise técnico-jurídica de minutas de atos regulamentares propostos pelos órgãos e entidades do Poder Executivo; II - preparar a redação final de minutas de atos regulamentares; III - manter atualizado quadro da legislação estadual pendente de regulamentação; IV - elaborar e manter atualizado cadastro de eventos públicos que demandem edição de decretos; V - apoiar a organização de consultas públicas que demandem a elaboração de atos normativos regulamentares; e VI - exercer atividades correlatas, em processo colaborativo com os demais Núcleos, atendidas as diretrizes da Chefia da ATL (cf. art. 17, I a VI).

[37] Compete-lhe: I - proceder à indexação de atos normativos de interesse da ATL; II - catalogar e classificar os atos legislativos estaduais para prover de informações o banco de dados de legislação estadual; III - proceder ao arquivamento e à guarda do acervo de documentos da ATL; IV - realizar pesquisas de apoio às atividades da ATL; e V - exercer atividades correlatas, em processo colaborativo com os demais Núcleos, atendidas as diretrizes da Chefia da ATL (cf. art. 18, I a V).

38 Fundamentalmente, são as mesmas competências arroladas no citado art. 12, I a X, do Decreto nº 45.682.

4. A Advocacia Pública e o Aperfeiçoamento das Normas Jurídicas

O recrudescimento e a complexidade dos problemas econômicos e sociais, a crescente intervenção e regulação do Estado e a proeminência da atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo são fatores que, inexoravelmente, repercutem na atuação da Advocacia Pública e, de modo mais incisivo, nas suas funções de consultoria jurídica e de assessoramento técnico-legislativo.

Diante desse quadro, a Advocacia Pública não pode mais seguir sendo apenas um órgão responsável por dar a "redação final" a projetos de lei de iniciativa do Governador e preparar as respectivas mensagens, atividades cada vez mais copiosas e repetitivas, haja vista o manifesto e impressionante domínio do Executivo em matéria legislativa. Há de desenvolver o seu mister pautada nos primados da racionalidade e da eficiência normativa.

Dos três modelos de assessoramento técnico-legislativo mencionados no tópico anterior, destaca-se o adotado pelo Estado de Minas Gerais, em especial pelas atividades afetas ao *Núcleo de Legística*, que tem por finalidade desenvolver métodos e procedimentos voltados ao aprimoramento dos atos normativos de iniciativa do Poder Executivo. Ao referido núcleo compete: I - promover e disseminar estudos técnicos de legística[39]; II - propor diretrizes e padrões para a elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo; III - identificar experiências e difundir boas práticas relacionadas à elaboração de atos normativos; IV - participar de discussão com os órgãos e entidades afetos ao futuro ato normativo; V - apoiar o Gabinete da Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais na incorporação de inovações para o aprimoramento da elaboração e tramitação dos atos normativos; VI - criar metodologia para avaliação de impacto de atos normativos específicos; e VII - exercer atividades correlatas, em processo colaborativo com os demais Núcleos, atendidas as diretrizes da Chefia da ATL (cf. art. 14, I a VII, do Decreto nº 45.682, de 9 de agosto de 2011).

[39] *Legística* é o ramo do conhecimento que estuda os modos e os métodos de concepção e redação das leis, visando a assegurar a qualidade, a adequada aplicação e o exato cumprimento dos textos normativos que presidem as relações sociais. A *legística material* enfoca a genética dos atos normativos, sua ideação, necessidade, utilidade, aplicabilidade, efetividade e harmonização com o resto do ordenamento jurídico. A *legística formal*, por sua vez, preocupa-se com a redação dos atos normativos. Embora tenha ares novidadeiros no Brasil, fala-se de legística, como um saber específico, desde a década de 60 do século passado. Países como Alemanha, Áustria, Canadá, Espanha, Itália, Portugal, Reino Unido e Suíça têm experimentado um notável desenvolvimento da chamada Ciência da Legislação, circunstância que se deve à necessidade de superação de problemas como a proliferação das leis, a baixa qualidade da legislação, as dúvidas relativas à aplicação e interpretação das normas jurídicas, a ineficácia dos textos legais, problemas que também se encontram presentes no cenário brasileiro e que amiúde se projetam para além das fronteiras do Direito, condicionando, por exemplo, o desenvolvimento econômico e social, na medida em que a falta de confiança na aplicação das leis pode repercutir negativamente, por exemplo, no nível de investimentos no País.

O modelo federal também sobressai, na medida em que atribui à Advocacia Pública papel de relevo no *processo administrativo legislativo*, principalmente ao prever a sua *participação obrigatória* nas delegações, comissões, comitês ou grupos de trabalho criados com a finalidade de elaborar sugestões ou propostas de atos normativos da competência ou iniciativa do Presidente da República (cf. art. 53 § 6º, do Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002).

Trata-se de notáveis inovações na estrutura orgânico-funcional do Estado, que tendem a assegurar maior racionalidade e eficiência às normas jurídicas impulsionadas pelo Poder Executivo, mas que ainda carecem ser democraticamente aperfeiçoadas, com vistas a dar maior legitimidade e eficácia social ao Direito.

4.1. A Função Social da Advocacia Pública como Fator de Legitimação Democrática do Direito

Na evolução do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito, dois conceitos-chave destacam-se: o aparecimento e reconhecimento de grupos organizados, que canalizam aspirações e reivindicações sociais, e a superação gradual do velho sistema de sufrágio censitário, que limitava e deturpava a vontade popular.

Nos séculos XVIII e XIX, quando o Parlamento, então soberano, era composto de aristocratas, entronizados no poder por meio do sistema eleitoral censitário, e suas funções estavam umbilicalmente ligadas aos interesses da classe burguesa, centradas na proteção, consolidação e manutenção das esferas jurídicas individuais, não havia lugar para disputas ideológicas, mas apenas para afirmação da vontade geral[40].

As sociedades europeias dessa época, relata Maria Lúcia Amaral[41], eram sociedades tendencialmente monistas e não pluralistas. Diz ela: "os cidadãos politicamente activos – os que elegiam e se faziam eleger deputados aos Parlamentos nacionais e a outros órgãos de base electiva –, não estavam entre si divididos, como os nossos contemporâneos, por concepções profundamente diferentes quanto à forma como deveriam viver. As forças sociais activas eram por isso, relativamente consensuais, quanto às pretensões que endereçavam ao Estado. Tal consenso repercutia-se nas leis ordinárias, elaboradas pelos Parlamentos. Estas eram em número bem menor do que hoje, tinham uma vigência mais alongada no tempo e

[40] "A lei é a expressão da vontade geral" (art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789).
[41] *A forma da república: uma introdução ao estudo do direito constitucional*, p. 70.

possuíam uma coerência intrasistemática mais firme do que agora possuem" (*sic*).

Nas câmaras legislativas, inexistiam fortes tensões sociais e políticas, como hoje sói acontecer.

Com a ampliação do direito de sufrágio a partir da segunda metade do século XIX, o quadro altera-se drasticamente.

A organização da sociedade em classes e grupos de interesses e a democratização do acesso ao Legislativo – com o ingresso de novos representantes eleitos por novos eleitores – promovem a ruptura do modelo político centrado na plena identidade entre burguesia e Parlamento[42], na homogeneidade de interesses representados no Poder Legislativo[43].

O debate parlamentar passa a ser ideológico. Correntes de pensamento e aspirações politicamente divergentes começam a confrontar-se em torno do papel do Direito e do Estado[44], e isso modifica profundamente as características da instituição parlamentar e das leis, porquanto as câmaras legislativas transformam-se em espelho da sociedade, mosaico fiel de sua multifária composição, expressão de seus vários interesses e ideologias, amiúde conflitantes e incompossíveis.

O sufrágio universal é que vai tornar possível a integração das diversas forças sociais, porque, como salienta Gregorio Peces-Barba Martínez[45], "os que não votavam, os setores marginalizados do voto, não se sentiam integrados no Parlamento, não sentiam que o Parlamento era seu, e só começaram a senti-lo quando puderam participar dele".

Então, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, e, deste, para o Estado Democrático de Direito – modelo de Estado compromissado em garantir uma *sociedade pluralista* –, tornou-se necessário viabilizar a participação política dos novos grupos sociais, surgidos dos movimentos populares, e engendrar métodos compositivos de conflitos, isto é, mecanismos técnicos por meio dos quais opiniões, palavras e projetos diametralmente opostos – e, por isso, muitas vezes inconciliáveis – possam ter expressão, assegurando-se, desta forma, que as decisões parlamentares sejam fruto da deliberação do povo politicamente representado por *todos* os parlamentares eleitos democraticamente, por *todos* os partidos e blocos partidários com representação nas Casas Legislativas, *incluindo a maioria e a minoria*,

[42] Elviro Aranda Álvarez, *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdicional*, p. 77.
[43] Na opinião de José Tudela Aranda, a quebra desse modelo modificou o funcionamento das câmaras legislativas, ao impor uma férrea disciplina por grupos, circunstância que, no entanto, não se viu acompanhada de correspondentes alterações nos procedimentos parlamentares (*El Parlamento necessario. Parlamento y democracia en el siglo XXI*, p. 77).
[44] Clèmerson Merlin Clève, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 48.
[45] Reflexiones sobre el Parlamento, ***in*** *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutente*, Madrid, p. 214.

e não de *um* parlamentar, *uma* classe social, *um* partido, *um* bloco partidário, *uma* maioria ou *um* líder onipotente.

Essas transformações político-sociais têm reflexo direto no modo de produção jurídica do Estado Democrático de Direito contemporâneo, que não mais se dá *unilateralmente*. A lei, no Estado Liberal, era o produto de uma vontade geral, provinda do *poder soberano* que, nessa condição, pressupunha a supraordenação de quem o exercia sobre os seus súditos. Nesse contexto, era absolutamente inadmissível que os destinatários de seu poder de mando se arrogassem o direito de *influir* na sua gênese[46]. Já no Estado Democrático de Direito, resume Carlos Blanco de Morais[47], a morfologia das leis altera-se profundamente. Preleciona o constitucionalista luso:

> A lógica intervencionista de caráter económico e social inerente ao novo modelo constitucional de Estado de Direito, o despontar do pluralismo dos interesses reclamando do poder político *direito e dinheiro* e o florescimento das autonomias territoriais de recorte federal ou regional alteraram expressivamente a morfologia da lei. Esta abandonou a regra mítica «de justa conduta» destinada à prossecução dos fins do Estado burguês, para se expandir como instrumento transformador das relações políticas, sociais e económicas, respondendo a exigências, não apenas oriundas de uma clientela ou estamento dominante mas antes, de toda a espécie de destinatários.

O desafio do Estado Democrático de Direito, tanto no que se refere à produção do Direito quanto aos efeitos e aos destinatários de suas normas, reside em obter a máxima eficácia social e legitimidade democrática e, assim, atingir a síntese de todas as esperanças contidas no Texto Constitucional: a justiça, aspiração maior do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Para tanto, as atividades de consultoria jurídica e de assessoramento técnico-legislativo a cargo da Advocacia Pública devem colaborar de modo mais incisivo e

[46] Carlos Blanco de Morais, *Manual de Legística*, p. 84.

[47] *Manual de Legística*, p. 87. Gustavo Zagrebelsky também perfilha o mesmo entendimento, quando afirma: "A lei (...) já não é a expressão «pacífica» de uma sociedade política internamente coerente, mas a manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social; não é o fim, mas a continuação de um conflito; não é um ato impessoal, geral e abstrato, expressão de interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis e generalizáveis (...). É, pelo contrário, um ato personalizado (no sentido de que provém de grupos identificáveis de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificáveis) que persegue interesses particulares" (*El derecho* dúctil., p. 38).

proficiente, em especial na fase instrutória das proposições normativas, em que o Estado há de submeter a ideação legislativa à consulta e à discussão popular e buscar ouvir e persuadir os seus destinatários.

Sobre o assunto, Fabiana de Menezes Soares[48] assim se manifesta:

> Nesse sentido, a questão da eficácia da legislação aparece lado a lado das medidas de execução e implementação. Adotar estratégias para persuadir os destinatários/interessados por meio de ações para construção de um consenso possível (audiências públicas, negociação legislativa, práticas de *lobby* regulamentadas, plebiscitos, inclusive os administrativos) são meios para otimizar o nível de eficácia social. Isso significa que, durante todo o processo de elaboração e redação, o compreender e o aceitar uma dada legislação não deve ser considerada uma questão exclusivamente estilística.

E continua a autora[49], salientando os proveitos auferíveis com a aproximação entre legislador e cidadão e a adoção de processos legislativos participativos:

> A aproximação entre legislador e cidadão pode propiciar processos de produção do Direito em que haja mais persuasão e menos coerção e, nos processos participativos, a negociação do conteúdo pode gerar uma co-responsabilidade pela sua efetivação, porque os participantes colaboraram com suas representações de mundo, o que é otimizado por uma gama de informações evidenciadas na reconstrução da situação-fática-problema, resultante do processo de avaliação legislativa.

Também para Carlos Blanco de Morais[50], a consulta popular constitui um importante elemento para a avaliação prévia de impacto normativo:

---

[48] Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação, ***in*** *Cadernos da Escola do Legislativo*, p. 14.
[49] Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação, ***in*** *Cadernos da Escola do Legislativo*, p. 17.
[50] *Guia de avaliação de impacto normativo*, p. 39 e 40.

> A audição das entidades envolvidas e/ou afetadas por determinada normação permite obter dados indispensáveis para o processo de avaliação, como sejam informações sobre custos, benefícios e outros impactos que de outro modo poderiam ser dificilmente perceptíveis para o decisor normativo; sugestões sobre outras opções para pôr em prática os mesmos objetivos públicos; e informações que permitam antever comportamentos dos destinatários da normação, que poderão suscitar a necessidade de previsão de mecanismos de aplicação e de garantia do acatamento do acto normativo.

E prossegue[51]:

> A realização de consultas contribui ainda para aumentar a aceitação da legislação: quanto mais amplo e sensatamente conduzido for o processo de consultas, mais provável se torna que aqueles que são afectados pela normação a aceitem.

Esses aspectos valorizam a fase *pré-legislativa* das leis, o *processo administrativo legislativo*, em que a Advocacia Pública, por suas consultorias jurídicas e assessorias técnico-legislativas, deve atuar de modo a diminuir o *distanciamento* entre os cidadãos e as leis, que ocorre por problemas de diversas naturezas, como falta de diálogo e compreensão e incertezas ou preconceitos acerca do Direito vigente ou daquele que se propõe.

Tem razão Oliveira Vianna, quando adverte, em 1947, que consiste um *erro de psicologia política* a "atitude de isolamento e exclusivismo das nossas classes políticas em relação às outras classes", pois "nenhuma lei vinga, nenhuma lei é eficiente, sem a adesão moral do povo"; "em geral – continua –, as leis em que o povo não colabora, não têm essa adesão"[52], entendimento que acompanha o pensamento de Jean Cruet[53], quando diz:

> Do fraco resultado da coação deve-se concluir, em primeiro

[51] *Guia de avaliação de impacto normativo*, p. 40.
[52] *Problemas de política objetiva*, p. 130.
[53] *A vida do direito e a inutilidade das leis*, p. 163.

> lugar, que nas relações entre o Estado e os particulares, o elemento essencial é a *cooperação*, não a *subordinação*.

Viu-se na história, apesar das sanções draconianas, o malogro absoluto dos empréstimos forçados. A coerção não é, para o Estado, o meio mais fácil e mais econômico de arranjar dinheiro.

Pelo contrário, quando a consciência comum reconhece a legitimidade de uma medida fiscal, aceita-lhe o encargo sem protestar. O que há de admirável no sistema fiscal francês é a boa vontade do contribuinte.

Trata-se, assim, de emprestar maior racionalidade ao processo de produção jurídica, para lograr maior eficiência normativa. Trata-se de legitimar democraticamente os projetos estatais mediante um processo de debate público, no qual as discussões devem ser amplas, abertas, durar um tempo razoável e observar os postulados da *contradição* e do *diálogo*. Um bom procedimento legislativo há de propiciar espaços e tempos adequados para a negociação, para o convencimento e, se possível, para a confluência entre pontos de vista originariamente confrontantes.

Como diz Jeremy Bentham, citado por Virgilio Zapatero[54], "para escrever leis, basta saber escrever, e, para estabelecê-las, basta possuir o poder de fazê-lo". Todavia, esclarece Bentham, "a dificuldade está em fazê-las boas, e as leis boas são aquelas em favor das quais boas razões podem ser apresentadas".

No Estado Democrático de Direito brasileiro, as leis e atos normativos, para serem bons, devem ter lastro social, fundar-se em razões constitucionais, legais, legítimas e lícitas para serem editados.

Sob esse aspecto, oportuno registrar o entendimento de Christian Starck[55], para quem a lei é resultado de um procedimento democrático regulado constitucionalmente, que se distingue da "lei como ordem do soberano" pelas notas da argumentação, da publicidade, da razão, do compromisso e da proteção frente ao império incontrastável da maioria. Para ele, o procedimento deve estar configurado a fim de que muitas e competentes reflexões e propostas possam efetivamente influir na determinação do conteúdo da lei. O procedimento há de garantir informações sobre as situações reais que serão reguladas pela lei, além de argumentos e considerações sobre se a lei realmente atende o bem comum. O elemento democrático do procedimento – os órgãos participantes do processo legislativo – oferece certa garantia de que "a legislação não cairá nas mãos dos representantes de uma ideologia determinada" e, nessa medida, pode afiançar "uma

[54] Jeremy Bentham, *Nomografía o el arte de redactar leyes*, p. LXXIII.
[55] *El concepto de ley en la Constitución alemana*, p. 239 e 240.

certa bondade do conteúdo da lei".

Saliente-se que a abertura do processo pré-legislativo aos cidadãos e aos representantes de grupos e forças sociais permite, segundo precisa observação de Jacques Chevallier[56], identificar conflitos, delimitar os terrenos de confrontação, situar as zonas possíveis de compromisso e visa a uma melhor adaptação das regras, além de atenuar eventuais reações de rejeição.

Enquanto os tecnocratas que elaboram políticas públicas preocupam-se com o atingimento de metas[57] – e não necessariamente com a observância de uma ordem de valores democraticamente plasmada –, os Advogados Públicos velam pela constitucionalidade, legalidade, licitude e legitimidade da ação estatal.

Aliás, na lúcida análise de Ricardo Antônio Lucas Camargo[58], "a existência de um corpo de advogados de carreira, cujo ingresso não se deva ao favor, no seio da Administração Pública, também se coloca como uma das formas de se permitir a concreção de políticas econômicas com o sentido de universalidade e, por outro lado, de se impedir o estabelecimento de situações privilegiadas no mercado, pelas alianças entre agentes econômicos determinados e administradores de órgãos que, paradoxalmente, deveriam controlá-los".

Na ambiência de um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, cabe à Advocacia Pública a *função social* e o dever constitucional de viabilizar juridicamente as políticas públicas não só sob aspectos formais (redacionais), mas, também, materiais. Compete-lhe escrutinar tecnicamente as proposições, a fim de possibilitar a produção de normas justas e, na medida do possível, harmonizar *juridicamente* as distintas pretensões e forças sociais e políticas que, a partir de suas próprias perspectivas, têm, cada qual, uma concreta ideia de justiça.

Cumpre à Advocacia Pública apontar e traduzir aos administradores públicos e aos governantes, *sob o ângulo estritamente jurídico*, as pretensões, as objeções, as observações, as sugestões, as dúvidas e as incompreensões de todos aqueles que, *no processo pré-legislativo de ausculta e debate*, manifestaram-se, também com vistas a compatibilizar interesses e expectativas diametralmente opostos e obter maior adesão e consenso social.

[56] A racionalização da produção jurídica, ***in*** *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, p. 16.
[57] A propósito, Luiz Carlos Bresser Pereira, então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado do governo Fernando Henrique Cardoso, desnuda a alma da visão tecnocrática gerencial inglesa, que serviu de modelo para a reforma administrativa brasileira empreendida pela Emenda Constitucional nº 19/98: "Toda administração pública gerencial tem de considerar o indivíduo, em termos econômicos, como consumidor" (Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado, ***in*** *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, p. 33).
[58] *Advocacia Pública: mito e realidade*, p. 80.

A ciência jurídica moderna, pontifica Luzius Mader [59], não pode continuar a excluir os *aspectos sociológicos* do Direito e, especialmente, da legislação. A época do «direito puro», afirma com razão, está ultrapassada. Portanto, o jurista, e o Advogado Público em particular, deve preocupar-se necessariamente com o processo de *gestação* das normas, sua aplicação e seus efeitos. Deve começar por considerar a legislação como um processo dinâmico e reiterativo de interação entre a sociedade civil e o sistema político-administrativo, um processo ao longo do qual diversos atores sociais e políticos equacionam problemas e formulam expectativas em relação ao Estado, que hoje intervém na sociedade para realizar fins cada vez mais diversificados, utilizando a legislação como um de seus principais instrumentos de ação. Isto equivale a uma verdadeira *mudança de paradigma* para a ciência jurídica, tendo em vista que o «idealismo normativo» dos juristas deve ceder o seu lugar predominante a uma visão tanto tecnocrática quanto sociológica do fenômeno legislativo.

Nesse processo processo dinâmico e reiterativo, de interação e interseção entre a sociedade civil e o sistema político-administrativo, a Advocacia Pública pode atuar de diversas formas: por meio de audiências públicas, fóruns de discussões, realização de seminários, capacitação de agentes públicos e lideranças comunitárias, publicações científicas, levantamentos estatísticos, avaliações de impacto normativo, mapeamentos jurisprudenciais, formação de bancos de dados temáticos, entre outras. Como se vê, a atuação da Advocacia Pública, no campo da *produção jurídica*, revela-se extraordinariamente fecunda.

4.2. O Dever de Acautelamento Jurídico da Advocacia Pública

A Advocacia Pública pode exercer um papel assaz relevante na detecção prematura e na identificação de problemas que merecem, efetivamente, providências normativas para ser equacionados.

Nem sempre os impulsos externos que o Governo recebe da sociedade (imprensa, organizações não-governamentais, meio acadêmico, usuários de serviços públicos, manifestantes, parlamentares, partidos políticos, etc.) têm o condão de delimitar, de forma precisa, as questões *normatizáveis* e, além disso, engendrar as respectivas *soluções normativas*.

Pela técnica que possui e pelas funções que, com exclusividade, desempenha,

[59] A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito, ***in*** *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, p. 40 e 41.

a Advocacia Pública preordena-se, naturalmente, a evitar a criação de falsos problemas e a afastar o perigo de uma avaliação equivocada, por superestimação ou subestimação[60], circunstâncias que propendem ao estabelecimento de normas socialmente ineficazes.

As atividades de consultoria e de assessoramento a cargo da Advocacia Pública coadjuvam o Governo a precatar-se de eventuais questionamentos judiciais em razão da análise e da interpretação que efetuam da legislação, da jurisprudência, da doutrina especializada e, também, dos elementos produzidos durante a fase de instrução do processo administrativo legislativo (audiências públicas, oitiva de interessados, laudos técnicos, etc.).

Cabe à Advocacia Pública, também, assegurar a constitucionalidade das proposições normativas, que, na precisa observação de Gema Marcilla Córdoba[61], constitui a exigência mais óbvia de racionalidade e eficácia da lei, pois a sua própria existência no sistema jurídico depende dessa circunstância.

Por conseguinte, a Advocacia Pública deve responder, com exclusividade, pelo controle prévio da constitucionalidade das propostas de emenda à Constituição e dos projetos de leis que o Chefe do Poder Executivo tenciona enviar às Casas Legislativas.

No âmbito do contencioso, os Advogados Públicos igualmente podem prestar valioso auxílio e colaborar para o aperfeiçoamento normativo do Estado, na medida em que, nas ações judiciais em que o Estado é parte, deparam-se com arguições de inconstitucionalidade por ação ou omissão e outros vícios que acometem leis e atos normativos. Desta forma, prenunciam decisões judiciais desfavoráveis e precatam o Poder Executivo de eventuais óbices à implementação e execução de políticas públicas.

De fato, pois, como ensina Francesco Ferrara[62]: "a prática, posta em face de hipóteses reais e das necessidades da vida, sente primeiro a solução jurídica (...). É à jurisprudência, portanto, que a teoria deve ir colher a expressão das necessidades sociais que se fazem sentir e batem à porta dos Tribunais. Além disso, a variedade inexaurível das questões práticas frequentemente revela problemas novos, ou novos lados de problemas jurídicos (...). Às vezes um caso jurídico mostra experimentalmente que uma teoria é errada ou unilateral, e por isso desmorona ao

[60] Neste sentido, tratando do «processo legislativo interno», "que se refere ao *modus faciendi* adotado para a tomada da decisão legislativa", mas não propriamente sob a incumbência da Advocacia Pública, Gilmar Ferreira Mendes, Questões fundamentais de técnica legislativa, ***in*** *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 266 e 267.
[61] *Racionalidad legislativa*, p. 272.
[62] *Interpretação e aplicação das leis*, p. 188 e 189.

contato dos fatos o edifício fadigosamente levantado pelas abstrações dos teóricos".

As informações, oriundas da prática jurídica, do dia a dia dos Advogados Públicos que atuam no contencioso, devem constituir uma base de dados dos focos de litigiosidade e servir, proveitosamente, de instrumento para orientar eventuais correções normativas.

É necessário, portanto, fomentar, nos órgãos de Advocacia Pública que desempenham atividades consultivas e contenciosas, a cultura da percepção e da avaliação de impacto da norma, na busca de uma maior efetividade, eficácia e eficiência normativa.

5. Conclusão

Do exposto, conclui-se que:

1) No Brasil, ainda é bastante incipiente a preocupação com a qualidade das leis e dos atos normativos no âmbito do Poder Executivo, terreno extremamente fértil e auspicioso para a atuação institucional da Advocacia Pública do século XXI, que pode conduzir a uma mudança de paradigma na função desempenhada pelos Advogados Públicos: de meros *intérpretes* a *partícipes da elaboração* de leis e atos normativos melhor ajustados aos estalões de juridicidade;

2) No sistema constitucional brasileiro, cabe aos Advogados Públicos consultores jurídicos e assessores técnico-legislativos viabilizar, *na medida do juridicamente possível*, e ainda no estágio de sua formulação, as políticas públicas, apontando alternativas, quando cabíveis, e ponderar acerca da viabilidade e compatibilidade jurídica formal e material das proposições normativas com a Constituição e o ordenamento infraconstitucional;

3) Para o bom desempenho dessa tarefa, é necessário estreitar a interlocução dos órgãos de Advocacia Pública com as autoridades, os técnicos e os formuladores de políticas públicas *em áreas juridicamente sensíveis*, como saúde, educação, segurança pública, tributação, finanças, orçamento, serviços públicos, organização administrativa e contratos, ainda na fase genética de projetos, com o objetivo de capacitar e qualificar os Advogados Públicos com o aporte intelectual e com as informações necessárias, para assim poderem exercer as suas funções de consultoria e assessoria jurídicas com a máxima proficiência;

4) As atividades de consultoria jurídica e de assessoramento técnico-legislativo a cargo da Advocacia Pública devem colaborar de modo bastante proficiente na fase instrutória das proposições normativas, em que o Estado há de submeter a ideação legislativa à consulta e à discussão popular e buscar ouvir e

persuadir os seus destinatários. Assim atuando, os Advogados Públicos emprestam maior racionalidade ao processo de produção jurídica, coadjuvam a obter maior eficiência normativa e legitimam democraticamente os projetos estatais, ao participar do processo de debate público, no qual as discussões devem ser amplas, abertas, durar um tempo razoável e observar os postulados da *contradição* e do *diálogo*;

5) Na ambiência de um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, cabe à Advocacia Pública a *função social* e o dever constitucional de viabilizar juridicamente as políticas públicas não só sob aspectos formais (redacionais), mas, também, materiais. Compete-lhe escrutinar tecnicamente as proposições normativas, a fim de possibilitar a produção de normas justas e, na medida do possível, harmonizar *juridicamente* as distintas pretensões e forças sociais e políticas que, a partir de suas próprias perspectivas, têm, cada qual, uma concreta ideia de justiça;

6) Cumpre à Advocacia Pública, igualmente, apontar e traduzir aos administradores públicos e aos governantes, *sob o ângulo estritamente jurídico*, as pretensões, as objeções, as observações, as sugestões, as dúvidas e as incompreensões de todos aqueles que, no processo pré-legislativo de ausculta e debate, manifestaram-se, também com vistas a compatibilizar interesses e expectativas diametralmente opostos e obter maior adesão e consenso social;

7) As atividades de consultoria e de assessoramento a cargo da Advocacia Pública coadjuvam o Governo a precatar-se de eventuais questionamentos judiciais em razão da análise e da interpretação que efetuam da legislação, da jurisprudência, da doutrina especializada e, também, dos elementos produzidos durante a fase de instrução do processo administrativo legislativo (audiências públicas, oitiva de interessados e laudos técnicos, por exemplo);

8) A Advocacia Pública deve responder, com exclusividade, pelo controle prévio da constitucionalidade das propostas de emenda à Constituição e dos projetos de leis que o Chefe do Poder Executivo tenciona enviar às Casas Legislativas;

9) No âmbito do contencioso, os Advogados Públicos também podem prestar valioso auxílio e colaborar para o aperfeiçoamento normativo do Estado, na medida em que, nas ações em que o Estado é parte, deparam-se com arguições de inconstitucionalidade por ação ou omissão e outros vícios que acometem leis e atos normativos. Desta forma, prenunciam decisões judiciais desfavoráveis e precatam o Poder Executivo de eventuais óbices à implementação e execução de políticas públicas;

10) É necessário fomentar, nos órgãos de Advocacia Pública que desempenham atividades consultivas e contenciosas, a cultura da percepção e avaliação de impacto da norma, na busca de uma maior efetividade, eficácia e eficiência normativa;

11) A consultoria jurídica e o assessoramento técnico-legislativo hão de ser confiados a órgãos formados por corpos tecnicamente capacitados e aparelhados, em que os cargos de consultor jurídico e assessor técnico-legislativo sejam privativos de membros da Advocacia Pública e providos segundo o *critério objetivo* de merecimento, e não por indicação político-partidária.

Por fim, propõe-se: a) a participação obrigatória da Advocacia Pública nos órgãos administrativos encarregados da elaboração administrativa de leis e atos normativos e da formulação de políticas públicas *em áreas juridicamente sensíveis* (como saúde, educação, segurança pública, tributação, finanças, orçamento, serviços públicos, organização administrativa e contratos); b) a confecção de rotinas, no âmbito da Advocacia Pública, para a elaboração de anteprojetos de leis e minutas de decretos; c) a criação e a manutenção, no âmbito da Advocacia Pública, de núcleo especializado em legística, a fim de realizar, por exemplo, audiências públicas, fóruns de discussões, seminários, capacitação de agentes públicos e lideranças comunitárias, edição de publicações científicas, levantamentos estatísticos, mapeamentos jurisprudenciais, formação de bancos de dados temáticos, entre outras; d) a criação e a manutenção de núcleos especializados no controle prévio de constitucionalidade de anteprojetos de leis, no controle prévio de legalidade de minutas de decretos e na avaliação de impacto normativo, com o objetivo de verificar a efetividade das normas; e) a formação e o aperfeiçoamento multidisciplinar de Advogados Públicos consultores e assessores técnico-legislativos; f) a constituição de bancos de dados com pareceres, legislação vigente e atualizada, informações estatísticas dos resultados das demandas judiciais de que o Estado faça parte como autor ou réu, de dispositivos normativos questionados, de decisões judiciais favoráveis e desfavoráveis ao Estado e de temas recorrentes, com indicação precisa das leis ou atos normativos impugnados e dos fundamentos articulados.

Referências

Almeida, Fernanda Dias Menezes de. *Imunidades parlamentares*. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 1982.

Álvarez, Elviro Aranda. *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdicional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

Amaral, Maria Lúcia. *A forma da república: uma introdução ao estudo do direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

Aranda, José Tudela. *El Parlamento necessario. Parlamento y democracia en el siglo XXI*.

Madrid: Congreso de los Diputados, 2008.
Araújo, Fabiano de Figueiredo. Políticas públicas, legística e a AGU: o papel do advogado público federal na efetividade normativa, ***in*** *Revista da AGU*, v. 14, n. 4, p. 67 a 92, out./dez. 2015.
Arquivos da Assessoria Técnico-Legislativa. *Trabalhos elaborados nos anos de 1947, 1948 e 1949*. São Paulo: Tip. do Departamento de Investigações, 1950.
Azevedo, Sérgio de; Melo, Marcus André. A Política da Reforma Tributária: Federalismo e Mudança Constitucional, ***in*** *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, out. 1997. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v12n35/35melo.pdf>. Acesso em 14 de fevereiro de 2017.
Bentham, Jeremy. *Nomografía o el arte de redactar leyes*, edición y estúdio preliminar de Virgilio Zapatero. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
Camargo, Ricardo Antônio Lucas. *Advocacia Pública: mito e realidade*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005.
Canotilho, José Joaquim Gomes. Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIII, p. 405-494, 1987.
Cavalcanti, Themistocles Brandão. *Teoria do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
Chevallier, Jacques. A racionalização da produção jurídica. *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, Oeiras, nº 3, p. 9-23, janeiro-março 1992.
Clève, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
Córdoba, Gema Marcilla. *Racionalidad legislativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
Cruet, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Editorial Ibero-Americana, 1939.
Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.
Fernandes, Ricardo Vieira de Carvalho. *Regime jurídico da advocacia pública*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.
Ferrara, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. de Manuel A. D. de Andrade. 2ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1963.
Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
Grupo de Alto Nível para a Melhoria a Qualidade Legislativa (Grupo Mandelkern). Relatório Final. *Caderno de Ciência de Legislação*, Oeiras, nº 29, p. 13-141, outubro-dezembro 2000.

Kirsch, César do Vale. Advocacia-Geral da União e Poder Executivo Federal: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. XVI, p. 43-94, 2006.

Latorre, Angel. *Introdução ao direito*. Tradução de Manuel de Alcarcão. Coimbra: Almedina, 2002.

Mader, Luzius. A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito. *Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, nº 1, p. 39-49, abril-junho 1991.

Márquez, Piedad García-Escudero. *Técnica legislativa y seguridade jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?* Navarra: Thomson Reuters, 2010.

Martínez, Gregorio Peces-Barba. Reflexiones sobre el Parlamento. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutente*, Madrid, nº 10, p. 207-219, marzo 1986.

Mayol, Vicente Garrido. *Las garantías del procedimiento prelegislativo: la elaboración de los proyectos de ley*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

Mendes, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, nº 1, p. 255-271, 1993.

Mirkine-Guetzévitch, Boris. *Evolução constitucional europeia*. Trad. de Marina de Godoy Bezerra. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.

Morais, Carlos Blanco de. *Guia de avaliação de impacto normativo*. Coimbra: Almedina, 2010.

. *Manual de Legística*. Lisboa: Verbo, 2007.

Paterna, María Jesús Larios. *La participación ciudadana en la elaboración de la ley*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2003.

Pereira, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: Pereira, Luiz Carlos Bresser; Spink, Peter (org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Editora Getúlio Vargas, 1998.

Piçarra, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

Queiroz, Cristina. *O Parlamento como factor de decisão política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

Silva Filho, Derly Barreto. A Advocacia Pública e o controle de juridicidade das políticas públicas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 71, p. 85-109, jan./jun. 2010.

. A presidencialização do Poder Legislativo e a parlamentarização do Poder Executivo no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 81, p. 157-217, jan./jun. 2015.

Soares, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no

quadro da otimização de uma melhor legislação. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, nº 14, p. 7-34, jan./dez. 2007.
Starck, Christian. *El concepto de ley en la Constitución alemana*. Trad. de Luis Legaz Lacambra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.
Vianna, Oliveira. *Problemas de política objetiva*. 3ª edição. São Paulo: Record, 1974.
Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho* dúctil. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.
Zapatero, Virgilio. *El arte de legislar*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2009.

De Bresser aos dias atuais: caminhos e desafios do Terceiro Setor

Dimas Eduardo Ramalho[1]

Resumo: Este trabalho retoma conceitos do Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado, proposto em 1995 pelo Ministro Bresser Pereira, para analisar como o Terceiro Setor adaptou-se à prestação de serviços essenciais e não exclusivos do Estado ao longo das últimas décadas. O texto também trata das dificuldades de assimilação do modelo gerencial de administração pública por parte do Estado e aponta caminhos que podem trazer maior eficiência e controle social no atual momento.

Palavras-Chave: reforma do Estado; administração pública gerencial; Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado; publicização; Terceiro Setor.

Abstract: This paper takes back concepts and proposals of *Master Plan of Reform of the State Apparatus* by Bresser Pereira (1995) to analyze how the Third Sector has adapted to the provision of essential and State non-exclusive services over the last decades. The article also addresses the difficulties of assimilation of the public management model by the State and points out ways that can bring an increase of efficiency and social control at the current moment.

Keywords: State reform; new public management; *Master Plan of Reform of the State Apparatus*; publicization; Third Sector.

1. Introdução

Turbulência política e crise econômica são fatores com potencial para estremecer os fundamentos de uma nação, sobretudo se ambos estiverem atrelados. É natural, portanto, que o país questione atualmente sobre a eventual necessidade

[1] Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito na Uninove. Foi membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, Deputado Estadual e Federal.

de uma reforma no alicerce e nas estruturas do Estado, como de fato tem acontecido.

No intuito de vislumbrar caminhos, este texto se propõe a analisar a trajetória brasileira rumo à modernização da administração pública nas últimas décadas, especificamente, a inserção do Terceiro Setor no âmbito dos serviços essenciais e não exclusivos do Estado, para tentar identificar os principais avanços e dificuldades.

Adotou-se, como ponto de partida, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado, proposto em 1995 pelo então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira, iniciativa valiosa, baseada em um amplo diagnóstico, que foi capaz de nortear a agenda de reformas da gestão pública.

O trabalho começa revisitando conceitos básicos usados no Plano, como a administração pública gerencial e o processo de publicização, para em seguida expor pontos considerados relevantes na adaptação do setor de serviços essenciais e não exclusivos, no âmbito legal e no cultural. Na sequência, aponta críticas e obstáculos à implementação do novo modelo de administração pública e encerra com reflexões sobre as perspectivas atuais.

2. A mudança de paradigma na administração pública

Sob a influência de uma grave crise fiscal e a consequente perda de efetividade do Estado, o Plano Diretor de Reforma buscou referências internacionais para propor uma mudança de paradigma na gestão pública brasileira.

O projeto deflagrado no primeiro mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-1998) quis impulsionar a transição do modelo burocrático de administração para o modelo gerencial, no intuito de reconstruir o Estado enquanto espaço público e de aumentar sua capacidade de governar com eficiência e eficácia.

A proposta atestou a obsolescência da administração pública burocrática, originária do Estado liberal do século XIX, que buscou se caracterizar pela impessoalidade e pelo formalismo de uma hierarquia funcional. Esse modelo tentou superar o patrimonialismo predominante em uma máquina pública centrada, até então, na vontade deliberante dos detentores do Poder, personificadamente. Para tanto, o Estado burocrático tinha como preocupação central a ordem e a segurança jurídico-administrativa das relações, mediante o formalismo procedimental, suficiente para garantir a impessoalidade e combater privilégios e corrupção, o que exigia controles administrativos rígidos de todo e qualquer processo. Esse foco no controle de distorções, no entanto, acabou trazendo como efeito colateral uma estrutura voltada para si mesma e incapaz de atender da forma desejada as novas funções absorvidas pelo Estado ao longo do século XX.

Já a administração pública gerencial surge como superação ou resposta – a depender da corrente que a interprete – do modelo burocrático, em um contexto de globalização e crise do Estado, na segunda metade do século passado. O novo paradigma trouxe métodos clássicos do setor privado, como a fixação de metas e foco no resultado, com maior autonomia aos gestores. "A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados" (BRESSER PEREIRA, 1995). Essa mudança de chave, tanto no aspecto institucional-legal, quanto no aspecto cultural, era o objetivo geral da proposta apresentada, há 22 anos, pelo então Ministro. Foi, porém, pouco assimilada nessas mais de duas décadas pela administração pública brasileira e seus parceiros.

3. Processo de Publicização

O projeto de reforma do aparelho do Estado[2] previu a reformulação de todos os setores, passando pela profissionalização da cúpula do funcionalismo e pela continuidade da privatização de atividades voltadas exclusivamente ao mercado. Contudo, restringiremos o objeto deste trabalho ao setor de serviços essenciais e não exclusivos, aquele em que o Estado convive com a iniciativa privada na prestação de serviços sociais em áreas como saúde, educação, cultura e pesquisa científica.

A opção metodológica decorre do simbolismo atribuído por Bresser Pereira ao setor no contexto da reforma. Ao tratar especificamente dos serviços essenciais e não exclusivos, o projeto previu um Plano Nacional de Publicização, para transferir essas atividades da estrutura estatal às mãos do Terceiro Setor em forma de Organizações Sociais. Esse tipo de entidade surgiu anos depois com um desenho institucional que buscava garantir o controle social dos serviços e do uso dos recursos públicos através de Conselhos de Administração, que teriam, entre seus integrantes, membros da comunidade local e do Estado, obrigatoriamente.

O pressuposto ideológico impunha ao Estado continuar custeando serviços ligados aos direitos fundamentais dos cidadãos, porém, de forma mais eficiente, agora por meio de entidades que comporiam o setor público não estatal, um espaço intermediário entre o Estado e o mercado.

Esse processo representaria de forma exemplar a migração do modelo

[2] Ao expor o escopo de seu projeto, Bresser Pereira faz uma distinção conceitual para esclarecer que 'aparelho do Estado' é a estrutura organizacional constituída pelo governo, por um corpo de funcionários e pelos militares. O 'Estado', por sua vez, é mais abrangente, pois inclui o sistema constitucional-legal, que possui o monopólio da violência legal, de legislar e de tributar uma população.

burocrático para o modelo gerencial. Em vez de prestar os serviços diretamente, empregando servidores públicos e processos supercontrolados – essencialmente lentos –, o Estado passaria a subsidiar entidades sem fins lucrativos, com maior autonomia e agilidade para prestá-los, com qualidade e eficiência. Caberia ainda ao Estado planejar as ações, controlar sua execução e avaliar, junto com a sociedade, os resultados, a partir de relatórios de desempenho e prestações de contas.

O programa de publicização, nas palavras de BRESSER PEREIRA (1998), representava "uma alternativa ao estatismo, que pretende tudo realizar diretamente pelo Estado, e à privatização, pela qual se pretende tudo reduzir à lógica do mercado e do lucro privado". Na prática, o processo exigiria a extinção da entidade estatal até então responsável pelo serviço, ou retração dos órgãos da Administração Direta, com consequente absorção por Organizações Sociais criadas por pessoas físicas sob o regime de direito privado. Essas Organizações Sociais poderiam receber recursos, bens e servidores públicos em cessão, por meio de um contrato de gestão, em troca do cumprimento de metas e da elevação na qualidade do serviço.

4. A Adaptação do Setor de Serviços Essenciais Não Exclusivos ao Novo Paradigma

A construção de um espaço público não estatal a partir das Organizações Sociais, que assumiriam gradativamente os serviços públicos de saúde, educação, cultura, ciência e tecnologia, era, portanto, estratégica e simbólica para o início da transformação do modelo burocrático em um modelo gerencial de administração pública.

O que se observou ao longo dos anos foi, de fato, uma forte inserção do Terceiro Setor nessas áreas, mas de forma bem menos ordenada do que a planejada no processo de publicização, seja por questões legais ou culturais.

4.1. Âmbito Legal

A normatização das Organizações Sociais (Lei das OSs, 9.637/98) e, logo em seguida, das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei das OSCIPs, 9.790/99), buscou lançar, no final dos anos 1990, as bases legais para a transferência dos serviços essenciais e não exclusivos das mãos do Estado para o Terceiro Setor. Ambas as leis previram desenhos institucionais complexos além de instrumentos jurídicos específicos para que o setor público fizesse transferências de recursos. O

objetivo era diferenciar as entidades que conseguissem a titulação, para padronizar o tratamento legal entre elas e estabelecer mecanismos de controle.

Desde então, no entanto, a relação entre o Estado e as entidades prestadoras dos serviços sociais não ficou restrita às figuras da OS e da OSCIP. Barreiras burocráticas, como os inúmeros requisitos legais de qualificação, fizeram com que o setor buscasse caminhos muitas vezes improvisados. O resultado foi uma absorção das atividades, em grande parte, por organizações sem o devido credenciamento e o formato imaginados.

As duas décadas que se seguiram foram marcadas pela ausência de uma legislação estruturante e abrangente para o Terceiro Setor. As transferências de recursos aos prestadores de serviço de interesse público utilizaram majoritariamente instrumentos jurídicos inadequados ou insuficientemente regulados, como convênios – criados, em princípio, para descentralização das atividades da Administração Federal para os Entes Federados (Decreto-Lei nº 200 de 25.02.1967), e posteriormente, estendendo-se às entidades privadas sem fins lucrativos (Decreto nº 93.872, de 23.12.1986) –, o que contribuiu para a insegurança jurídica e para a falta de homogeneidade nos critérios de escolha das entidades parceiras e na definição de suas práticas de gestão e de prestação de contas.

Em consequência desse cenário, o setor inteiro enfrentou a estigmatização resultante de um processo de escrutínio que incluiu duas Comissões Parlamentares de Inquérito no Congresso Nacional, em 2002 e 2007, para investigar irregularidades na destinação de recursos públicos a Organizações Não Governamentais. A exposição do Terceiro Setor evidenciou a insegurança jurídico-legislativa existente, estimulando o debate que resultou em uma proposta de regulamentação e, finalmente, nas Leis 13.019/2014 e 13.204/2015, o chamado MROSC (Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil), em vigor desde o início de 2016.

Para aperfeiçoar o ambiente jurídico e institucional das relações entre organizações da sociedade civil e o Estado, a nova legislação criou instrumentos apropriados para a transferência de recursos públicos, a exemplo do termo de colaboração e do termo de fomento (obviamente, excepcionando-se as hipóteses nela expressamente previstas), independentemente de titulação ou certificação das entidades, o que significou uma revisão da proposta original de Bresser Pereira, para ampliar a legitimação das relações do Estado para com todo o setor.

> As experiências do termo de parceria da Lei das Oscips e do contrato de gestão da Lei das Organizações Sociais foram analisadas e consideradas, mas a avaliação geral era de que a exigência de titulação impunha restrições desnecessárias.

> Trabalhou-se, portanto, na criação de instrumentos voltados a formalizar a celebração de parcerias com um universo mais amplo de organizações, de objetos e formas de execução mais transversais, aproximando-os da realidade das organizações. (SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015, pg. 72)

Outro importante avanço normativo em relação às parcerias está relacionado à democratização e transparência no acesso aos recursos. Ficou consolidada a regra do chamamento público, em que se privilegia a isonomia na seleção das entidades para a execução de serviços vinculados a políticas públicas. A norma também prevê comissões de monitoramento e avaliação, responsáveis por apoiar gestores das entidades e, eventualmente, corrigir rumos. Integrado por ao menos um servidor da administração pública, o colegiado retoma de forma adaptada a ideia original do Plano de Bresser Pereira, que se preocupava em manter as atividades sob a observação direta do Estado e da sociedade.

4.2. Âmbito Cultural

Para além das barreiras e omissões legais, o processo de adaptação do setor de serviços não exclusivos sofreu também influxo cultural, cujas causas e consequências são mais difusas, mas não menos impactantes. A estrutura estatal, as entidades do Terceiro Setor e a própria sociedade foram consideradas como atores vívidos e interativos do modelo gerencial de administração pública imaginado no Plano Diretor, o que exigiria a implantação de novos métodos e práticas.

Por parte do setor público, a transição para o modelo com foco nos resultados acabou se demonstrando bastante difícil e lento, sobretudo pela falta de parâmetros e ferramentas que permitissem um aferimento e uma avaliação objetiva e fidedigna dos resultados do trabalho realizado pelas entidades do Terceiro Setor.

Como observa a própria publicação da Secretaria-Geral da Presidência sobre o MROSC, a priorização dos resultados exige dos órgãos públicos conhecimento avançado sobre custos, métodos e indicadores para que existam condições de se saber se o valor repassado pelo Estado é justo e adequado ao programa em questão e à região analisada (pp.113 e 114). A adaptação necessita, portanto, mais do que reforma da moldura jurídica da relação institucional. Demanda uma nova mentalidade de quem presta o serviço e de quem o controla, inclusive a adoção de práticas administrativas de coleta e análise de dados, criação de indicadores, mecanismos de acompanhamento e também de responsabilização no controle *a posteriori*.

Em relação ao papel e engajamento da sociedade nesse processo, pode-se dizer que há um longo caminho a ser percorrido para que se alcance um grau satisfatório de participação comunitária no controle das políticas públicas executadas pelo Terceiro Setor a partir de recursos públicos. A mudança envolve desde a avaliação concomitante dos usuários – principais fiscais do serviço usufruído – até a disponibilidade ostensiva de dados de gestão e financeiros para a comunidade.

Segundo MOTTA (2013), o processo de transição para o novo modelo de administração pública sofre uma forte influência dos valores e crenças que permeiam o contexto cultural. Por isso, o sistema gerencial, conforme o autor, teve maior aderência em países tradicionalmente menos legalistas e formalistas, como Inglaterra, EUA e Nova Zelândia, onde já havia um domínio do "pragmatismo gerencial" mesmo antes das respectivas reformas do aparelho estatal. Essa influência da tradição cultural também poderia explicar parcialmente a limitada participação do cidadão brasileiro no monitoramento e controle dos serviços públicos, afinal, trata-se de um país marcado, em grande medida, pelo persistente patrimonialismo na gestão pública e patriarcalismo na entrega de bens e serviços, sem apropriação, por legitimidade, pelos cidadãos. Certa dificuldade de Bresser Pereira em "traduzir politicamente" as transformações internacionais para as "peculiaridades brasileiras" foi apontada por ABRUCIO (2007), que, no entanto, reconhece o pioneirismo do diagnóstico do então Ministro.

5. Outras Barreiras ao Modelo Gerencial e a Inafastabilidade da Lógica Política

Boa parte dos obstáculos que o Brasil enfrentou, em qualquer esfera de governo ou Poder da República, durante essa tentativa de migração para o modelo gerencial, provavelmente decorrem não só do contexto nacional, mas da natural complexidade de adaptação dos princípios do setor privado à máquina estatal.

A diferença de finalidade dos dois setores é fundamental para se entender essas dificuldades. Enquanto a iniciativa privada está atenta a qualquer inovação e oportunidade capaz de elevar sua produtividade e seu lucro, o setor público depende de consensos para efetivar qualquer guinada a partir de processos legislativos ou atos normativos oriundos de um governo sujeito às pressões políticas setoriais.

Além disso, ressoa ingênuo pensar que um gestor público não seja mais eficiente por desconhecer métodos modernos de administração. Mais racional é entender que sua função não permite que se vislumbrem somente resultados, quando recaem permanentemente sobre os ombros conflitos políticos, além da

limitação crônica de recursos financeiros frente a planejamentos desgarrados de ferramentas sólidas. A chave parece estar na forma de integração desses instrumentos gerenciais privados ao setor público, que sempre estará vinculado à lógica política. Tal influência, porém, deveria estar mais limitada às diretrizes gerais e menos às práticas administrativas cotidianas. A inevitabilidade dessa contradição é exposta no clássico de Dwight Waldo, "O Estado Administrativo", de 1948, trazido por MOTTA:

> "A legítima função política é fazer funcionar as organizações públicas, segundo diretrizes, democraticamente conquistadas em eleições, e não se imiscuir no seu funcionamento. Impor diretrizes políticas no expediente das organizações públicas é o preço que se paga para se ter democracia fora dele (2013).

Em suma, as eventuais dificuldades que possam surgir em razão da prevalência da política na gestão da esfera pública não devem ser vistas como obstáculos a serem removidos, mas como elementos integrantes e constitutivos da democracia. Cabe ao governante e ao gestor administrar conflitos e pressões da melhor forma possível, sem ignorar, ao revés, lançando mão cada vez mais, das ferramentas próprias do setor privado, trazidas pelo modelo gerencial de administração pública, que podem otimizar processos e economizar recursos na prestação de serviços ao cidadão/cliente.

6. Considerações Finais

Repassados os principais pontos que marcaram a tentativa de reforma do aparelho estatal, especificamente no setor de serviços essenciais e não exclusivos do Estado, podemos tentar entender até que ponto o objetivo da publicização proposta no Plano Diretor foi alcançado e quais os caminhos que ainda podem ser trilhados para aprimorá-la.

Em relação aos ganhos em eficiência e eficácia dos serviços públicos, tão esperados com a forte entrada do Terceiro Setor nas áreas sociais, cabe dizer que ainda são modestos em relação ao seu potencial.

A transição para um cenário de alta qualidade e economicidade depende de uma maior institucionalização das relações entre Estado e organizações da sociedade civil e da construção de melhores mecanismos de controle, capazes de avaliar o desempenho das entidades parceiras e de orientar as futuras decisões

dos órgãos do Estado. A necessária moldura legal pode estar disponível com o recém-aprovado MROSC, restando aos órgãos de controle interno e externo a responsabilidade de zelar por sua correta implementação nas novas parcerias. A importância do marco regulatório pode ser resumida pela observação de ABRUCIO (2007), segundo o qual "nenhum ente privado ou ONG fará melhor que o Estado caso não seja regulado".

Já a desejada aproximação da sociedade aos serviços públicos, para que o cidadão os fiscalize diretamente, também teve avanços pontuais. No entanto, uma mudança estrutural e mesmo cultural dificilmente ocorrerá apenas com medidas formais, como a criação de assentos para membros da comunidade em um conselho fiscal ou de administração.

O tema poderia ser mais bem trabalhado a partir de instrumentos já existentes e muitas vezes subestimados, como os conselhos setoriais de políticas públicas e as ouvidorias (RAMALHO, 2016). Poucas vezes viveu-se um período tão turbulento e, ao mesmo tempo, tão oportuno para estimular o uso desses canais de participação direta, uma vez que a própria sociedade demanda mais atenção e espaço na cena política, seja nas ruas ou em plataformas digitais. Colocar esses canais à disposição de todos aqueles que tenham interesse em contribuir e participar da formulação e do controle das políticas públicas parece ser o caminho mais apropriado e natural para o Estado canalizar a pressão popular e conduzir uma reforma consistente.

Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória Recente da Gestão Pública Brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. **Revista de Administração Pública**. Vol.41, nºspe, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122007000700005&lng=en&nrm=iso&tlng=pt Acesso em: 2 mai.2017

BRASIL, **Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998**, Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 18 mai.1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm

BRASIL, **Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999**, Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da

Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 24 mar.1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm

BRASIL, **Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014**, Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil [...]. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 1 ago.2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm

BRASIL, **Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015**, Altera a Lei no 13.019, de 31 de julho de 2014. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 15 dez.2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13204.htm

BRESSSER PEREIRA, Luiz Carlos. As Organizações Sociais; In: **Reforma do Estado para a Cidadania**. São Paulo: Editora 34, 1998. Capítulo 13. p. 234-250.

_____. **A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Caderno 1, 5ª edição. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Secretaria da Reforma do Estado, Brasília, 1997.

_____. **As Organizações Sociais**. Folha de S.Paulo, São Paulo, 22.mai.1995. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/5/22/opiniao/9.html Acessado em: 10 mai.2017

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO, **Organizações Sociais**. Caderno 2, 5ª edição. Secretaria da Reforma do Estado, Brasília, 1998. Disponível em:
http://www.mcti.gov.br/documents/10179/1697314/1_Caderno_MARE_OS.pdf/ee7fb94e-5b3b-45d2-8053-a70c4e8ec74f
Acessado em: 26 abr.2017

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO, **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Secretaria da Reforma do Estado, Brasília, 1995. Plano aprovado pela Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República em setembro de 1995. Disponível em:
http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf/view
Acessado em: 26 abr.2017

MOTTA, Paulo Roberto de Mendonça. O Estado da Arte da Gestão Pública. **Revista de Administração de Empresas**. Vol.53, nº1, São Paulo, 2013. Disponível em:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75902013000100008
Acesso em: 4 mai.2017

RAMALHO, Dimas Eduardo. **O Subestimado Papel dos Conselhos Municipais de Políticas Públicas**. JOTA. 29 outubro 2016. Disponível em: https://jota.info/artigos/

o-subestimado-papel-dos-conselhos-municipais-de-politicas-publicas-29102016
Acesso em: 10 mai.2017
SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil: A Construção da Agenda no Governo Federal – 2011 a 2014**. Brasília: 2015. Disponível em:
http://www.participa.br/articles/public/0016/8824/04.12.15_MROSC_ArquivoCompleto_Capa_Miolo.pdf
Acessado em: 03 mai.2017

Análise crítica do Instituto do Compromisso previsto no Artigo 23, do Projeto de Lei do Senado Federal N. 349/2015, que trata da alteração da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Dirceu Giglio Pereira[1]
Raul Miguel Freitas de Oliveira[2]

Resumo

O presente artigo se propõe a analisar a faculdade prevista no artigo 23, § 2º, do Projeto de Lei do Senado n. 349/2015, de a autoridade administrativa requerer autorização judicial para celebrar compromisso com os interessados, acordos administrativos. Como resultado de tais discussões é possível aferir que a propositura, ao facultar a submissão do ajuste à jurisdição voluntária, mostra-se política e juridicamente inadequada, porque em descompasso com o fenômeno da desjudicialização, e, ainda, por desconsiderar as competências da advocacia pública, os limites da jurisdição voluntária e os princípios da separação de poderes e republicano.

Palavras-chave: acordos administrativos; autorização judicial; desjudicialização; competências da advocacia pública; limites da jurisdição voluntária; princípios de separação de poderes e republicano.

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the option provided for in Article 23, § 2, of the PLS n. 349/2015 of the administrative authority to require judicial authorization to

[1] Procurador da Universidade de São Paulo – USP, ex-Procurador efetivo da Câmara Municipal de Registro-SP, Mestrando em Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP-USP.

[2] Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP-USP, Procurador Chefe da Câmara Municipal de Santa Bárbara d'Oeste-SP, ex-Advogado da Consultoria Jurídica da USP; ex-Procurador do Município de Campinas-SP, Mestre e Doutor em Direito Administrativo pela FD-USP.

enter into engagement with stakeholders, administrative agreements. As a result of such discussions is possible to infer that the bringing, by allowing the submission of adjustment to voluntary jurisdiction, it appears to be political and legally inadequate because of step with the non-judicialisation phenomenon, and also to disregard the powers of public advocacy, the limits of voluntary jurisdiction and the principles of separation of powers and republican.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: administrative agreements; judicial authorization; non-judicialisation; the powers of public advocacy; the limits of the voluntary jurisdiction; principles of separation of powers and republican.

1. Introdução

Em 09 de maio de 2015, foi deflagrado processo legislativo no âmbito do Senado Federal, mediante Projeto de Lei n.º 349/2015, de autoria do Senador Antonio Anastasia, pelo qual se pretende a inclusão, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-lei n.º 4.657, de 1942), de disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público.

A propositura inclui na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, segundo explicação constante de sua ementa, dispositivos (artigos 20 a 29) referentes à criação, interpretação e aplicação de normas administrativas.

Conforme justificativa do referido projeto de lei do Senado, o país desenvolveu, ao longo dos anos, inúmeros instrumentos jurídicos de regulação da atividade administrativa, incluindo-se aí, o controle externo e interno do desempenho da Administração Pública.

Entretanto, conforme motivado pelo senador propositor, apesar de tal incremento da legislação, ocorreu paralelamente um retrocesso em termos de segurança jurídica, com aumento da incerteza e imprevisibilidade, colocando em risco os ganhos da estabilidade institucional.

A propositura legislativa em análise, ainda na forma da sua justificativa, tem por escopo elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público.

A propositura, por seu turno, baseou-se em pré-projeto de autoria dos doutrinadores administrativistas Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, que justificaram a necessidade da criação de tais regras jurídicas a fim de se incluir no ordenamento jurídico "medidas para neutralizar importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública" (SUNDFELD; MARQUES NETO, 2013, p. 277-285).

Segundo percuciente análise de tais doutrinadores (SUNDFELD; MARQUES NETO, 2013, p. 277-285), os citados fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública são os seguintes:

a) alto grau de indeterminação de grande parte das normas jurídicas públicas, podendo conferir ao administrador público enorme espaço para delimitá-las segundo os mais diversificados critérios;

b) uma incerteza relativa ao verdadeiro conteúdo de cada norma, algo de certo modo inerente ao Direito;

c) uma certa tendência à formação de juízos superficiais a respeito de complexas questões jurídico-públicas;

d) inefetividade das políticas públicas, muitas vezes decorrente da dificuldade de o poder público obter cumprimento voluntário e rápido de obrigação por terceiros;

e) instabilidade dos atos jurídicos públicos, na medida em que se submetem a um risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle;

f) efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos, relações jurídicas que podem demorar, postergando o cumprimento de obrigações e com alto custo;

g) o modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública.

A partir dessas distorções da atividade administrativa pública, os mesmos doutrinadores elaboraram medidas saneadoras, que assim podem ser resumidas:

a) previsão de novos princípios jurídicos gerais, a serem observados pelas autoridades nas decisões que envolvam normas indeterminadas (arts. 20 e 21, do Projeto de Lei do Senado n. 349/2015);

b) direito à transição adequada aos administrados, quando da criação de novas situações jurídicas passivas (art. 22, do Projeto de Lei do Senado n. 349/2015);

c) criação de um regime jurídico para negociação entre autoridades públicas e particulares (art. 23, do Projeto de Lei do Senado n. 349/2015);

d) criação de uma nova espécie de ação civil pública, de provimento declaratório de validade, efeito *erga omnes*, para dar estabilidade a atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas (art. 24, do Projeto de Lei do Senado n. 349/2015);

e) proibição da invalidação de atos em geral, por mera mudança de orientação (art. 25, do Projeto de Lei do Senado n. 349/2015);

f) disciplina dos efeitos da invalidação de atos em geral, com isso podendo torná-los mais justos (art. 26, do Projeto de Lei do Senado n. 349/2015);

g) impedimento a responsabilização injusta de autoridade administrativa,

em caso de revisão de suas decisões (art. 27, do Projeto de Lei do Senado n. 349/2015);

h) consulta pública obrigatória para a edição de regulamentos administrativos (art. 28, do Projeto de Lei do Senado n. 349/2015), com isso se buscando a legitimidade da ação administrativa pela efetivação do princípio da participação[3];

i) determinação da adoção de uma espécie de compensação, dentro dos processos administrativos, visando equilibrar[4] benefícios ou prejuízos injustos gerados para os envolvidos (art. 29, do Projeto de Lei do Senado n. 349/2015);

Apresentadas as patologias costumeiramente notadas no agir administrativo público e pareadas as medidas curativas, conforme prescrições dos citados doutrinadores, chama a atenção uma curiosa novidade: a proposta de criação do instituto do chamado "compromisso administrativo", do qual poderá se valer o gestor público e administrados para porem fim a determinada "irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive quando da expedição de licença" (art. 23, §§ 1º e 2º, do Projeto de Lei do Senado n. 349/2015[5]).

---

[3] É inegável que tal princípio da participação é uma decorrência lógica do que se convencionou chamar, na doutrina constitucionalista, de super princípio democrático. Contudo, indo além dessa ideia, não é absurdo vislumbrar que o princípio da participação também se erige sobre o princípio da subsidiariedade, na medida em que se legitima a ação estatal pela vontade expressa do povo, elemento essencial do próprio Estado, de onde emana todo o poder deste último. Aliás, esta é lição clássica da ciência política, muitas vezes olvidada pelo gestor público que se encastela no exercício abusivo de suas prerrogativas, o que, de certa maneira, pretende o projeto de lei também combater.

4 Essa ideia da busca de um equilíbrio na ação administrativa, no sentido mesmo de distribuir seus ônus e bônus, além de ser uma decorrência lógica do princípio da razoabilidade que incide, obrigatoriamente, sobre o agir administrativo, não é algo novo. Por exemplo, é bastante consagrado o intitulado princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus derivados da atuação urbanística, conforme clássica doutrina de José Afonso da Silva (SILVA, 2010, p. 45), cuja origem remonta à doutrina de Antonio Carceller Fernández, que o extraiu das disposições da *Lei de Regimen del Suelo y Ordenación Urbana*, de 1956, de Espanha, reformulada em 1975 e 1992.

5 O conteúdo exato do texto normativo, ora em gestação na câmara alta brasileira, que vale a pena ser integralmente transcrito, dada sua cristalina clareza, é o seguinte:

> Art. 23. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive quando da expedição de licença a autoridade administrativa, poderá, após consulta pública e oitiva do órgão jurídico, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicidade, na forma dos atos oficiais.
> § 1º. O compromisso:
> I – buscará uma solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
> II – poderá envolver transação razoável quanto a sanções e créditos relativos ao passado, e ainda o estabelecimento de um regime de transição;
> III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;
> IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes e o prazo para sua efetivação;
> § 2º. Poderá ser requerida autorização judicial para celebração do compromisso, em procedimento de jurisdição voluntária, para o fim de excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso, salvo por enriquecimento ilícito ou crime.

Adiantando-se o que se desfila no tópico seguinte, relativo aos objetivos deste trabalho científico, é escopo do presente o confronto do citado instrumento de compromisso com o fenômeno da desjudicialização, as competências da advocacia pública, os limites da jurisdição voluntária e os princípios da separação de poderes e republicano.

2. Objetivos

O objetivo do presente artigo é, no bojo das discussões que tencionam o aperfeiçoamento do Projeto de Lei do Senado Federal n. 349/2015, colaborar na construção de um arcabouço normativo apto a aumentar a qualidade das decisões públicas e de seu controle.

Nesse sentido, a pesquisa enfoca o artigo 23, da citada propositura, dispositivo que versa sobre a celebração dos compromissos na aplicação do direito público, que serão denominados, para os fins deste trabalho, compromissos administrativos.

Mais especificamente, a análise recairá sobre o § 2º, do aludido artigo 23, que dispõe sobre a faculdade atribuída ao administrador público de, atendidos determinados requisitos, requerer autorização judicial, em sede de jurisdição voluntária, para a celebração do compromisso, situação que resultaria na exclusão da sua responsabilidade pessoal por vício em tal instrumento, ressalvados os casos de enriquecimento ilícito ou crime.

O dispositivo em tela será analisado sob um enfoque político-jurídico, tomando por base o fenômeno da desjudicialização, bem como as competências da advocacia pública, os limites da jurisdição voluntária e os princípios de separação de poderes e republicano, como já adiantado no tópico precedente.

Ao final do presente trabalho, se espera obter respostas quanto a viabilidade ou não da manutenção do § 2º, do artigo 23, no Projeto de Lei do Senado n. 349/2015.

3. Metodologia

Como metodologia foi utilizado o método teórico, com o uso de processos dialéticos, discursivos e argumentativos, a partir de fontes doutrinárias e jurisprudenciais.

4. Desenvolvimento da pesquisa

41. Da faculdade atribuída ao administrador público de requerer autorização judicial para celebrar compromisso administrativo e a efetiva exclusão de sua responsabilidade

Segundo Carlos Ari Sundfeld e Bruno Meyerhof Salama, o contido no artigo 23, do Projeto de Lei do Senado n. 349/2015, é "honesto: já que aplicar o Direito é diferente de fazer subsunção – porque em tempos de estado social regulador não podemos mais nos dar ao luxo de viver com a fábula do "legislador racional" – então que se dê às autoridades o poder de negociar." (grifo nosso).

E, ainda concluem: "Mas tudo com ordem, procedimento, e mais importante, com transparência. Daí, entre outras coisas, o projeto exigir 'consulta pública' e 'oitiva de órgão jurídico' como condição da celebração de compromissos." (SUNDFELD, SALAMA, *in* PEREIRA, 2015, p. 14).

Apesar da cuidadosa observação dos doutrinadores, não é exagerado cogitar que a criação de um mecanismo que atribui flexibilidade às autoridades administrativas, na busca de soluções negociadas com os particulares, tencionando melhor satisfazer o interesse público, parece não se compatibilizar com a ideia de obtenção, pela via judicial, de uma prévia exclusão da responsabilidade do agente pela prática do ato, consoante se explora adiante.

4.2 Da incompatibilidade do compromisso administrativo, condicionado à ratificação pelo Poder Judiciário, face ao fenômeno da desjudicialização.

O projeto de lei em análise, mais especificamente seu artigo 23 e respectivo § 2º, objetiva, no limite, dotar o administrador público de maior flexibilidade no desempenho de seu mister, excluindo sua responsabilidade pela celebração do compromisso administrativo, mediante a submissão do feito ao Poder Judiciário, em sede de jurisdição voluntária, para fins de obtenção de autorização.

É como se o Poder Judiciário agisse para chancelar, ratificar e, com isso, conferir validade ao compromisso administrativo.

Até se pode compreender uma intenção direcionada a conferir, provavelmente, maior segurança ao ajuste de vontades, todavia, a submissão pura e simples do compromisso administrativo à jurisdição voluntária, objetivando também exclusão da responsabilidade da autoridade administrativa, mesmo que

mediante determinadas condições, de plano, sob uma perspectiva político-jurídica, pode encontrar alguns óbices e incongruências.

Segundo o "Placar da Justiça"[6], elaborado pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), o país conta hoje com mais de 100 (cem) milhões de processos em andamento, respondendo o setor público, consoante dados tabulados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2011[7], por 51% (cinquenta e um por cento) do total de processos dos 100 (cem) maiores litigantes nacionais.

Evidente, nesse passo, que a opção social de resolução de litígios pela via judicial acaba por se traduzir na demora na prestação jurisdicional, vez que, conforme apontado por B. S. Santos *et al* (SANTOS, 1996, p. 16), os tribunais "de todos os mecanismos de resoluções de litígios disponíveis tendem a ser os mais oficiais, os mais formais, os mais especializados e os mais inacessíveis".

Em virtude disso, e como forma de fazer frente à litigiosidade que marca a sociedade brasileira, nos últimos anos diversos mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos foram criados, dentre os quais a negociação, mediação, conciliação e a arbitragem.

Como é amplamente debatido, esses mecanismos se inserem no que se convencionou chamar de fenômeno da desjudicialização.

A desjudicialização, segundo Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão (BRANDÃO, 2014, p. 132) "tira do Poder Judiciário a função primeira de resolver conflitos, caracterizando-se a jurisdição como alternativa aos métodos negociais de solução de conflitos".

O referido fenômeno não é recente, havendo previsão no vetusto Decreto-lei n.º 9.521/46, do juízo arbitral em questões que envolvessem a União Federal.

Esse diploma legal da década de quarenta do século passado, por seu turno, passou pelo crivo do reconhecimento de legalidade pela histórica decisão proferida pelo Ministro Olavo Bilac Pinto, do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Agravo de Instrumento n.º 52.181/GB.

No acórdão deste julgado, o citado ministro da Corte Suprema brasileira, reproduzindo lição de Castro Nunes, consignou a seguinte característica do juízo arbitral:

> O que se assegura é o direito à jurisdição, o acesso às justiças regulares, a possibilidade ressalvada de poderem levar à Juízo a sua pretensão ou de não responderem senão

[6] Disponível em http://www.amb.com.br/novo/?page_id=23202. Acesso em 14 nov 2015.
[7] Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em 14 nov. 2015.

em Juízo.

Ao inverso, o Juízo Arbitral supõe, no ato da sua Constituição, o acordo das partes que consentem em subtrair a causa às Justiças regulares, estando pelo que decidirem os Juízes-árbitros por eles escolhidos.

Jamais se estendeu, aqui o alhures, pudesse o compromisso arbitral constituir uma infração daquele princípio tradicional uma autorização legislativa para a instituição do Juízo Arbitral, e, em tal caso, provindo da lei, como sucede na hipótese, a subtração do litígio às justiças regulares.

Mas, o compromisso firmado com a outra parte importaria na aceitação por esta via adotada em substituição à judiciária, conservando-se assim no plano consensual a solução arbitral.

Ainda sobre a evolução do fenômeno da desjudicialização, em sentido amplo, verifica-se que, a partir da década de noventa do século passado, foram acentuados métodos alternativos de composição de litígios mediante a promulgação de diversas leis. Vale destacar as seguintes:

a) Lei n.º 8.954, de 13 de dezembro de 1994, que alterou dispositivos do Código de Processo Civil sobre as ações de consignação em pagamento e de usucapião;

b) Lei n.º 9.514, de 20 de novembro de 1997, que, primordialmente, dispôs sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel;

c) Lei n.º 10.931, de 02 de agosto de 2004, sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, alterando diversos diplomas legais anteriores;

d) Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que regulou a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária;

e) Lei n.º 11.441, de 04 de janeiro de 2007, que alterou dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa[8];

[8] Denota-se neste diploma legal, em especial, a evidente intenção de se transferir a uma via processual administrativa mais célere os diversos processos de jurisdição voluntária que assoberbavam o Poder Ju-

f) Lei n.º 11.977, de 07 de julho de 2009, que dispõe, principalmente, sobre o Programa "Minha Casa, Minha Vida – PMCMV" e regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas.

A reboque dos referidos normativos, muitas outras leis foram promulgadas, prevendo mecanismos alternativos de composição de litígios envolvendo, inclusive, o Estado.

Nesse sentido, sobreveio a Lei da Arbitragem (Lei n.º 9.307/1996) que, reafirmando a possibilidade da utilização da arbitragem nos conflitos envolvendo a Fazenda Pública, dispôs expressamente em seu artigo 1º, e § 1º:

> Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
> § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

A mediação, abarcando inclusive o setor público, por seu turno, foi disciplinada pela Lei n.º 13.140/2015.

O próprio Novo Código de Processo Civil, Lei n.º 13.015, de 16 de março de 2015, prevê, em seus artigos 319, VII e 334, a utilização de mecanismos de composição, como a audiência prévia de conciliação ou de mediação.

A propósito, ainda, Juliana Bonacorsi de Palma (PALMA, *in* PEREIRA, 2015, p. 27) classifica o compromisso administrativo como espécie de um gênero "acordo administrativo" e realça outros tipos:

> O compromisso é espécie de acordo administrativo, como os termos de compromisso utilizados pela CVM para substituir o processo administrativo sancionador, os acordos de leniência no Cade ou nos licenciamentos consensuais na seara ambiental.

Evidente, portanto, que há uma clara tentativa do legislador de municiar o

diciário. Ou seja, é um critério implícito informador das reformas legais a retirada de questões que não envolvam propriamente uma lide (na sua concepção mais tradicional de conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida), das mãos do Poder Judiciário e repasse a outros órgãos estatais dotados de fé pública, tais como os cartórios extrajudiciais e tabelionatos.

cidadão, bem como o próprio Estado, de meios alternativos para a composição de conflitos, desafogando assim, o Poder Judiciário.

No campo do Direito Administrativo, Adilson de Abreu Dallari também anota ser uma tendência a possibilidade de utilização de métodos de arbitragem como solução para os conflitos na esfera do Direito Administrativo (DALLARI, v. 24, p. 63-74).

Diante de tudo o que se expôs, conclui-se que, apesar do mérito da propositura a fim de dotar o administrador público de um instrumento, consubstanciado no compromisso administrativo, fato é que a possibilidade de submissão deste instrumento ao Poder Judiciário em sede de jurisdição voluntária para a obtenção de autorização, com o fim de excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso, contraria o fenômeno da desjudicialização, com um enorme potencial de inviabilizar, dado o acréscimo de serviço notoriamente conhecido, a já precarizada atividade jurisdicional.

Ademais, é relativamente esperado que o agente público em tal situação, cônscio de que a chancela judicial, em tese, excluirá sua responsabilidade por vício do compromisso, sirva-se dos conceitos jurídicos indeterminados que permeiam a cabeça do artigo 23, da propositura, para fundamentar, em grande medida, todos os acordos celebrados com particulares, objetivando submetê-los ao Judiciário posteriormente.

Sob um ponto de vista bastante pragmático, também pode se descortinar uma situação inusitada, em que, diante dos diversos controles e pressões que incidem sobre o gestor público[9], sinta-se este tentado a utilizar indiscriminadamente o novel instituto jurídico como meio de se amenizar, ou mesmo se furtar, à submissão aos citados controles.

Destarte, sob uma perspectiva política e quiçá jurídica, inviável a submissão dos tais compromissos administrativos ao Judiciário, sobretudo pelos possíveis impactos deletérios que poderá gerar ao já deficiente funcionamento do órgão jurisdicional.

[9] Aqui são possíveis inúmeras referências, por exemplo: Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992); Lei de Responsabilidade Fiscal, com a descrição de condutas típicas penais inclusive (Lei Complementar n. 101/2000); Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar n. 64/1990), em nova redação que a fez ficar popularmente conhecida como a "lei da ficha limpa"; Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei n. 1.079/1950) voltada à responsabilização dos agentes políticos federais; o regime disciplinar político administrativo e ético parlamentar, no âmbito dos agentes públicos municipais (Decreto-Lei n. 201/1967) e, finalmente, a possibilidade de imposição de penalidades pelos Tribunais de Contas, no nível federal, estadual e municipal, nos processos de sua alçada.

4.3 Da incompatibilidade do compromisso administrativo diante das competências da advocacia pública, dos limites da jurisdição voluntária e dos princípios de separação de poderes e republicano.

Adentrando aos aspectos mais estritamente jurídicos da discussão, tem-se que a propositura em exame esbarra nas competências da advocacia pública, no alcance das decisões proferidas em sede de jurisdição voluntária e nos princípios de separação de poderes e republicano.

À advocacia pública, conforme previsto nos artigos 131 e 132, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), compete a representação judicial e extrajudicial, bem como as atividades de consultoria e assessoramento jurídico aos entes estatais.

Para além das discussões acerca do caráter vinculante ou não dos pareceres e manifestações jurídicas proferidas pelos membros das carreiras da advocacia pública, é patente a competência de tais profissionais para a promoção e o controle de legalidade dos atos da administração pública, conforme bem asseverado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, 2009, p. 111-138):

> Especificamente, os Advogados de Estado recebem outra investidura especial, em cargos constitucionalmente diferenciados, que não são cargos administrativos, mas cargos jurídicos próprios, tal como desde logo e expressamente instituídos na própria Carta Magna, especialmente destinados ao desempenho das funções advocatícias públicas: de promoção e de controle de legalidade (entendida aqui em sua acepção atual e mais ampla, de juridicidade).

Também, referida competência encontra-se prevista em diversas leis orgânicas de Procuradorias Gerais de Estados, valendo trazer a tona, em virtude de sua atualidade, algumas disposições da Lei Complementar n. 1.270, de 25 de agosto de 2015 (Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo):

> Artigo 3º - São atribuições da Procuradoria Geral do Estado, sem prejuízo de outras que lhe forem outorgadas por normas constitucionais e legais:
> (...)
> XV - opinar previamente à formalização dos contratos administrativos, convênios, termos de ajustamento de

> conduta, consórcios públicos ou atos negociais similares celebrados pelo Estado e suas autarquias, observado o disposto no artigo 45 desta lei complementar.
> (...)
> Artigo 44 - São atribuições das Consultorias Jurídicas:
> (...)
> IV - manifestar-se sobre a constitucionalidade e a legalidade de atos administrativos e de anteprojetos de lei de interesse dos órgãos e entidades atendidos.

E, conforme bem notado por Alexsander Aparecido Gonçalves, a advocacia pública pode até "fazer prevalecer seu entendimento mesmo que contrário ao da Administração Pública, celebrando acordos, reconhecendo pedidos ou não interpondo recursos em processos judiciais".

A razão disto seria o fato de que a vontade ou interesses do administrador público não cerceiam o entendimento do advogado público, até porque se está diante de uma instituição que "defende o Estado na sua mais ampla acepção, não o seu representante político, ou seja, promove a advocacia de Estado, não de Governo" (GONÇALVES, 2010, P. 43-46).

Assim, a prevenção da responsabilidade do agente público pela celebração de um ajuste, já se encontra, em certa medida, bastante abarcada pela análise prévia do referido documento pela advocacia pública, em sede de controle de legalidade.

A previsão da faculdade de submissão do "compromisso na aplicação do direito público" ao Poder Judiciário, além de ser potencialmente prejudicial ao funcionamento do órgão judicante, é despicienda, vez que a prevenção da responsabilidade do agente público decorre, em grande medida, do controle de legalidade do ato administrativo, normalmente exercido previamente à realização deste último, pela advocacia pública.

Por outro giro, fato é que a propositura não trata especificamente de uma prevenção de responsabilidade do agente público pela celebração do compromisso administrativo, mas sim da exclusão de referida responsabilidade.

Entretanto, a exclusão da responsabilidade do agente público, mediante submissão do acordo administrativo à jurisdição voluntária pode encontrar três óbices:

a) os limites ou o alcance das decisões proferidas em sede de jurisdição voluntária;

b) o contraste entre a possibilidade de análise, pelo Judiciário, do juízo de conveniência e oportunidade administrativa na celebração do ajuste e o princípio magno de separação de poderes;

c) o contraste entre a pretensa exclusão da responsabilidade do agente

público, mediante chancela judicial, e o princípio republicano.

Primeiramente, em relação aos contornos da jurisdição voluntária, é mister consignar que no seu âmbito não há lide, mas sim acordo entre as partes, cujo aperfeiçoamento, consoante observado por Daniel Amorim Assumpção Neves (NEVES, 2013, p. 33), depende da intervenção judicial.

Fincada tal premissa, e passando-se à discussão de fundo, tem-se que a questão da autorização judicial para a celebração do ajuste, como mecanismo de exclusão da responsabilidade do agente público, parece estar intrinsecamente ligada à "coisa julgada".

É dizer: referida exclusão da responsabilidade decorreria do fato de que, uma vez transitada em julgado a decisão judicial autorizadora da celebração do ajuste, não haveria mais como se perquirir acerca da responsabilidade da autoridade administrativa, em vista da questão já se encontrar acobertada pela imutabilidade da coisa julgada.

Entretanto, há de se mencionar que, independentemente das teorias a respeito da natureza jurídica da jurisdição voluntária, a decisão dela decorrente não possui o alcance pretendido pela propositura.

De fato, consoante cediço, as teorias a respeito da natureza jurídica da jurisdição voluntária se subdividem em duas, a primeira denominada "administrativista" e a outra intitulada "revisionista".

Para os adeptos da teoria administrativista, consoante observado por Daniel Amorim Assumpção Neves (NEVES, 2013, p. 32), não há exercício de atividade jurisdicional na chamada jurisdição voluntária. Já, para a teoria revisionista, "apesar de contar com peculiaridades que a distinguem da jurisdição contenciosa, na jurisdição voluntária o juiz efetivamente exerce a atividade jurisdicional".

A adoção de uma ou outra teoria traz repercussões diretas em relação ao alcance das decisões judiciais, mais especificamente no que tange à coisa julgada.

Para aqueles que seguem a corrente administrativista, não havendo exercício de atividade jurisdicional no âmbito da jurisdição voluntária, os efeitos de suas decisões, consoante observado por Luiz Rodrigues Wambier *et al* (WAMBIER, 2006, p. 41) não são os mesmos da atividade jurisdicional típica, "não produzindo, por exemplo, coisa julgada material".

Já para os que seguem a teoria revisionista, à luz do artigo 1.111 do Código de Processo Civil de 1973,[10] a decisão proferida em sede de jurisdição voluntária

[10] Eis o conteúdo do dispositivo legal:
Art. 1.111. A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes.

produz coisa julgada material, com alguns contemperamentos, consoante observado por Daniel Amorim Assumpção Neves (NEVES, 2013, p. 35):

> Será mesmo que tal dispositivo afasta a coisa julgada material da sentença proferida na jurisdição voluntária? Acredito que não.
>
> A técnica utilizada pelo legislador no art. 1.111 do CPC foi a mesma usada no art. 471, I, do CPC, que trata da coisa julgada em sentença que tenha por objeto relações continuativas como a sentença condenatória de alimentos, ou ainda a que fixa o valor do aluguel em demanda revisional. A melhor doutrina defende que nesses casos existe coisa julgada material, e que mantida a situação fático-jurídica deverão ser mantidas também a imutabilidade e a indiscutibilidade próprias dessa decisão.
>
> A modificação superveniente, prevista em lei, cria uma nova causa de pedir (fatos e fundamentos jurídicos do pedido), de maneira que a eventual mudança da sentença não violaria a coisa julgada material. Com uma nova causa de pedir, desaparecem a tríplice identidade e, conseqüentemente, os efeitos negativos da coisa julgada material.

Destarte, adotada a teoria administrativista, restaria prejudicada a tentativa do legislador de excluir a responsabilidade da autoridade administrativa por vício no compromisso, porque a decisão que autorizaria sua celebração, não produziria coisa julgada material.

Adotada a teoria revisionista, possível seria a revisão da decisão judicial, desde que presentes motivos supervenientes (art. 1.111, do Código de Processo Civil de 1973).

Oportuno registrar, neste ponto, que a deflagração do processo legislativo que culminou na propositura se deu na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

O Novo Código de Processo Civil, produto da Lei nº 13.105/2015, por seu turno, não reproduziu o citado artigo 1.111, do antigo Código de Processo Civil, restando, destarte, prejudicada a corrente revisionista.

Remanesceriam, portanto, duas correntes, a saber: a administrativista, e outra que entende fazer coisa julgada a decisão proferida em sede de jurisdição

voluntária.

No plano da corrente administrativista, resta evidenciado que a autoridade administrativa não poderia se escudar na coisa julgada, como forma de ver excluída a sua responsabilidade por vício no compromisso, tal como preconizado pelo § 2º, do artigo 23, da propositura.

A adoção da segunda corrente, por seu turno, não valida, por si só, o preceito previsto no citado artigo 23, § 2º, do projeto de lei do Senado Federal.

Superada a questão quanto ao alcance das decisões proferidas em sede de jurisdição voluntária, desemboca-se na análise da possível ofensa aos princípios de separação de poderes e republicano.

Importante salientar, de plano, que a intervenção judicial em sede de jurisdição voluntária não é passiva, meramente protocolar, pois o Juiz poderá ainda solucionar o caso por meio da equidade, por força da previsão contida no artigo 723, par. único, do Novo Código de Processo Civil.

Sobre o assunto, esclarece Daniel Amorim Assumpção Neves (NEVES, 2013, p. 30) que "o juiz não é obrigado a observar o critério da legalidade estrita, podendo adotar em cada caso concreto solução que reputar mais conveniente".

Ora, a possibilidade de o juiz adentrar no mérito da questão posta sob sua análise se mostra incompatível com o princípio magno de separação de poderes, vez que o "compromisso administrativo", previsto no artigo 23, da propositura objeto desta análise, encerra um juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo.

Todavia, ainda que superado o entendimento quanto à impossibilidade do juízo adentrar ao mérito do "compromisso administrativo", a previsão constante da propositura não tem o alcance pretendido, vez que, a exclusão da responsabilidade do agente público encontra óbice no princípio republicano.

De fato, conforme anotado por Uadi Lammêgo Bulos (BULOS, 2008, p. 388), o princípio republicano "consagra a ideia de que representantes eleitos pelo povo devem decidir em seu nome, à luz da responsabilidade (penhor da idoneidade da representação popular)".

Ínsito, portanto, ao conceito de República, a responsabilidade dos agentes públicos, que devem responder por todos os danos a que derem causa.

Assim, a ideia de que a chancela do Judiciário ao acordo constituir-se-ia num meio de pré-excluir a responsabilidade do agente público, não parece se amoldar ao princípio republicano que permeia todo o funcionamento do aparato estatal.

Ainda, poder-se-ia vislumbrar, na espécie, a seguinte questão: sobre qual agente público recairia a responsabilidade pelo vício no compromisso administrativo? Sobre a autoridade administrativa responsável por sua elaboração ou sobre o juiz que autorizou sua celebração?

Portanto, se a pretensão da criação do compromisso administrativo vem na esteira de se propiciar uma maior segurança na ação administrativa, diante do aqui colocado, se estaria contribuindo para uma situação de total insegurança jurídica, em flagrante contrariedade ao objetivo do próprio projeto de lei.

5. Conclusões

O presente artigo objetivou analisar, à luz do fenômeno da desjudicialização, das competências da advocacia pública, dos limites da jurisdição voluntária e dos princípios da separação de poderes e republicano, a faculdade atribuída à autoridade administrativa de requerer autorização judicial para celebrar "compromisso com os interessados" e a possível exclusão de responsabilidade daí advinda, prevista no artigo 23, § 2º, do Projeto de Lei do Senado n.º 349, de 2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n.º 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público.

Apesar dos inegáveis avanços que se cogita que o referido compromisso administrativo possa proporcionar ao funcionamento da Administração Pública, atribuindo a necessária flexibilidade às autoridades administrativas na busca de soluções negociadas com os particulares, fato é que a faculdade de submissão do acordo ao Poder Judiciário, para fins de obtenção de autorização, objetivando excluir responsabilidades, constitui uma opção política em descompasso com o momento histórico atual, que é marcado pelo fenômeno da desjudicialização, ou seja, pela criação de métodos alternativos de resolução de conflitos, sem a participação do órgão judicante estatal.

Demais disso, a submissão de tais compromissos ao Poder Judiciário tem um enorme potencial de inviabilizar, dado o acréscimo de serviço, a já precarizada atividade jurisdicional e, portanto, a perpetuação de situações de conflito entre o poder público e o administrado, com evidente déficit de eficiência a ambas as partes envolvidas.

A intenção de se criar o compromisso administrativo também pode não se sustentar pela previsão da prevenção da responsabilidade do agente público, vez que ela se encontra abarcada pelo controle prévio de legalidade do ato pela advocacia pública.

Nos mesmos moldes, a submissão do compromisso administrativo à jurisdição voluntária pode culminar na impossibilidade de se atingir o fim pretendido, de se alcançar a exclusão da responsabilidade do agente público, primeiramente pelo fato

da decisão proferida em tal sede não produzir coisa julgada, tal como preconizado pela corrente administrativista, ou, ainda que a produzindo, ser incompatível com os princípios de separação de poderes e republicano.

Assim, outra não é a conclusão senão pela inviabilidade político-jurídica de se manter a propositura com o compromisso administrativo previsto no § 2º, do artigo 23, no texto do Projeto de Lei do Senado n. 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n.º 4.657, de 1942) disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público.

Noutras palavras, pode-se considerar de duvidosa eficácia o compromisso administrativo nos moldes em que está vazado na propositura legislativa.

Referências

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL – AMB. **Placar da justiça**. Disponível em <http://www.amb.com.br/novo/?page_id=23202>. Acesso em: 14 nov. 2015.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. **Advocacia negocial: promoção do acesso à justiça pela desjudicialização dos conflitos.** João Pessoa: A União, 2014.

BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 26 de nov. 2015.

_____. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em 26 de nov. 2015.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2016**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 18 de mar. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Os 100 maiores litigantes**. Brasília mar 2011. Disponível em <http:// Dwww.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2015.

DALLARI, Adilson de Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 24, p. 63-74.

GONÇALVES, Alexsander Aparecido. A advocacia pública e suas funções institucionais. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 10, n. 108, p. 43-46. Fev. 2010

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de estado, *in*: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin (orgs.). **Advocacia de estado e defensoria pública: funções essenciais à justiça**. Curitiba: Letra da Lei, p. 111-138, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 5ª ed. São Paulo: Método, 2013.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). **Segurança jurídica e qualidade das políticas públicas**, Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://antonioaugustoanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2016

SANTOS, B.S. *et al*. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v.11, n.30, São Paulo, fev. 1996. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

SÃO PAULO. **Lei Complementar n. 1.270, de 25 de agosto de 2015**. Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Diário Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, 25 de agosto de 2015. Disponível em: <http://dobuscadireta.imprensaoficial.com.br/default.aspx?DataPublicacao=20150826&Caderno=DOE-I&NumeroPagina=1>. Acesso em 26 de nov. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**, 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari; NETO, Floriano de Azevedo Marques. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle, *in*: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, p. 277-285, 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil.** 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

As leis municipais e os tratados internacionais de direitos humanos

Carlos Ogawa Colontonio[1]

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo identificar em qual medida as normas jurídicas adicionadas ao ordenamento jurídico pátrio, pela internalização dos tratados internacionais de direitos humanos, podem servir como preceitos de validade para as leis municipais.

Palavras-chaves: Tratados internacionais de direitos humanos, leis municipais, Poder Legislativo Municipal, Controle de Convencionalidade, Direito Internacional, Direito Constitucional.

1. Introdução

Atualmente os tratados internacionais de direitos humanos assinados, aprovados, ratificados, publicados e internalizados no ordenamento jurídico brasileiro trazem uma nova série de normas jurídicas que, além de servirem como fonte de direitos subjetivos e obrigações para a Administração Pública e para os particulares, também cumprem o papel de parâmetro de validade e de vigência para os atos legais infraconstitucionais.

No presente trabalho, analisaremos qual o impacto provocado pela internalização dos tratados internacionais de direitos humanos por atuação do Governo Brasileiro nas leis municipais, destacando em especial as situações em que tais leis podem ser consideradas inválidas ou revogadas diante da incompatibilidade com o conteúdo das convenções internacionais.

[1] Procurador Legislativo da Câmara Municipal de Poá (SP). Mestre em Filosofia pela USP, é também pós-graduado em Direito Civil, Direito Processual e Direito Público. Professor de Direito Constitucional e de Direito Internacional da Universidade Braz Cubas (Mogi das Cruzes - SP).

2. Os tratados internacionais e a Administração Pública

No momento em que um Estado soberano ou outro sujeito do Direito Internacional se torna signatário de um tratado internacional[2], demonstra-se a intenção de se submeter às normas jurídicas advindas daquele acordo internacional. O tratado é uma das principais fontes do direito na área internacional. Criam-se direitos e obrigações para os Estados e Organizações que devem ser observados nas relações jurídicas entabuladas após a exigibilidade do acordo. O tratado internacional é o meio tradicional pelo qual Estados e Organizações com personalidade jurídica na sociedade mundial realizam um acerto de vontades que redundará na constituição de novas posições jurídicas.

O primeiro ponto que devemos enfrentar é a questão do tratado internacional ser fonte do direito para as relações jurídicas além daquelas protagonizadas diretamente pelos Estados Nacionais nas relações internacionais. Em outras palavras, pode um tratado internacional criar, por exemplo, obrigações que devem ser cumpridas por entes que não se confundem com o Governo Nacional, como por um Município, por um Estado ou por uma pessoa jurídica de direito privado? De outro lado, poderia um tratado internacional firmado pelo Governo Brasileiro criar direitos titularizados não pelo ente soberano signatário, mas por uma pessoa natural, um ser humano?

Seria plausível pensar que um tratado ou convenção internacional somente criará direitos e obrigações (ou deveres) para aqueles que aparentemente firmaram e aceitaram o acordo, que no caso seria o Governo Brasileiro e algum outro governo estrangeiro. Pensa-se que tais acordos somente tratam de assuntos burocráticos ou ligados à noção de Estado independente, e que nunca alcançariam o dia a dia dos cidadãos comuns ou das pessoas jurídicas de direito interno.

Tal ideia até pode se aproximar da verdade na ocasião de determinados tratados puramente políticos, mas não é verdade que os tratados internacionais firmados por um Estado não alcancem as relações jurídicas internas desses entes. É

[2] Aqui tomamos duas decisões para escrever o presente trabalho. Em primeiro lugar, apesar de diversas concepções possíveis, resolvemos tratar os termos "tratado internacional", "convenção internacional", "acordo internacional", "acordo interestatal" e "pacto internacional" de forma uniforme, uma vez que o que é explanado sobre uma espécie também se aplica às outras espécies, mesmo sabendo que existem diversas classificações doutrinárias e jurisprudenciais que afirma que estes títulos não podem ser considerados sinônimos em todos os casos. Em segundo lugar, acabamos por tomar partido a favor de alguma concepção dualista da relação entre direito internacional e direito interno. Mesmo sabendo que é plenamente defensável a ideia monista de um ordenamento único de normas de fonte nacional ou internacional, para este trabalho vamos considerar que os tratados devem passar por um "procedimento de incorporação ou de internalização" para serem aptos a produzirem efeitos para os sujeitos de direito interno.

muito comum, aliás, que um acordo internacional se torne fonte de direito para as relações jurídicas internas, como por exemplo em acordos tributários ou comerciais internacionais, em que são estipuladas regras alfandegárias que devem ser cumpridas por todos os particulares, sejam pessoas naturais ou jurídicas.

E é em relação à questão posta acima que os tratados de direitos humanos ganham destaque. No momento em que um tratado ou convenção de direitos humanos é aceito por determinado Estado Soberano, seja através dos meios burocráticos e legais previstos nos tratados internacionais sobre tratados e nas Constituições nacionais, seja com o exercício costumeiro do disposto no tratado, uma série de direitos essenciais arrolados nas cláusulas da convenção começam a ser titularizados pelos nacionais e estrangeiros que se encontram no território daquele ente político, e, consequentemente, como a outra face da mesma moeda, uma série de obrigações e deveres começam a ser submetidos à estrutura e aos órgãos públicos do Estado,que agora se vê impelido a realizar uma série de novas atividades ou prestar novos serviços (ou realizar atividades ou serviços, que já realizava, de forma mais onerosa para os cofres públicos).

Desta feita, observa-se que um tratado internacional, em especial aquele que trata de direitos humanos, é instrumento apto a estabelecer normas jurídicas que criam direitos e deveres capazes de reger relações jurídicas no âmbito interno de um Estado Nacional. As pessoas naturais passam a gozar de inúmeras faculdades de relevantíssima importância (afinal, são direitos humanos) em face do Poder Público (ou dos Poderes Públicos) de seu país, que passa a ter que proteger tais direitos contra eventual violação perpetrada pelo próprio ente público ou particulares (caráter negativo da proteção dos direitos) ou passa até mesmo a ter que fomentar políticas públicas e prestar atividades ou serviços públicos para materializar os direitos assegurados no tratado internacional (caráter positivo da proteção dos direitos).

A Administração Pública se vê, portanto, em uma situação em que terá que fazer e deixar de fazer atos e procedimentos que não advém diretamente da Constituição ou das leis do seu Poder Legislativo, mas que se originam de um ato normativo fruto de um acordo interestatal. Há, aqui, um elastecimento do conceito do Princípio da Legalidade, uma vez que não somente das leis provêm os comandos que permitem ou ordenam a atividade da Administração, mas também o tratado firmado no âmbito externo passa a ser, como já frisamos mais de uma vez, uma fonte do direito que define os limites comissivos e omissivos do Poder Público em suas relações internas. Tal inferência se dá, inclusive, em relação à Administração Pública Municipal. Mesmo a decisão da incorporação de um tratado internacional se dando a partir de autoridades não municipais, as normas jurídicas decorrentes do pacto vinculam a atividade dos poderes públicos locais.

3. A incorporação ou internalização do tratado internacional

Mas, a partir de qual momento que o tratado internacional passa a produzir os seus efeitos nas relações jurídicas entre a Administração Pública e os particulares ou nas relações entre os particulares? Em outras palavras, em qual momento que uma pessoa natural, por exemplo, poderá exigir da Administração Pública Federal, Estadual, Distrital ou Municipal a prática de atos (ou deixar de praticar atos) para a proteção e/ou satisfação dos direitos que lhe foram conferidos pelo texto convencional?

Muitos autores defendem que a partir da assinatura do tratado internacional ele já se torna obrigatório para o Estado signatário. Deve-se contudo, assim como no Direito Tributário, diferenciar o momento do surgimento da obrigação com o momento da produção dos efeitos, o momento em que a norma se torna exigível, podendo o titular de um direito demandar em face daquele que tem o dever de cumprir.

Fala-se, então, de um processo de incorporação do tratado internacional, processo cujo resultado final é a adição do ato normativo interestatal ao ordenamento jurídico pátrio ou interno, sendo que a convenção internacional passaria a fazer parte do sistema jurídico daquele corpo político, juntamente às leis, Constituição, decretos, medidas provisórias, etc. Cada Estado deverá estabelecer o procedimento a ser seguido para a incorporação. A nossa Constituição, no art. 49, inciso I, define que o Congresso Nacional deverá resolver sobre os tratados internacionais assinados pelo Chefe de Estado (Presidente da República) ou outra autoridade com poderes para tal ato. Assim, a aprovação do Poder Legislativo da União se faz necessária para que um tratado seja adicionado ao nosso ordenamento jurídico interno.

Não é o objetivo do presente texto esmiuçar os atos do procedimento de incorporação de um ato normativo internacional. Para o atual estudo é importante dois momentos, quais sejam o da aprovação pelo Congresso Nacional e o da promulgação e publicação do texto da convenção internacional através de um decreto executivo do Presidente da República. Começaremos explicando este último ato.

A publicação no Diário Oficial da União de decreto executivo contendo o texto, em língua portuguesa, do acordo internacional é de extrema importância por ser o marco de início da produção de efeitos das normas jurídicas convencionais para as relações jurídicas entre o Poder Público e os particulares ou entre os particulares. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (vide, por exemplo, a decisão na Carta Rogatória nº 8.279 - STF). Somente após o texto normativo previsto no tratado internacional ser totalmente incorporado e o decreto executivo publicado, a fim de se promover a ciência e publicidade do texto, é que passará a atribuir direitos

que podem ser tutelados e deveres que podem ser impostos.

O autor Valerio Mazzuoli (2014, pp. 389-390), por exemplo, tem um entendimento mais alargado do marco de início da exigibilidade da norma do tratado no âmbito interno. Ele afirma que:

> Entendemos que os juízes e tribunais, tendo conhecimento do tratado *já ratificado e já em vigor no plano internacional*, podem, desde logo, aplicar o tratado no caso concreto, ainda que tal instrumento não tenha sido promulgado internamente; se o foi, melhor, mas caso ainda não tenha sido e o juiz, por qualquer meio, já *tiver conhecimento* da vigência internacional e da *entrada em vigor* no Brasil, poderá, desde já, aplicá-lo, independentemente desta última formalidade (...)

Contudo, talvez a segurança jurídica seja mais potentemente assegurada tendo como marco de eficácia um ato oficial de competência de autoridade brasileira que dê ampla publicidade ao conteúdo normativo acordado, a fim de não sobrar dúvidas sobre qual o momento em que a Administração Pública, por exemplo, se torna obrigada a empreender esforços e, principalmente, recursos públicos, a fim de promover políticas públicas para satisfazer os direitos humanos titularizados por nacionais e estrangeiros que se encontram dentro da sua atribuição territorial e/ou organizacional.

Já o momento da aprovação do tratado pelo Congresso Nacional é importante especialmente em relação aos tratados de direitos humanos, parte do objeto deste estudo, uma vez por pode mudar o "status" normativo dentro do nosso ordenamento jurídico após o processo de incorporação.

De modo geral, entende-se que o tratado ou convenção internacional incorporado no ordenamento jurídico pátrio será equivalente a uma lei ordinária e, portanto, produziria os mesmos efeitos que este específico ato normativo. Um tratado internacional incorporado revoga os tratados incorporados anteriormente e as leis ordinárias anteriores, assim como poderia ser revogado por lei ordinária ou tratado superveniente. Da mesma forma, um tratado, por ser equivalente ao ato legal ordinário, serviria como parâmetro para os atos infralegais, como os decretos regulamentadores e as portarias, e não poderia contrariar atos normativos superiores, como por exemplo a Constituição Federal.

Havia grande debate, no entanto, em relação aos tratados de direitos humanos. Defendia-se que tais atos normativos, por seu conteúdo qualificado, de

instituição (ou declaração) de direitos essenciais, não poderiam seguir a regra geral do processo incorporativo. Não bastaria e não seria lógico os tratados de direitos humanos serem somados ao nosso ordenamento como simples lei ordinárias, já que poderiam ser facilmente revogados pela atividade legislativa, não poderiam tratar de assuntos reservados às leis complementares e seriam inferiores aos direitos fundamentais constitucionais, apesar de tratar de direitos que são materialmente constitucionais.

A solução seria, a despeito de qualquer previsão expressa na Constituição, definir que os tratados de direitos humanos tinham a sua especial peculiaridade de serem incorporados com força de norma constitucional. Tal entendimento encontra suporte no art. 5, §2º, da Constituição Federal, que dispõe que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Apesar de bem estruturada, a posição pela natureza constitucional dos pactos internacionais de direitos humanos não era de aceitação unânime. Havia dúvida relevante sobre se os tratados seriam equivalente às leis ordinárias ou às emendas constitucionais após a incorporação, com defensores para ambas as teses.

O advento da Emenda à Constituição nº 45 de 2004 sanou, parcialmente, o problema, ao regulamentar no §3º do art. 5° da CF/88 que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Mas se por um lado a Emenda Constitucional nº 45 resolvia a questão em relação aos tratados aprovados pelo mesmo quórum e método da emenda à constituição, nada falava sobre os tratados de direitos humanos que foram incorporados após serem aprovados apenas com o quórum de maioria relativa pelo Congresso Nacional.

Retornamos ao antigo dilema. Um lado defendia que os tratados de direitos humanos que não fossem aprovados pelo Congresso Nacional conforme o §3º do art. 5° da CF seriam incorporados equivalentes às leis ordinárias. Outro lado defendia que era necessário levar em consideração o peso substancial do conteúdo desses tratados, sendo certo que toda convenção de direitos humanos seria incorporada com status constitucional, independente do momento e da forma que se deu a aprovação pelo Poder Legislativo Nacional.

A celeuma chegou ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 466.343, tomou decisão que se tornou paradigma, apesar de algumas críticas. No bojo de tal processo, o STF decidiu, em suma, que o tratado

internacional que verse sobre direitos humanos que é incorporado ao ordenamento interno com aprovação do Congresso Nacional por maioria relativa, em turno único, não é nem equivalente a uma lei ordinária e nem equivalente a uma norma constitucional superveniente, devendo ser tratado sim como um ato normativo supralegal.

E o que seria uma norma supralegal, que advém de um ato normativo supralegal? É aquela norma que se encontra hierarquicamente acima das normas legais e infralegais, e, por isso, se constitui como parâmetro de validade e vigência para tais atos subordinados.

Desta forma, uma lei (seja ordinária, complementar ou delegada) ou um ato infralegal deve, sob pena de nulidade, respeitar, materialmente e formalmente, o que está estabelecido nos atos supralegais. Uma lei posterior, por exemplo, não poderá dispor em discordância com o conteúdo de uma norma supralegal já vigente, assim como as leis que estavam vigentes no momento da incorporação da norma supralegal, e que com essa sejam contrárias, são consideradas revogadas (norma superior posterior revoga norma inferior anterior).

Uma norma supralegal, no entanto, é inferior à norma constitucional. O ato normativo supralegal não tem o poder de modificar a Constituição e não é considerado equivalente a uma emenda constitucional, como são os tratados de direitos humanos aprovados conforme o §3º do artigo 5º da CF.

4. As leis municipais e os tratados internacionais de direitos humanos

É possível, agora, avançar no propósito central do presente trabalho, apresentando a relação de hierarquia na estrutura de validade e vigência entre as leis (e, principalmente, as leis municipais) e os tratados de direitos humanos assinados, aprovados, ratificados, depositados, promulgados e publicados (dentre outros atos) pelo Governo Brasileiro.

Em relação aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados com força normativa equivalente às emendas constitucionais, a regra básica de hierarquia de normas deve ser respeitada. As leis devem ser compatíveis com o conteúdo dos tratados da mesma forma que devem ser compatíveis com normas constitucionais, sob pena da revogação da lei, se a lei for anterior, ou sob pena de nulidade absoluta, caso a lei seja posterior.

O grande exemplo atual é a "Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007". Tal ato internacional foi aprovado por quórum qualificado

em dois turnos de votação no Congresso Nacional, sendo incorporado com força equivalente a uma emenda constitucional. Apesar de não ser estritamente uma norma constitucional, ela deve ser considerada equivalente, ou seja, com a mesma força e efeitos, inclusive com o efeito de servir como parâmetro de validade e de vigência das leis de todas as espécies, sejam federais, estaduais, distritais ou municipais.

O tratado incorporado como ato normativo supralegal, por sua vez, produz resultado semelhante ao visto acima. Por ser superior à lei, serve como parâmetro de validade ou de vigência destes e também dos atos infralegais. Deve-se anotar, por oportuno, que há inúmeros tratados de direitos humanos que foram incorporados com status de norma supralegal, como, por exemplo, o famoso "Pacto de *San Jose* da Costa Rica" (ou "Tratado Interamericano de Direitos Humanos"), evidenciando que, atualmente, há significativa quantidade de atos normativos acima das leis federais, estaduais, distritais e municipais que são aptos a decidir sobre a vigência ou a validade de tais atos legais.

Observa-se, por oportuno, que talvez ainda seja necessário adaptar o pensamento cotidiano do Legislativo à realidade imposta pela incorporação de tratados internacionais de direitos humanos ao nosso ordenamento jurídico.

Compreende-se facilmente que a lei não pode ofender ou contrariar a Constituição, sob pena de ser declarada nula ou considerada revogada. O trabalho principal das comissões de direito e justiça das Casas de Lei, assim como o objetivo cardeal do parecerista convocado para analisar um projeto de lei, é analisar exaustivamente a compatibilidade do futuro ato legal com os dispositivos de nossa Constituição Federal (ou, também, das Constituições Estaduais). O que passa despercebido, muitas vezes, porém, é que existe um outro grupo de parâmetros que também devem ser observados pelas leis sob pena de nulidade ou de revogação, que são os parâmetros estabelecidos pelos quase que anônimos (pelo menos para uma parcela considerável de parlamentares) tratados internacionais de direitos humanos.

Disso decorre que, especialmente após a definição dada pelo STF no julgamento do RE 466.343, muitas leis municipais que são consideradas válidas e vigentes podem já ter sido revogadas ou podem ser viciadas pela invalidade sem que tal situação seja claramente vista por aqueles responsáveis por criar, aplicar ou interpretar o Direito. Ademais, com o passar do tempo o Brasil se torna cada vez mais signatário de pactos, tratados e convenções internacionais de direitos humanos, de modo que o bloco normativo que é referência de validade e vigência das leis municipais ficará cada vez mais robusto e complexo.

Outrossim, não se deve olvidar que os pactos incorporados também exercem uma especial função para o futuro, já que são parâmetros também para a atividade legislativa porvindoura, na medida em que se exige do Poder Público,

tanto nacional, como regional e local, que as leis sejam criadas respeitando os direitos humanos e promovendo tais direitos, sendo certo que caberá ao legislador municipal, por exemplo, a iniciativa de projetos de leis que preservem e incentivem o rol de liberdades, vantagens, faculdades e proteções previstas nos atos interestatais supralegais ou equivalentes às emendas constitucionais.

Condensando parte do pensamento que acabamos de expor, elucidativo ponto de autoria de Luiz Guilherme Marinoni (2017, pp. 1373-1374):

> Vale dizer que a legislação infraconstitucional, para produzir efeitos, não deve apenas estar em consonância com a Constituição Federal, mas também com os tratados internacionais dos direitos humanos. Nessa expectativa, existem dois parâmetros de controle e dois programas de validação do direito ordinário: além da Constituição, direito supralegal está a condicionar e a controlar a validade da lei.
>
> Isso significa que a lei, nesta dimensão, está submetida a novos limites materiais, postos nos direitos humanos albergados nos tratados internacionais, o que revela que o Estado contemporâneo - que se relaciona, em recíproca colaboração, com outros Estados constitucionais inseridos numa comunidade - tem capacidade de controlar a legitimidade da lei em face dos direitos humanos tutelados no País e na comunidade latino-americana.

5. A lei municipal, o tratado internacional e o federalismo

Mais uma questão deve ser esclarecida, referente à possibilidade dos tratados firmados e aprovados por órgãos do Governo Federal poderem obrigar os órgãos componentes dos Governos Municipais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adota, como explicitado no seu título, o modelo federativo de Estado. As diversas esferas governamentais possuem, essencialmente, autonomia financeira, administrativa e política, indicando que, em regra, a União não pode intervir nas competências próprias dos Municípios. Seria possível, portanto, o Poder Legislativo Municipal se ver obrigado a respeitar pactos e tratados contraídos por vontade dos Poderes

Executivo e Legislativo Federais? Não haveria uma violação à autonomia política do nosso modelo federalista ao determinar que as leis municipais devem se submeter a atos normativos incorporados pelo Governo Federal?

A resposta é que as leis municipais devem sim se compatibilizar com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao nosso ordenamento sem que tal posição viole a autonomia federativa. Tal assertiva decorre da noção, já vista, de que os tratados de direitos humanos são equivalentes às emendas à Constituição Federal ou incorporados como atos supralegais gerais. Assim, no primeiro caso, o texto do tratado tem efeitos análogos ao texto da Constituição Federal. Se uma lei municipal tem que se compatibilizar com o texto constitucional, tem também que se compatibilizar com os tratados equivalentes. Já no segundo caso, o Supremo Tribunal Federal entende que os atos supralegais estão acima de todas as espécies de lei, não apenas da lei federal, mas sim das leis. Logo, devem se submeter aos atos supralegais as leis federais, estaduais, distritais e também as municipais.

Tal explicação encontra fundamento na circunstância de que é a própria Constituição Federal que estabelece que será o Chefe de Estado em conjunto com o parlamento geral que decidirão sobre os tratados internacionais. Nesse momento, tanto o Presidente da República como o Congresso Nacional não atuam como autoridades do governo federal, mas sim como autoridades de competência nacional.

Os Estados Federados, para o Direito Internacional Público, não são vistos em sua fragmentariedade, mas sim em sua unidade, representados internacionalmente pelo seu governo central. Não cabe a cada governo regional ou local decidir pela aceitação dos acordos internacionais, mas apenas aquelas autoridades escolhidas pela Constituição nacional para representar todos os governos. Desta maneira, quando um tratado internacional é acolhido pelo Brasil conforme as regras constitucionais, ele se torna obrigatório para todas as esferas governamentais brasileiras, atingindo as diversas Administrações Públicas, os Poderes Legislativos e os Poderes Judiciários.

6. O controle da validade e vigência das leis municipais

Como exposto anteriormente, a lei municipal incompatível com um tratado internacional incorporado ao ordenamento jurídico pátrio será inválida, caso posterior ao pacto, ou será considerada revogada, caso anterior ao pacto.

O controle judicial das leis municipais que afrontam os tratados internacionais de direitos humanos será realizado através do procedimento que é chamado pela doutrina como "controle de convencionalidade".

Valério Mazzuoli (2014, p. 411) define o controle jurisdicional de

convencionalidade com a seguinte passagem:

> Desta inovação advinda da EC 45 veio à tona (e passou a ter visibilidade entre nós) um novo tipo de controle das normas de Direito interno: o controle *de convencionalidade* das leis, que nada mais é que o processo de compatibilização vertical (sobretudo *material*) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos. À medida que os tratados de direitos humanos ou são *materialmente* constitucionais (art. 5º, §2º) ou *material* e *formalmente* constitucionais (art. 5º, §3º) é lícito entender que o clássico "controle de constitucionalidade" deve agora dividir espaço com esse novo tipo de controle ("de convencionalidade") da produção e aplicação da normatividade interna.

Mazzuoli (2014, pp. 417-418) defende que o controle abstrato e concentrado de convencionalidade deve ser realizado de forma análoga ao controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Assim, quando um ato normativo desafia uma convenção de direitos humanos com efeitos equivalentes a uma emenda à constituição, será possível a declaração de invalidade de tal ato através de uma ação direta (equivalente à ADI) ou de uma ação de descumprimento de preceito fundamental (equivalente à ADPF), ambos de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Da mesma maneira, caberia também ao STF a ação declaratória de validade do ato normativo compatível com o tratado de direitos humanos, em ação equivalente à ADC.

A lei municipal, como sabemos, não pode ser objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade de competência do Supremo Tribunal Federal, mas, por outro lado, pode ser objeto de uma ADPF quando desafia o texto constitucional. Acreditamos que a mesma lógica deve ser respeitada em relação ao controle de convencionalidade em relação às leis municipais. Não caberá a ação direta de inconvencionalidade, mas poderá caber uma ADPF de inconvencionalidade.

Anote-se, por oportuno, que apesar da possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade em face de lei municipal a ser julgada por Tribunal de Justiça, quando o ato legal desafia a Constituição Estadual, não caberá ao Tribunal local julgar em controle abstrato e concentrado a lei municipal que desafia tratado internacional de direitos humanos, pelo simples fato de que tais tratados nunca são incorporados como equivalentes às emendas constitucionais estaduais.

Em relação aos atos supralegais, o controle deverá ser realizado pelo modelo difuso. Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 1374) esclarece que:

> no atual sistema normativo brasileiro, os tratados que possuem *status* normativo supralegal apenas abrem oportunidade ao controle difuso. O exercício do controle da compatibilidade das normas internas com a convencionais é um dever do juiz nacional, podendo ser feito a requerimento da parte ou mesmo de ofício.

De tal forma, observa-se que qualquer juízo, no controle concreto e difuso, poderá declarar a nulidade de uma lei municipal que viola convenção internacional de direitos humanos supralegal. Não é necessária a criação de processo, procedimento ou ação específica, uma vez que a nulidade da lei local decorre da simples incompatibilidade com ato normativo hierarquicamente superior (conforme já estabelecido na jurisprudência do STF). O juiz ou tribunal, ao declarar a invalidade, apenas o faz como em qualquer outra situação de declaração incidental de nulidade, defendendo-se que, em se tratando de violação de ato normativo supralegal, não é necessário obedecer a reserva de plenário, uma vez que tal regra se refere expressamente à declaração de inconstitucionalidade em sentido estrito e não à incompatibilidade com ato normativo supralegal.

7. Considerações Finais

Do explorado nas linhas anteriores, observa-se, em síntese, que o legislador municipal, atualmente, a fim de exercer corretamente o *munus* legiferante, deve respeitar não somente os parâmetros de validade e vigência extraídos da Constituição, mas também dos tratados internacionais que tenham sido incorporados ao nosso ordenamento jurídico, como equivalentes às emendas constitucionais ou como atos normativos supralegais.

Em verdade, não somente o Poder Legislativo Municipal se vincula aos novos parâmetros decorrentes dos atos internacionais, uma vez que o Poder Executivo Municipal também se vê diante da ampliação dos seus deveres de fazer e não fazer quando novos pactos de direitos humanos passam a surtir efeitos no Direito interno, após a publicação do decreto executivo correlato.

Hoje não é mais possível, portanto, virar as costas para a realidade das normas jurídicas decorrentes das articulações dos personagens sujeitos de direito

da sociedade internacional. Até mesmo a esfera municipal, talvez a menos próxima da realidade do Direito Internacional, no seu cotidiano de questões e problemas específicos e locais, pode ser diretamente atingida por um tratado de direitos humanos aceito pelo Governo Brasileiro no âmbito da ONU, da OIT, da OMS, dentre tantas outras organizações internacionais, vez que o que é decidido "lá fora" pode se tornar, com a incorporação, padrão jurídico para decidir sobre o que um Município poderá ou não legislar e poderá ou não fazer.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; e, SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1996.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Alcance da imunidade parlamentar dos vereadores: imunidade material e a liberdade de expressão[1]

Carolina Lima de Biagi[2]

Resumo: Este trabalho objetiva estudar os limites da imunidade material dos vereadores, analisar seu alcance e responsabilidade civil que pode resultar em dano moral causado pelas opiniões, palavras e votos. O assunto é relevante porque repercute no princípio da tripartição de poderes e constitui tema com repercussão geral no Supremo Tribunal Federal. Para tanto, utilizou-se pesquisa doutrinária, jurisprudencial e método descritivo.

Palavras-chave: imunidade, vereadores, responsabilidade.

1. Introdução

Este trabalho busca estudar o alcance da imunidade material dos vereadores, qual seja, a que recai sobre as opiniões palavras e votos no exercício da vereança e na circunscrição do município.

Para tanto, efetuou-se o estudo abrangente e introdutório do papel do município na organização político-administrativa do país, os aspectos constitucionais relacionados às atividades legislativas, competências municipais e a possibilidade de autogoverno, autolegislação, autoadministração e auto-organização delegada aos entes municipais.

[1] Trabalho originariamente apresentado como requisito para a conclusão da Especialização em Legislativo e Democracia pela Escola do Parlamento da Câmara Municipal de São Paulo, desenvolvido sob orientação da Dra. Maria Nazaré Lins Barbosa, Procuradora Legislativa Chefe da Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo.

[2] Oficial de Justiça Avaliadora Federal do TRF da 1ª Região, foi advogada do Conselho Regional de Enfermagem – COREN e da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CTPM. Especialização em Legislativo e Democracia no Brasil pela Escola do Parlamento da Câmara Municipal de São Paulo 2014-2015, Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

Foram analisadas as imunidades formais e materiais dos parlamentares nas três esferas, com ênfase no município, e a possibilidade de atuação respaldada nesta proteção constitucional.

Em seguida, foi feito um breve apanhado da responsabilidade civil e a respectiva caracterização do dano indenizável de ordem moral.

Explicitou-se o conceito de liberdade de expressão para todos os cidadãos e da imunidade que se considera um privilégio concebido apenas aos parlamentares para que atuem em nome e no interesse dos representados.

Restaram delineados os limites da imunidade material dos vereadores e a possibilidade de ingerência do Poder Judiciário na análise do quanto proferido pelos parlamentares durante as discussões em plenário.

A questão fundamental é a análise da existência de um limite mensurável para o alcance do quanto proferido na tribuna pelos vereadores ou se a imunidade instituída pela Constituição Federal é absoluta.

Os debates em plenário na representação dos interesses da população são de relevada importância na atuação do Poder Legislativo, razão pela qual restou problematizada a possível ingerência do Poder Judiciário no que é proferido na tribuna e a reflexa mácula ao princípio da tripartição dos Poderes.

As discussões são muitas vezes inflamadas pela divergência de ideias que enriquece o debate plural. Por esta razão, o estudo verifica se o ato de relegar o arcabouço de palavras proferidas pelos parlamentares à análise do Poder Judiciário destoaria da proteção constitucional que a eles acoberta.

Delineou-se, também, um paralelo entre a liberdade de expressão e a possibilidade de condenação dos edis por danos morais pelo que é falado nas contendas, enfatizando a proteção conferida pela imunidade constitucional.

O estudo reflete grande interesse uma vez que trata da atuação dos parlamentares justamente no momento de maior relevância no que se refere à representação: os debates. É no parlamento que as ideias fluem e são discutidas com vistas à aprovação ou denegação de projetos de interesse de quem delegou poderes de representação e, por esta razão, devem gozar de imunidade.

A possibilidade de análise e julgamento pelo Poder Judiciário do que é proferido na tribuna constitui aspecto importante e de vasta discussão. Tanto que a matéria chegou a ser objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral.

O estudo objetiva fazer uma análise do texto constitucional relacionado ao alcance da imunidade parlamentar material dos vereadores e a liberdade de expressão. Igualmente, confronta-se referido direito com a interferência do Poder Judiciário e o princípio da tripartição de Poderes. Neste particular, estuda-se a questão

da intromissão de um Poder no âmbito de atuação típica do outro.

A atualidade do tema evidencia-se na discussão que tomou ares no Supremo Tribunal Federal dada a imensa quantidade de legislativos municipais existentes no país e a necessidade de pacificação da matéria.

A metodologia descritiva foi utilizada através da análise jurídica doutrinária e jurisprudencial. Para ilustrar utilizou-se o recurso extraordinário número 600.063 que foi objeto de análise no Supremo Tribunal Federal no tema de repercussão geral número 469.

2. Poder Legislativo municipal na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal ressaltou a importância dos municípios quando estabeleceu entre os princípios fundamentais ser a República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel de Estados, Municípios e Distrito Federal (artigo 1º, Constituição Federal).

Neste mesmo caminho seguiu quando cuidou da organização administrativa do país, sobrelevando que os Municípios, tanto quanto os Estados, a União e o Distrito Federal, formam a República Federativa do Brasil e gozam de plena autonomia (artigo 18, Constituição Federal).

Como se vê, o Brasil adotou a forma federativa de Estado pela qual, em linhas gerais, cada ente federativo é autônomo nos termos e em conformidade com a Constituição Federal de 1988. Sendo assim, cada qual possui poder de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação dentro de limites dispostos na Carta Magna.

Insta ressaltar que no Brasil vigora, no âmbito do Poder Legislativo, o que se denomina bicameralismo do tipo federativo em que no âmbito federal a produção de leis passa por duas casas do Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados representante do povo e o Senado Federal que representa os Estados.

Por sua vez, o Poder Legislativo na esfera estadual, municipal, distrital e dos territórios federais quando existentes é composto por apenas uma Casa, razão pela qual se denomina unicameral.

No Município, que interessa mais de perto a este trabalho, o Legislativo se compõe de vereadores que representam o povo e se reúnem na Câmara.

A auto-organização deste ente se exterioriza através da lei orgânica a ser votada em dois turnos, com interstício de dez dias, e aprovada por dois terços dos parlamentares (artigo 29, *caput,* Constituição Federal).

O aspecto do autogoverno se traduz na estrutura para eleger representantes

a atuarem no âmbito executivo e legislativo, respectivamente, prefeitos e vereadores.

No que se refere à autoadministração "é a faculdade constitucionalmente assegurada aos Municípios para executar os comandos contidos nas normas legais referentes a assuntos de sua competência" (NOVELINO, 2014, 784).

O último aspecto mencionado, autolegislação, exterioriza-se através do Poder Legislativo de cada ente, ou seja, na capacidade de legislar no seu campo de competência.

O número de ocupantes das cadeiras da Câmara dos Vereadores varia de forma proporcional à população do município nos limites definidos pelo artigo 29, IV da Constituição Federal.

O mandato dos parlamentares municipais será de quatro anos e seu subsídio estabelecido por lei, mas fixado de acordo com limites estabelecidos na Constituição Federal (artigo 29, VI da Constituição Federal).

Cumpre mencionar que a Câmara não pode gastar mais de setenta por cento de sua folha de pagamento com salários, incluído neste valor o subsídio dos vereadores, sob pena de crime de responsabilidade do presidente da Câmara (artigo 29-A, parágrafo 1º da Constituição Federal). Ressalte-se, ainda de acordo com o que dispõe a Carta Magna, que o total dos gastos com a remuneração dos Vereadores não ultrapassará cinco por cento da receita do município (artigo 29, VII, Constituição Federal).

2.1. Prerrogativas dos parlamentares

Os parlamentares desempenham em nosso sistema legislativo importante papel, vale dizer, são os responsáveis por levar aos debates em plenário os interesses da população, deliberando sobre sua transformação em lei.

Por esta razão, gozam de determinadas prerrogativas essenciais ao exercício do mandato e garantidoras da plena liberdade de debater na tribuna parlamentar, exatamente para que se efetive a democracia de forma isenta e sem pressões e competições de cunho político, de forma a espelhar a independência ínsita ao Poder que representam.

Tais prerrogativas podem ser divididas em dois tipos: imunidade material ou substantiva e a formal ou processual.

2.1.1 Imunidades formal e material: breves considerações

A imunidade material possui duas vertentes: uma na esfera penal e outra

na cível. Revela-se como excludente da prática de crime e inviolabilidade civil pelas opiniões, palavras e votos dos parlamentares.

> (...) o importante é saber que a imunidade material (inviolabilidade) impede que o parlamentar seja condenado, penal, civil, política e administrativamente (disciplinarmente). Trata-se de irresponsabilidade geral, desde que, é claro, tenha ocorrido o fato em razão do exercício do mandato e da função parlamentar. (LENZA, 2010, 427)

Referida imunidade protege o parlamentar contra perseguições de toda ordem e permite que exerça a democracia em sua melhor forma, qual seja, os debates por intermédio da livre manifestação de pensamento e na prolação do voto.

Por sua vez, a imunidade formal tem relação com a impossibilidade de se instaurar um processo e de prisão do parlamentar.

Os parlamentares passam a ser acobertados pela imunidade formal a partir da diplomação, momento a partir do qual não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável (artigo 53, *caput*, Constituição Federal).

Insta salientar que no caso de instauração de processo contra deputado federal ou Senador, o Supremo Tribunal Federal pode receber a denúncia sem prévia anuência da Casa legislativa a que o parlamentar é vinculado (artigo 53, parágrafo 2º, Constituição Federal).

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal notifica a Casa legislativa acerca do recebimento de denúncia contra o parlamentar. Os autos, então, são remetidos para a Casa legislativa a que ele pertence que, através de iniciativa de partido político e maioria absoluta, pode sustar o andamento do processo. Este pedido de sustação do processo deve ser resolvido em até quarenta e cinco dias a contar do recebimento pela Mesa Diretora e seu deferimento suspende a prescrição pelo período do mandato (artigo 53, parágrafos 4º e 5º).

Importa ressaltar no que se refere à prisão que o processo é encaminhado para a Câmara ou Senado, a depender do parlamentar preso, para que, pelo voto aberto da maioria absoluta de seus membros resolva sobre a prisão em vinte e quatro horas, sendo esta a condição necessária para que seja mantido o flagrante, de acordo com o artigo 53, parágrafo 2º da Constituição Federal.

Explicitados os tipos de imunidade existentes no ordenamento jurídico nacional, importa esclarecer que a imunidade material acoberta os parlamentares

federais, estaduais e municipais (artigos 53, 27, parágrafos 1º, 2º e 29, VIII da Constituição Federal), enquanto a imunidade formal somente não se aplica aos vereadores.

Esta regra vem delineada na Carta Magna, especificamente no artigo 29, VIII:

> Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:
> (...)
> VIII - inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município;

Nesta esteira bem esclarece a doutrina

> Estabelece-se expressamente a *inviolabilidade* dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do município. A *inviolabilidade,* como se sabe, significa que o beneficiado fica isento da incidência da norma penal definidora de crime. Vale dizer que, dentro da circunscrição do Município, o vereador não comete crime de opinião. E é claro, se não o comete não poderá ser processado por aquelas ações. Contudo, não se previu a *imunidade processual* dos Vereadores em relação a outras infrações penais. Logo, se cometer qualquer crime, ficará sujeito ao respectivo processo, independentemente de autorização da sua Câmara. (SILVA, 2012, 650, grifos no original).

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou contra a possibilidade de se estender a imunidade formal aos vereadores através das Constituições Estaduais. Entendeu o guardião da Constituição que legislar sobre este tema é competência da União por se tratar de questão processual e que não é dado aos Estados alterar ou alargar os termos que vieram bem expressos na Constituição Federal, conforme julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 371-DF e relatoria do ministro

Maurício Corrêa:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SERGIPE, ARTIGO 13, INCISO XVII, QUE ASSEGURA AOS VEREADORES A PRERROGATIVA DE NÃO SEREM PRESOS, SALVO EM FLAGRANTE DE CRIME INAFIANÇÁVEL, NEM PROCESSADOS CRIMINALMENTE SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO DA RESPECTIVA CÂMARA LEGISLATIVA, COM SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO ENQUANTO DURAR O MANDATO. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL.
> 1. O Estado-membro não tem competência para estabelecer regras de imunidade formal e material aplicáveis a Vereadores. A Constituição Federal reserva à União legislar sobre Direito Penal e Processual Penal.
> 2. As garantias que integram o universo dos membros do Congresso Nacional (CF, artigo 53, §§ 1º, 2º, 5º e 7º), não se comunicam aos componentes do Poder Legislativo dos Municípios. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade procedente para declarar inconstitucional a expressão contida na segunda parte do inciso XVII do artigo 13 da Constituição do Estado de Sergipe. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2002).

Da mesma forma, as leis orgânicas municipais não podem estender a imunidade formal aos parlamentares.

Nas palavras de NOVELINO "os vereadores não possuem *imunidade formal*, sendo vedado às Constituições Estaduais ou leis orgânicas municipais lhes atribuir esta espécie de garantia" (2014, 811, grifos no original).

Por fim, insta ressaltar que as imunidades não podem ser renunciadas pelos parlamentares por serem inerentes à função que exercem e não à pessoa que titulariza o mandato em determinado momento. Pela mesma razão, não se estendem aos suplentes, a menos que efetivamente assumam o exercício do mandato.

Isto porque se trata de prerrogativa funcional que se afigura como garantia constitucional para o exercício do *múnus público* titularizado pelo detentor do cargo, para que o faça da maneira mais ampla possível na defesa dos interesses dos cidadãos que representa.

3. Considerações gerais sobre responsabilidade civil no âmbito parlamentar municipal

O instituto da responsabilidade civil está previsto no Código Civil a partir do artigo 927 e trata das hipóteses em que haverá dever de indenizar quando do descumprimento de cláusula contratual, obrigacional ou desobediência a alguma regra de convivência devidamente normatizada.

Para tanto, devem estar conjugados quatro pressupostos, quais sejam, conduta, atitude culposa, nexo causal e dano.

A conduta poderá ser comissiva (uma ação tendente a uma finalidade) ou omissiva (negligência, imprudência ou imperícia) que caracterizam dolo ou culpa.

Em regra, a responsabilidade civil se dá com uma ação, sendo que somente responderá por omissão quando houver o dever jurídico de agir por parte do agente e este se omitir.

No que concerne à atitude culposa há o envolvimento de duas vertentes a saber, a culpa *lato sensu* que envolve o dolo e a *stricto sensu* que engloba apenas a culpa.

O dolo trata da conduta intencional direcionada a violar o direito de outrem através de ação ou omissão voluntária de acordo com o artigo 186 do Código Civil.

A culpa em sentido estrito está circunscrita às hipóteses de imprudência, negligência ou imperícia. Imprudência importa na falta de cuidado objetivo no agir em determinado momento, negligência consiste na ausência de agir quando deveria fazê-lo e imprudência trata da deficiência técnica no desempenho de certa função.

O nexo causal perfaz o liame entre a conduta culposa ou dolosa e o prejuízo suportado por alguém.

Por fim, o dano consiste no prejuízo material ou moral suportado por alguém. O primeiro deles concerne ao dano que atinge o patrimônio material da pessoa e, por isso, de fácil mensuração econômica.

Por sua vez, os danos morais implicam não na reparação, uma vez que não há meio de desfazer algo intangível, mas na atenuação de uma ofensa de ordem psicológica.

Neste sentido enverga-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça por meio da súmula 498 que preconiza a não incidência tributária sobre valores recebidos a título de indenização por dano moral. Isto quer dizer que não se trata de um acréscimo patrimonial a ensejar incidência tributária, mas apenas da regeneração ou atenuação de uma dor intangível em termos de mensuração econômica.

Cumpre salientar que meros dissabores do dia a dia não constituem dano

moral na ótica da jurisprudência[3], sob pena de banalizar o instituto.

Insta mencionar, no entanto, que não há um critério objetivo para mensurar se o caso merece indenização ou não, cada caso deve ser verificado em concreto e em conformidade com a experiência do magistrado e outros casos já julgados, levando em conta diversos fatores que permeiam o caso e os costumes da região.

Fato é que a Constituição Federal de 1988 delineia como direito fundamental no artigo 5º, V, o direito à indenização por dano moral ou material:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Pois bem, feitas tais considerações a respeito da responsabilidade civil, cumpre mencionar que os parlamentares gozam de imunidade no que se refere às opiniões, palavras e votos e, no caso dos vereadores, restrito ao exercício da vereança e circunscrição municipal.

Isto significa, em linhas gerais, que não serão os parlamentares processados judicialmente na esfera civil e penal por ofensas irrogadas no debate legislativo, eis que acobertados por norma constitucional que releva os dispositivos aplicáveis à responsabilidade civil disposta no Código Civil neste particular.

3.1 Liberdade de expressão na tribuna parlamentar

A liberdade de expressão compreende o direito de livre manifestação de pensamento e opinião sobre quaisquer assuntos e abrange diversos ramos como a opinião, a crença, a comunicação, a informação, a manifestação artística e o pensamento.

A Constituição Federal protege referido direito como cláusula pétrea, de

[3] "Extensivamente assim se diz para designar o conjunto de decisões acerca de um mesmo assunto ou a coleção de decisões de um tribunal". (SILVA, 2001, 469).

modo que não pode ser modificada nem mesmo por emenda constitucional e a elenca no extenso rol dos direitos e garantias fundamentais:

> Art 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
> [...]
> VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
> [...]
> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Sem descuidar da importância da liberdade de expressão em suas diversas formas, a que interessa mais de perto a este trabalho é a liberdade de pensamento que se afigura como a de exprimir o que se pensa a respeito dos mais diversos assuntos vedada a censura.

A expressão da opinião por qualquer meio é que pode dar margem à discussão, uma vez que a manutenção do pensamento para si em nada afeta os demais.

No entender da doutrina, a liberdade de expressão:

> [...] se caracteriza como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente. É que, no seu sentido interno, como pura consciência, como pura crença, mera opinião, a liberdade de pensamento é plenamente reconhecida, mas não cria problema maior. (SILVA, 2012, 243).

Tendo em vista o histórico de repressão da opinião popular pela qual passou

o Brasil em época de ditadura militar, a Constituição Federal tratou de delinear muito bem a proteção a este direito.

Sendo assim, a expressão e divulgação do pensamento é amplamente permitida, vedada a censura e o anonimato.

Neste sentido:

> A Constituição veda expressamente qualquer tipo de censura à livre manifestação do pensamento, cujo exercício é assegurado independentemente de licença (CF, art. 5º, IX). Qualquer forma de censura institucionalizada imposta sem justificação constitucional será caracterizada como uma intervenção violadora do âmbito de proteção desta liberdade. (NOVELINO, 2014, 504).

No que concerne à vedação do anonimato, limitação constitucionalmente instituída, cumpre mencionar que tem por finalidade evitar manifestações de pensamento abusivas e permitir tanto o direito de resposta quanto a responsabilização penal e civil.

> A Constituição Federal assegurou a liberdade de manifestação de pensamento, vedando o anonimato. Caso durante a manifestação de pensamento se cause dano material, moral ou à imagem, assegura-se o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização. (LENZA, 2009, 684).

No caso dos parlamentares, a inviolabilidade material que acoberta as opiniões, palavras e votos no exercício do mandato confere um invólucro à liberdade de expressão dos congressistas, na medida em que perfaz um anteparo a mais àquela já custodiada garantia constitucional.

Desta forma, na tribuna os parlamentares possuem vasta liberdade de discussão e utilização da palavra sem que possam ser processados pela via judicial como causadores de dano moral.

Neste caso, parece não haver grandes discussões, afinal, a liberdade de expressão é assegurada a todos e não seria diferente para os parlamentares. A eles, no entanto, foi conferida uma camada protetiva a mais, uma vez que agem em nome do povo na representação de seus interesses e, para tanto, nada mais natural que exercê-la em sua mais altiva forma: a palavra.

4. Alcance da imunidade material dos vereadores na circunscrição municipal

A imunidade, também chamada de inviolabilidade dos parlamentares, constitui uma garantia institucional dos representantes do povo, estabelecida como forma de evitar manipulações e distorções do exercício da atividade exercida pelos edis.

Isto porque tal atividade os coloca no ponto intermediário entre os representados e os órgãos governamentais, delegando-lhes a primordial função de zelar pelos interesses públicos na conversão em lei dos clamores sociais. Para tanto, devem ser isentos de toda sorte de pressão e malabarismos tendentes a deformar a representatividade política.

Cumpre mencionar que MEIRELLES (2008, 636) diferencia os conceitos de inviolabilidade e imunidade parlamentar nos seguintes termos:

> A *inviolabilidade* (não confundir com *imunidade parlamentar*) é a exclusão da punibilidade de certos atos praticados pelos agentes públicos no desempenho de suas funções e em razão delas. A inviolabilidade exclui o *crime*, diversamente da imunidade, que impede o *processo* enquanto não autorizado pela respectiva Câmara. (grifos no original).

Para este renomado jurista, a inviolabilidade estaria mais relacionada ao fato cometido enquanto a imunidade teria um cunho processual de resguardar o parlamentar quanto à instauração de processo de responsabilização.

Referida diferenciação, muito embora importante para efeitos acadêmicos, carece de maior aprofundamento ante o objetivo desta monografia. Por esta razão, ambas as expressões serão aqui utilizadas indistintamente.

A imunidade material dos vereadores abrange os aspectos funcional e territorial.

Sob a perspectiva da função exercida é importante ressaltar que está restrita ao momento em que exercita a vereança, vale dizer com isso que abarca o desempenho em plenário, a participação em comissões, sua atuação através de pareceres exarados desde que haja nexo entre a manifestação e o exercício da função.

Não há, portanto, necessidade de estar dentro da Casa legislativa quando da prolação de sua opinião, palavra ou voto, desde que haja um liame entre o que pronuncia e o exercício do mandato.

Neste sentido, entende MORAES (2000, 387):

> [...] importa ressaltar que da conduta do parlamentar (opiniões, palavras e votos) não resultará responsabilidade criminal, qualquer responsabilização por perdas e danos, nenhuma sanção disciplinar, ficando a atividade do congressista, inclusive, resguardada da responsabilidade política, pois trata-se de cláusula de irresponsabilidade geral de Direito Constitucional.

O aspecto territorial, por sua vez, limita à circunscrição do município a imunidade material.

Neste ponto, pode-se discutir uma certa falta de coerência do texto constitucional, afinal, o parlamentar pode atuar no exercício da vereança também fora dos limites territoriais representando seu município e, portanto, atuando em razão da função que lhe foi delegada pelo povo, não havendo razão para que não seja acobertado pela imunidade fora dos limites municipais em que exerce sua atividade.

Deste mesmo entendimento comunga a doutrina nacional:

> [...] A nosso ver, a imunidade material dos vereadores deveria abranger palavras e opiniões relacionadas aos *interesses municipais,* independentemente de terem sido manifestadas dentro dos limites territoriais. Nada obstante, em razão da expressa referência constitucional à "circunscrição do Município", prevalece o entendimento de que a imunidade material é *limitada territorialmente* à circunscrição do município. (NOVELINO ,2014, 811, grifos no original).

Entretanto, este é o texto da Carta Constitucional vigente e, sendo assim, o parlamentar municipal não fica acobertado pela imunidade material fora dos limites geográficos de seu município de atuação.

Apesar de ser garantia constitucional para o amplo exercício da representação que lhes foi delegada pelo povo, necessário salientar que não implica liberar o edil para todo e qualquer tipo de manifestação.

Esta linha é muito tênue, qual seja, a que divide a liberdade de expressão

acobertada pela imunidade e o abuso da prerrogativa.

Isto porque, não pode o Judiciário passar a condenar o edil por suas opiniões emitidas na Casa legislativa o que, além de abalar o equilíbrio entre os poderes, causaria receio e obstáculos ao amplo espectro de discussão no ambiente legislativo.

Com isso, poder-se-ia cogitar a existência neste caso de um conflito aparente de normas, vale dizer, entre a liberdade de expressão na tribuna parlamentar e a honra de outros parlamentares atingidos por possíveis ofensas irrogadas.

Isto porque ambos são direitos alçados ao patamar constitucional como cláusula pétrea e que podem entrar em choque durante os debates legislativos.

Em termos de solução jurídica de conflito de normas, entende-se que a imunidade material dos vereadores atua como escusa de referidas condutas e solucionaria referido embate.

Isto ocorre porque a imunidade está igualmente prevista na Constituição Federal e visa, primordialmente, resguardar os parlamentares no exercício do mandato. Ainda que muitas vezes seja extrapolado, entende-se que não haveria razão para tal instituto se houvesse exceções de toda ordem.

Além do mais, somente a própria Constituição poderia revelar reservas a esta imunidade e não o fez com relação especificamente a danos morais, razão pela qual os edis possuem sinal verde para opinar e se manifestar, desde que respeitados os limites já aduzidos.

De outra parte, deve-se primar pelo prudência, na perspectiva de que os parlamentares não abusem desta prerrogativa com ofensas pessoais dissociadas da atividade legislativa.

Importa notar que o debate público das ideias na tribuna da Casa legislativa não deve ser relegado ao embate individual ultrajante entre os políticos ali presentes. No entanto, a ofensa à honra pessoal que muitas vezes acontece durante as discussões passa a ser acobertada pela imunidade, o que de todo empobrece a função por eles exercida.

A ideia principal e necessária ao exercício da cidadania é resguardar a isenção e proteção dos edis em sua atividade, sendo certo que se as ofensas forem irrogadas no exercício da função e na circunscrição do município, certamente serão em juízo tidas como imunes, dada a garantia constitucional a ele posta.

Muito embora lamentável a conduta de alguns parlamentares de se escudar nesta prerrogativa com a finalidade de injuriar o adversário, certo é que o texto constitucional teve a mais nobre das intenções, qual seja, democratizar ao máximo as contendas no âmbito legislativo.

A questão é tão recorrente que chegou a ser objeto de análise com repercussão geral no Supremo Tribunal Federal o que passa-se a expor.

4.1 Alcance da imunidade parlamentar: a recente orientação do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal é conhecido como guardião da Constituição, pois a ele somente serão submetidas questões que ofendam matéria posta na Carta Magna. O Supremo Tribunal Federal não reaprecia provas, mas apenas examina o debate jurídico em torno de um eventual julgamento ofensivo ao texto constitucional.

O recurso extraordinário deve demonstrar questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, sob pena de não conhecimento por decisão irrecorrível.

Considera-se que existe repercussão geral sempre que a matéria a ser julgada pela Corte Suprema contrariar súmula[4] ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal somente poderá rejeitar a existência de repercussão geral através de dois terços de seus membros.

Eventual decisão que negue a repercussão geral surtirá efeitos para todos os outros recursos que versem sobre idêntica matéria que serão com base nela sumariamente rejeitados, salvo se o Supremo Tribunal Federal resolva por rever a tese que deu azo àquela decisão.

Importante ressaltar que no caso de haver inúmeros casos idênticos a respeito da matéria que se pretende reconhecida como objeto de repercussão geral, os tribunais de origem escolherão alguns casos que julguem representativos da questão e encaminharão ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até que a matéria seja efetivamente julgada.

Ao término do julgamento de mérito pelo Supremo Tribunal Federal, os recursos sobrestados serão apreciados em conformidade com o decidido pelo guardião da Constituição, ocasião na qual podem declará-los prejudicados ou retratar-se de seu julgamento.

Se porventura for mantida a decisão pelo Tribunal de origem à revelia do que julgou o Supremo Tribunal Federal nas matérias sujeitas à repercussão geral, poderá o Pretório Excelso cassar ou reformar liminarmente o acórdão que contrarie a decisão já firmada, tudo nos termos do Regimento Interno do Tribunal.

Este regramento que foi acima descrito em detalhes acerca da repercussão

[4] Súmula, em linhas gerais, significa uma série enumerada de preceitos publicados que buscam uniformizar o entendimento sobre determinado assunto que enseja recorrentes casos submetidos ao julgamento do tribunal.

geral está delineado no Código de Processo Civil nos artigos 543-A e 543-B e no artigo 102, parágrafo 3º da Constituição Federal.

4.1.1 Recurso extraordinário sobre o alcance da imunidade material dos vereadores

Superada a explanação acerca do conceito e estrutura da repercussão geral, cumpre ressaltar que devido aos inúmeros casos que estavam aparecendo no Supremo Tribunal Federal envolvendo o alcance da imunidade parlamentar dos vereadores, não foi difícil justificar a importância que suplanta os limites subjetivos da causa em determinado caso específico sobre o alcance da imunidade material concedida aos vereadores por suas opiniões, palavras e votos, dotado de repercussão geral na Corte Suprema.

Pautou-se a justificativa na garantia parlamentar insculpida no artigo 29, VIII da Constituição Federal e na liberdade de expressão dos membros da Casa legislativa e sua necessária imparcialidade. Após o reconhecimento da repercussão geral no recurso extraordinário número 600.063, os casos semelhantes foram sobrestados na origem a fim de aguardar a decisão.

O acórdão paradigma é proveniente do Tribunal de Justiça de São Paulo, precisamente de parlamentar da Câmara dos Vereadores do município de Tremembé (número 281.038-4/9-00).

O caso teve início quando o parlamentar proferiu palavras que outro edil julgou ofensivas à sua personalidade. Por esta razão ajuizou ação de cunho indenizatório que foi em primeira instância julgada improcedente, sob o fundamento de estar acobertado pela imunidade parlamentar.

Inconformado, apelou o vereador e o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que os atos do vereador estavam dissociados da atividade parlamentar e, por isso, seriam passíveis de punição na ordem civil.

Pautou-se o julgamento em interessante contraponto disposto por CAHALI (2005, 366,367 apud Joaquim Garcia, relator, apelação n° 281.038-4/9-00 - Tremembé/ Taubaté - voto 16191, Tribunal de Justiça de São Paulo):

> Cuidando-se de palavras ofensivas assacadas por vereador em sua tribuna, é repetitiva a jurisprudência no sentido de assegurar àquele que é ultrajado em sua honra, o direito de ser indenizado por danos morais: as normas que estabeleçam privilégios devem ser interpretadas

> restritivamente. Não cabe (no plano da responsabilidade civil) a aplicação da analogia à norma constitucional que preserva o direito dos representantes do Poder Legislativo de não serem processados criminalmente por suas opiniões, palavras e votos (arts. 29, VIII, e 53 da CF). A imunidade parlamentar não afasta o direito de o cidadão comum acioná-lo civilmente por palavras e ofensas que ao mesmo causar prejuízos.
> [...]
> Na realidade, no plano que aqui nos interessa, da responsabilidade civil por dano moral, a insuficiência dos textos legais e discrepâncias jurisprudenciais, recomendam uma solução de bom senso do julgador, no sentido, em princípio, e admitir a obrigação de indenizar o dano moral injustamente afligido a quem quer que seja, sempre que houver por parte do parlamentar ou vereador destempero ou extrapolação no específico desempenho das atribuições inerentes ao mandato popular, pois a imunidade parlamentar nem é absoluta e irrestrita, nem se sobrepõe à cláusula pétrea prevista no art. 5º, em que o constituinte garantiu, dentro do capítulo dos direitos fundamentais, o direito à honra, à imagem e à intimidade...

No entendimento do ilustre doutrinador e do desembargador que se escudou em sua lição para julgar, o direito à honra, previsto como garantia constitucional inafastável, pode ser maculado caso extrapolado o exercício do direito de falar na tribuna.

Por esta razão, o Tribunal de Justiça de São Paulo asseverou que aos parlamentares não é dado o direito de ofender aos demais e ser acobertado pela imunidade que estaria restrita às manifestações de cunho estritamente legislativo.

Muito embora as razões de decidir do julgado tenham pertinência e espelhem dois direitos constitucionais de igual importância, a questão de complexa resolução neste entendimento seria exatamente encontrar um meio de dimensionar os limites da imunidade parlamentar.

Com isso, difícil dizer quais seriam as palavras que estariam e quais não estariam acobertadas pela imunidade e como tal avaliação seria feita pelo julgador, afinal, o texto constitucional não condicionou a imunidade no sentido de amplitude do que seria dito, apenas que deveria ocorrer nos limites da circunscrição municipal

e no exercício do mandato.

Este entendimento poderia gerar uma grave insegurança jurídica na medida em que nos diversos pontos do país haveria um entendimento diverso do que seriam palavras ofensivas e cada caso seria uma verdadeira caixa de surpresa, podendo, inclusive, gerar na mesma localidade decisões diversas a depender do julgador no caso concreto.

Restringir o uso da palavra seria delimitar algo que o constituinte não fez, muito pelo contrário, foi exatamente o que tentou afastar com esta garantia.

Tal restrição feita pelo Poder Judiciário seria além de uma criação legislativa onde não existe, uma quebra da independência de poderes uma vez que funcionaria como o mediador nas contendas do legislativo.

Isto sim velaria os dizeres parlamentares eis que diante da possiblidade de ser condenado via judicial na esfera civil pelo que disse na Câmara, o edil certamente recuaria o que, em último grau, lesa o processo democrático e os cidadãos que delegaram seu poder de discussão ao parlamentar.

A despeito da opinião aqui exposta, foi com o entendimento supra que o Tribunal de Justiça de São Paulo justificou sumariamente a existência dos pressupostos da responsabilidade civil, condenando-o ao pagamento de determinada quantia.

Diante deste veredito, a parte vencida interpôs recurso extraordinário com o intento de reverter o julgado.

Após a regular tramitação, o processo foi a plenário de julgamento e, por maioria de votos, assentou-se o entendimento de que desde que haja pertinência com o exercício do mandato e seja efetuada dentro da circunscrição do município estará garantida a imunidade parlamentar do edil.

No entender do Supremo Tribunal Federal ainda que as palavras prolatadas tenham condão de ofender o vereador, se prolatadas no exercício do mandato e na circunscrição municipal, não poderá o edil ser responsabilizado civilmente, posto que acobertado pela imunidade prevista na Carta Magna.

Isto porque o Poder Judiciário não pode nem deve emitir juízo subjetivo de valor sobre as manifestações do Poder Legislativo.

De se ressaltar que a despeito do entendimento de que o Judiciário não pode intervir nem mensurar o teor do quanto proferido pelos vereadores com a finalidade de responsabilizar civilmente o edil, não ficam os parlamentares impunes ante a possibilidade de serem punidos pelo próprio Poder Legislativo.

Para tanto, consignou-se que a Casa legislativa tem independência para a punição do edil caso seja verificado o cometimento de abusos, penalidade a ser aplicada somente nos termos de seu regimento interno, mas que não atinge a esfera civil nem cria obrigação de indenizar por lesão a direito da personalidade.

A este respeito insta salientar, a título exemplificativo, que o Regimento Interno da Câmara dos Vereadores de São Paulo determina a perda do mandato do vereador quando incompatível com o decoro parlamentar.

Reza o Regimento no artigo 125 que o abuso das prerrogativas dos parlamentares figura entre as causas que caracterizam a falta de decoro. A acusação deve ser aceita por maioria absoluta e causa a perda do mandato após decisão de dois terços dos membros.

> Art. 125 - Perderá o mandato o Vereador:
> [...]
> II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
> [...]
> § 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos neste Regimento, o abuso das prerrogativas asseguradas a membros da Câmara Municipal ou a percepção de vantagens indevidas.
> § 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI deste artigo, acolhida a acusação pela maioria absoluta dos Vereadores, a perda do mandato será decidida pela Câmara, por "quorum" de 2/3 (dois terços), assegurado o direito de defesa.
> [...]

Neste ponto ainda interessa ressaltar que o regramento municipal nada mais fez que refletir o que dispõe a Constituição para os Deputados e Senadores no artigo 55:

> Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:
> [...]
> II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
> [...]
> § 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.
> § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado

> Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

Ressalte-se, por fim, que a emenda constitucional número 76 de 28 de novembro de 2013 aboliu a votação secreta para os casos de perda do mandato do parlamentar.

Feita esta ressalva, vale sublinhar que o julgamento no caso em análise não foi unânime, houve divergência no sentido de que as manifestações do parlamentar teriam extrapolado o exercício do mandato e, por isso, não estariam acobertados pela garantia constitucional da imunidade.

Interessante verificar que, apesar de toda a abrangência já mencionada a respeito da imunidade e sua blindagem de manifestação no âmbito legislativo, a controvérsia remanesce até mesmo junto ao Supremo Tribunal Federal.

E a divergência foi justamente quanto ao alcance da imunidade. Volta-se a expor o perigo desta valoração que a divergência sustenta, afinal, não há parâmetros objetivos para medi-lo, causando uma insegurança jurídica.

E sendo assim, muito embora ocorram em plenário muitas discussões de baixo teor de utilidade pública com trocas de ofensas mútuas, não se pode descurar da proteção e sua principal finalidade: garantir a isenção e plena defesa dos direitos dos cidadãos.

O voto do relator do acórdão Ministro Marco Aurélio no recurso extraordinário número 600.063 convergiu no sentido de que o limite da imunidade estaria relacionado à pertinência ao exercício do mandato.

Na visão do relator, as discussões no recinto parlamentar devem guardar pertinência temática com os atos praticados pelos parlamentares com a atividade por eles exercida, de modo que quaisquer palavras ofensivas estariam dissociadas desta temática e, por isso, restariam fora da proteção constitucional.

Além disso, consignou o relator:

> [...] Impossível é julgar o recurso extraordinário com base em fatos jurígenos estranhos ao pronunciamento atacado. Ante as premissas fáticas constantes do acórdão impugnado, não se tem o caso como passível de enquadramento na regra atinente à inviolabilidade dos vereadores, porque limitada a opiniões, palavras e votos que sejam proferidos no exercício do mandato. De acordo com a verdade formal elucidada na origem, as críticas

> não se circunscrevem à atividade parlamentar. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011).

E arrematou:

> Por considerar que a inviolabilidade dos Vereadores exige a correlação entre as manifestações e o desempenho do mandato, tenho como não configurada violência ao artigo 29, inciso VIII, da Lei Básica Federal, razão por que desprovejo este recurso extraordinário. É como voto. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011).

Por sua vez, o voto que inaugurou a divergência da lavra do Ministro Luís Roberto Barroso no recurso extraordinário número 600.063 consigna interessante ponto no sentido de que a proteção constitucional sobre as opiniões, palavras e votos dos parlamentares assinala exatamente um adicional à liberdade de expressão do cidadão comum justamente por conta da representação por eles exercida.

> É fundamental, portanto, perceber que a imunidade material dos parlamentares confere às suas manifestações relacionadas ao exercício do mandato proteção adicional à liberdade de expressão. Considerar estas manifestações passíveis de responsabilização quando acarretam ofensa à alguém – como feito pelo tribunal de origem – é esvaziar por completo o "acréscimo" de proteção que constitui a essência da imunidade constitucional. Afinal, para as manifestações não ofensivas dos parlamentares, a rigor, o direito fundamental à liberdade de expressão basta. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011).

A opinião do Ministro Teori Zavascki no julgamento do mesmo recurso extraordinário número 600.063 vem ao encontro do que já foi exposto neste trabalho. Opina no sentido de que a mensuração do que é dito na tribuna para efeitos de responsabilidade civil mostra-se extremamente dificultoso na medida em que a Constituição Federal não delimitou o que poderia ou não ser dito.

Além disso, seria impor freios onde não previu a Carta Magna e causaria extremo desconforto jurídico com decisões diversas pipocando por vários pontos do país, algumas a condenar outras a absolver.

Transcreve-se o trecho do voto de Teori Zavascki no recurso extraordinário número 600.063:

> Trata-se de um pronunciamento de um vereador, no ambiente parlamentar, na Câmara dos Vereadores; portanto, no exercício do mandato e da função parlamentar. Saber se essa fala específica tem relação ou não com a atividade político-parlamentar, além de difícil definição, se mostra irrelevante nas circunstâncias. **Se, para cada pronunciamento de um parlamentar ou de um vereador, tiver que ser feito esse juízo de relação necessária de pertinência como condição necessária para assegurar a imunidade, teremos uma inversão do princípio constitucional, que determina seja preservada a imunidade.** (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011, grifo nosso).

Entendimento este que foi acompanhado pela Ministra Rosa Weber no recurso extraordinário número 600.063:

> Na minha ótica e pedindo todas as vênias ao eminente Relator, entendo que, tal como está posto no acórdão recorrido, a conduta imputada se subsume, sim, na imunidade absoluta prevista nesta Constituição, **sob pena de a cada manifestação do parlamentar se impor uma valoração específica que iria, no mínimo, retirar a força da garantia constitucional, da prerrogativa constitucional**. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011, grifo nosso).

O Ministro Luiz Fux da mesma forma contribuiu para reforçar o entendimento divergente ao afirmar em seu voto no recurso extraordinário número 600.063 que "[...] a garantia da imunidade parlamentar representaria muito pouco se cada juiz pudesse aquilatar, segundo o seu padrão de decência e polidez o grau de civilidade dos termos utilizados pelos representantes eleitos pelo povo" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011).

Noutros termos, cumpre assinalar que a imunidade somente existe porque se sabe que haverá discussões na Casa legislativa e que na grande maioria das vezes

os edis discutem a pertinência de projetos de lei e entram em embate justamente pelas diferenças de ideias, interesses e partidos. Os ânimos se acirram muitas vezes, daí a razão da proteção constitucional.

Com isso, quer-se dizer que as discussões são inevitáveis e intrínsecas ao processo democrático, razão pela qual no calor dos debates muitas vezes há verbalização de impropriedades de cunho pessoal e que restariam acobertadas pelo manto da imunidade pelo simples fato de corresponder aos dois limites da imunidade postos na Constituição Federal: exercício da vereança e circunscrição do município.

Por se tratar de indenidade prevista na Constituição Federal não há que se relegar ao plano do Judiciário a análise do que pode ou não ser dito, sob pena de fazer tábula rasa do texto constitucional e, além disso, ferir o princípio da tripartição da poderes.

Ressalte-se neste ponto que a Constituição Federal consolidou como cláusula pétrea a tripartição dos poderes de modo que esmiuçou o âmbito de atuação de cada um deles.

> Artigo 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Desta feita, devem atuar em harmonia, cada qual com a sua respectiva competência, mas exercendo um controle recíproco denominado de freios e contrapesos ou *checks and balances* de modo a garantir a independência e o controle de atos que extrapolem as prerrogativas delegadas a cada um deles.

Neste sentido, SILVA (1997, apud NOVELINO, 2014, 19):

> A "harmonia entre os poderes" verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão das funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (SILVA,1997, p. 111 apud NOVELINO, 2014, 19, grifos no original).

Muito embora seja o Poder Judiciário o responsável por analisar possíveis transgressões à Constituição e à legislação ordinária, não pode ele se sub-rogar no papel do legislador e analisar âmbito a ele não delegado.

Neste caso, conforme já mencionado a conduta do parlamentar que extrapole os limites do razoável não fica passível de punição nem na esfera civil nem na penal, tendo em vista a imunidade absoluta prevista na Constituição. Entretanto, poderá enquadrar-se em falta de decoro parlamentar, processo a ser intentado no próprio Poder Legislativo, como dito.

Para ilustrar, transcreve-se trecho do voto vencedor e redator do acórdão Ministro Luís Roberto Barroso no recurso extraordinário número 600.063, acompanhado pelos Ministros Teori Zavasky, Rosa Weber, Celso de Melo, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Gilmar Mendes:

> O art. 55 da CF/88, aplicável, com as devidas adaptações, às demais esferas do Legislativo, estabelece a perda do mandato do deputado ou senador que não observar o decoro parlamentar. E o §1º do referido preceito caracteriza, expressamente, o abuso das prerrogativas parlamentares como quebra de decoro, evidenciando a abertura, sempre existente para a responsabilização política. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011).

Sendo assim, delineia-se a fiscalização interna e externa a ser exercida pelos Poderes com vistas à consagração do Estado Democrático de Direito, com cada Poder exercendo suas prerrogativas e atividades sem invadir a competência alheia.

Conquanto haja funções típicas e atípicas em cada Poder, certo é que o ato de legislar enquadra-se como função primordial do Poder Legislativo e para tal as prerrogativas parlamentares asseguram a livre expressão das ideias e blindam o debate legislativo contra qualquer censura.

Por esta razão a imunidade advinda da liberdade de expressão por opiniões, palavras e votos no exercício da atividade parlamentar foi prevista em todas as unidades que compõe a federação.

Ainda que tenha sido verificada de uma maneira mais restrita no âmbito municipal, assegura da mesma forma que a atividade parlamentar seja exercida de forma isenta de pressões externas.

Ao final do julgamento do recurso extraordinário número 600.063 o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, decidiu o tema número 469 da repercussão geral consagrando a tese de que, nos "limites da circunscrição do município e

havendo pertinência com o exercício do mandato, garante-se a imunidade do vereador" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011).

Afastou-se com isso as subjetividades que as decisões judiciais poderiam conferir aos diferentes casos e prevaleceu o entendimento já consignado na Constituição Federal da imunidade absoluta dos vereadores desde que na circunscrição do município e no exercício do mandato.

Veja-se que a pertinência ficou descrita no julgamento da repercussão geral, no entanto, não relacionada exatamente ao que pretendia o voto do relator que restou vencido.

Neste momento não custa repisar que o voto vencido entendeu que a imunidade dos vereadores deveria ser avaliada caso a caso de modo a se verificar eventual pertinência entre o que era discutido na casa legislativa e o que foi dito pelo edil.

Explica-se, no entanto, que o entendimento do Pretório Excelso foi no sentido de que não há que se perquirir sobre o que foi dito pelo parlamentar para fins de indenização, porque se dito nos limites já delineados pela Constituição Federal está imunizado.

Eventuais abusos são relegados ao julgamento administrativo do próprio órgão, afastando com isso o conflito de normas entre a liberdade de expressão, o uso da palavra pelos parlamentares e a proteção contra os danos morais instituída na Constituição Federal.

Neste caso, prevaleceu a tese da imunidade constitucional dos parlamentares com vistas a assegurar que o processo legislativo esteja revestido da couraça da inviolabilidade.

5. Conclusão

Os municípios possuem relevante papel dentro da estrutura organizacional e administrativa do país. Isto porque a Carta Magna expressamente delegou-lhes autonomia para organização, administração, legislação e governo.

Em sendo assim, os municípios organizam-se por lei orgânica dentro dos limites instituídos na Constituição Federal, administram-se pela execução das leis relegadas ao plano municipal pela Constituição Federal, governam por meio de Executivo e Legislativo próprios e legislam através do Poder Legislativo constituído pela Câmara Municipal e seus vereadores.

A composição do Legislativo municipal varia de acordo com os parâmetros delineados no artigo 29, VI da Constituição Federal, mas cumpre mencionar que, assim como o do Estado, age através de apenas uma Casa, ao contrário do Poder Legislativo Federal composto pela Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Para exercer o tão importante desiderato instituído pela Constituição Federal no intuito de sobrelevar e assegurar o processo democrático nacional, os parlamentares possuem determinadas prerrogativas tendentes a imunizar sua atuação e torná-la isenta de pressões de toda ordem.

Pois bem, no âmbito federal os senadores e deputados estão acobertados pelo que se denomina imunidade formal e material. Ao passo que os parlamentares municipais possuem proteção mais restrita na medida em que estão imunes apenas no aspecto material.

A imunidade formal impossibilita a instauração de processo contra o parlamentar durante o exercício do mandato.

Por sua vez, a imunidade material atua como um escudo protetor tanto na área cível, na medida em que protege as opiniões palavras e votos do parlamentar no exercício da vereança e na circunscrição do município, quanto na esfera penal, atuando como excludente da prática criminosa.

A imunidade cuida, portanto, de evitar a responsabilização civil e criminal dos parlamentares.

Pois bem, a imunidade dos parlamentares municipais os acoberta pelas palavras que proferem na circunscrição do município e no exercício da vereança, não sendo passíveis de condenação por dano moral na órbita civil ou por crimes de opinião.

Isto porque muito embora o direito à indenização por dano moral esteja previsto como cláusula pétrea no artigo 5º, V da Constituição Federal, a imunidade dos parlamentares igualmente está prevista na Carta Magna e visa a assegurar no maior grau possível a imparcialidade do processo legislativo em prol dos representados e do processo democrático.

Trata-se, pois, de uma exceção à regra geral do dever de indenizar à qual a Constituição excepcionou apenas os parlamentares, sendo que no âmbito municipal se atém aos limites da circunscrição do município e no exercício do mandato.

Isto porque a imunidade que a eles acoberta permite que exerçam a liberdade de expressão com um invólucro de proteção a mais que os cidadãos comuns.

Bem se vê que existe uma divisão muito tênue entre liberdade de expressão na tribuna parlamentar e a ofensa à honra dos outros pares.

Poder-se-ia cogitar de haver um conflito normativo entre a imunidade que acoberta a liberdade de expressão e a salvaguarda da honra, ambas previstas na

Constituição Federal.

No entanto, a própria imunidade já resolve tal conflito. Veja-se. Uma vez que não houve ressalvas no texto constitucional que não as limitações geográfica e funcional, não é dado ao aplicador do direito inventá-las e atuar como legislador.

Além do mais, excetuar o instituto seria esvaziá-lo em importância e desconstituir o caráter que lhe dá relevo.

Desta feita, o parlamentar municipal que exterioriza o pensamento dentro dos limites funcional e territorial fica protegido com o fito de melhor representar os cidadãos e exercer sua função sem rusgas.

A razão desta imunidade é a primordial função exercida pelos parlamentares responsáveis por engendrar esforços na conversão em lei dos clamores sociais.

O constituinte protegeu os parlamentares municipais apenas no aspecto material, com isso vale dizer que não pode ser ela estendida ao âmbito formal pelas Constituições estaduais muito menos através de lei orgânica.

Pois bem, referida proteção projeta dois aspectos: o funcional e o territorial.

O exercício da função consiste na atuação do parlamentar enquanto age como tal e, para tanto, não há necessidade que esteja nos limites físicos da Casa legislativa, basta que exerça a vereança em todas as suas formas seja no plenário, por meio de pareceres, projetos, comissões, enfim, desde que esteja no exercício da vereança.

No que se refere ao território, o legislador preferiu relegar aos vereadores proteção apenas na circunscrição municipal, donde se depreende uma falta de coerência.

A ausência de coesão vem justamente da possibilidade de atuação do parlamentar representando os interesses do município, no exercício da vereança, mas fora dos limites da circunscrição, onde não estaria protegido porque não se encontra geograficamente na área municipal.

Levando em consideração que o objetivo da proteção é salvaguardar a melhor defesa dos interesses dos cidadãos e se sua atuação transcende os muros da área onde foi eleito, não há razão para este limite, afinal, os edis podem pleitear assuntos junto a outros Municípios, aos Estados e até da União em prol dos munícipes. No entanto, mesmo que esteja exercitando seu *múnus,* se atuar fora dos limites municipais permanecerá desguarnecido.

A despeito da falta de lógica mencionada, este é o texto da Constituição e como tal deve ser respeitado.

Certo é que mesmo acobertados pela proteção que os permite exercer sua função sem preocupações com o que proferem, devem os próprios parlamentares se pautar na ponderação durante as discussões em respeito ao próximo. Muito embora os discursos sejam inflamados pelas disputas políticas não deve haver combates

individualistas em palco plural.

Pois bem, as impropriedades proferidas na casa parlamentar são tão recorrentes que a matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal por intermédio do recurso extraordinário número 600.063 que foi tema de repercussão geral número 469.

Com isso, até o julgamento deste recurso todos os demais que tratavam sobre a mesma matéria restaram sobrestados na origem. Isto porque o Supremo Tribunal Federal analisa se há aspectos relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico no caso que se pretende tenha repercussão geral e sobresta todos os demais casos a fim de que sejam julgados tal qual o paradigma.

Pois bem, o caso do recurso extraordinário mencionado iniciou-se na Câmara de Vereadores do município de Tremembé no Estado de São Paulo quando um dos vereadores proferiu palavras julgadas ofensivas pelo atingido.

Foi proposta ação de cunho indenizatório com pedido julgado improcedente pelo juízo de primeira instância pautado na imunidade parlamentar prevista na Constituição Federal.

O autor da ação recorreu ao Tribunal de Justiça de São Paulo que entendeu pela possibilidade de lesionar o direito à honra caso seja extrapolado o direito de falar na Tribuna, isto porque referido direito é cláusula pétrea da Constituição Federal e não pode ser sufragado.

Desta forma, o Tribunal reformou o julgamento e formulou condenação por danos morais, baseando seu entendimento na análise da pertinência entre a expressão na tribuna e a matéria legislativa, sendo que quaisquer dizeres que desviem deste âmbito configuram, no entender do órgão julgador, abuso da prerrogativa.

O vencido interpôs recurso extraordinário que foi a plenário de julgamento e, por maioria de votos, julgado procedente com o fito de assegurar a imunidade parlamentar dos vereadores.

O Supremo Tribunal Federal resolveu, então, o tema de repercussão geral no sentido de que "nos limites da circunscrição do Município e havendo pertinência com o exercício do mandato, os vereadores são imunes por suas palavras, opiniões e votos" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011).

Assim, o pretório excelso colocou uma pá de cal na possiblidade de o Poder Judiciário emitir juízo de valor sobre o que é dito na casa parlamentar.

Curioso mencionar que o julgamento do recurso extraordinário em questão não foi unânime, como induz a leitura fria do artigo 29, VIII da Constituição Federal. Restou controversa a questão da pertinência entre o que é falado na tribuna e a matéria pautada.

Diante disso, entendemos que seria extremamente difícil mensurar qual

seria o arcabouço de palavras ofensivas e qual não ofenderia a nenhum parlamentar.

Além disso, pipocariam decisões de diferentes julgadores pelos diversos lugares do país com entendimentos variados acerca do mesmo assunto, conspurcando a segurança jurídica e os debates legislativos.

Ademais, seria criar uma limitação onde não o fez o constituinte que, muito ao contrário, previu a imunidade justamente para assegurar uma atuação parlamentar isenta de pressões.

Isto macularia, ainda, o princípio da tripartição de poderes, vez que o Judiciário interviria na atividade parlamentar podando-a e, diante da possibilidade de condenação, os edis não mais teriam liberdade de atuação na casa legislativa, lesando o processo de representação democrática.

A questão toma ares preocupantes quando se projeta a interferência de um Poder na atividade típica do outro.

Num primeiro momento esta intervenção do Poder Judiciário recairia apenas na questão individual da quantificação do dano moral relacionado a algum parlamentar prejudicado. Fato este que, como dito, já se mostra problemático, porquanto a Constituição não impôs limites à imunidade relacionada aos debates em plenário que não seja o exercício da vereança e a circunscrição do município.

Esta análise do Poder Judiciário estaria, em verdade, controlando atos legislativos tendo em vista que a atuação do Poder Legislativo é realizada justamente pelos debates.

Numa ótica ainda mais catastrófica, o Judiciário atuaria como mediador da opinião pública sem que tenha recebido poderes para atuar como tal. Isto porque o Judiciário, sem ter sido eleito pelo povo, estaria mensurando as atitudes dos parlamentares na função a eles delegada pela população, coibindo, outrossim, o papel do legislativo.

Isso causaria ainda uma censura desprovida de legitimidade, uma vez que o modo de se fazer política no país é justamente a atuação por representação em que povo delega aos parlamentares (e não aos juízes) poderes para representá-lo em seus interesses que se conjugam através das contendas na tribuna.

Esta atuação ocorre precisamente através do ato de falar, discutir e debater questões de toda ordem na tribuna parlamentar e que não devem sofrer cerceamento, sob pena de ferir a representação popular.

Em sendo assim, verifica-se que para a incidência da imunidade parlamentar dos vereadores nos termos do artigo 29, VIII da Constituição Federal, basta que estejam presentes as duas condicionantes expostas no próprio artigo, quais sejam, circunscrição do município e exercício da vereança.

Entendeu o Pretório Excelso que pelo fato do edil estar na Casa legislativa

discutindo temas atinentes à população, por si, já configura a pertinência temática, não cabendo perquirir em cada caso sobre quais palavras podem ou não ser ditas, sob pena de afronta à tripartição de poderes.

Referido entendimento repercute não apenas nos casos sobrestados. Mais do que isso, assegura o pleno exercício da representação democrática nos inúmeros municípios espalhados pelo país e mantém incólume a expressão política indireta insculpida na Constituição Federal.

No entanto, importante ressaltar que, apesar de não haver possibilidade de responsabilização por danos morais não fica o edil impune quando se exalta em suas manifestações.

Isto porque podem ser responsabilizados pelo próprio Poder Legislativo a que pertencem por quebra de decoro parlamentar nos termos do regimento interno da casa a que pertencem.

Deste modo, assegura-se a independência do Poder Legislativo sem a intervenção do Judiciário sobre seus sujeitos.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal interpretou o artigo 29, VIII da Constituição Federal sem impor condicionantes ao exercício da vereança, primando pela franca e desimpedida atuação parlamentar em consagração ao processo representativo e na salvaguarda da democracia.

No nosso entendimento, a palavra final do Supremo Tribunal Federal consagra em momento propício a dinâmica dos freios e contrapesos entre os Poderes. Isto porque preserva o desempenho dos parlamentares, garantindo-lhes as prerrogativas inerentes à função e ao pleno exercício da democracia.

Com isso, o processo democrático permanece robusto e pulsa no sentido de sacramentar as demandas provenientes dos representados que dão azo e justificam a atuação do Poder Legislativo.

Referências

BRASIL. Congresso. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 de maio de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 371/SE – Sergipe. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 05 de setembro de 2002. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurispru-

dencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+371%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+371%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cd4bam7>. Acesso em: 01 de maio de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 600.063 RG/SP – São Paulo. Requerente: José Benedito Couto Filho. Requerido: Sebastião Carlos Ribeiro das Neves. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 25 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+600063%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+600063%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/a73s76e>. Acesso em: 23 de maio de 2015.

BRASIL. Vade Mecum compacto. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 11ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAHALI, Yussef Said, *Dano Moral*, 3ª edição, São Paulo, RT, 2005, apud Joaquim Garcia, relator, apelação N° 2810384/9-00, processo nº 9131337-57.2003.8.26.0000 - Tremembe/Taubate - voto 16191. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 09 maio de 2015.

CUNHA JUNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. *Constituição Federal para concursos*. São Paulo: Juspodium, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade parlamentar: histórico e evolução do instituto o Brasil*. Santa Catarina, Letras contemporânea: Oficina editora, 2004, vol 1.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8ª edição, Ed. Atlas: São Paulo, 2000.

NOVELINO, Marcelo; CUNHA Jr., Dirley da. *Manual de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Juspodium, 2013.

PIOVESAN, Flávia; GONÇALVES Guilherme. *A imunidade parlamentar no Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, ano 11, nº 42 jan/mar 2003.

SÃO PAULO (município). Câmara dos Vereadores. Resolução nº 2, de 26 de abril de 1991. *Regimento interno da Câmara Municipal de São Paulo*. Disponível em: <http://www2.camara.sp.gov.br/RegimentoInterno/regimento-interno-2013-RC291C.pdf>. Acesso em: 09 de maio de 2015.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional* Positivo. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.
TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Pareceres

Da cumulação de cargos de mandato eletivo – afastamento do cargo de Vereador para assunção de cargo de Deputado Estadual – Parecer nº 08/2015

Senhor Procurador Legislativo Supervisor,

Trata-se de memorando encaminhado pelo Gabinete do nobre vereador xxxxxxxxx a esta Procuradoria indagando a respeito de licença para assumir outro cargo eletivo.

Relata o Chefe de Gabinete do vereador que este assumiu a vereança por meio da suplência neste mês de janeiro, no lugar do vereador yyyyyyyy, que se encontra licenciado. Sustenta que, em primeiro de fevereiro de 2015, o vereador yyyyyyyyyy assumirá o mandato de Deputado Federal, ocasião em que o vereador xxxxxxxxx assumirá definitivamente, como titular, o mandato de vereador. Informou, ainda, que o vereador xxxxxxxxxx é o primeiro suplente de Deputado Estadual na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Solicitou, então, parecer indagando a viabilidade jurídica de o vereador xxxxxxxxxxx assumir o mandato de Deputado Estadual por 45 dias, no período compreendido entre 1º de fevereiro e 15 de março de 2015, sem que haja renúncia ao mandato de vereador.

É o relatório.

Observo que em 11 de dezembro de 2014 foi elaborado o parecer nº 296/14 por esta Procuradoria em caso semelhante, tendo em vista indagação formulada pelo nobre vereador zzzzzzzzzzzz. Naquele caso, o vereador foi eleito Deputado Federal e indagou se deveria renunciar ao mandato de vereador para assumir aquele cargo ou poderia apenas se licenciar. Foram feitas as seguintes considerações:

> "*3. O deslinde da questão deve ter como premissa a distinção entre a titularidade e a suplência do mandato público eletivo. No primeiro caso, o ordenamento jurídico veda aos congressistas o acúmulo de mandatos eletivos, situação diferente daquela em que o titular de mandato eletivo é chamado a substituir o titular de outro mandato. Tal conclusão encontra amparo em precedentes do Supremo Tribunal Federal:*
> ***"As restrições constitucionais inerentes ao exercício do mandato parlamentar não se estendem ao suplente. A***

> ***eleição e o exercício do mandato de prefeito não acarretam a perda da condição jurídica de suplente, podendo ser legitimamente convocado para substituir o titular, desde que renuncie ao mandato eletivo municipal."***
> (Mandado de Segurança 21.266, Rel. Min. Célio Borja, Primeira Turma, julgado em 22/5/1991, publicado no DJ de 22/10/1993)"

A conclusão a que se chegou foi a seguinte:

> "*7. Assim, para que a posse em cargo eletivo federal não seja eivada de vício de acúmulo irregular de mandatos e para que não haja permanência irregular em cargo eletivo municipal, deve o Vereador eleito renunciar à vereança. Importa frisar que esta conclusão difere dos casos de suplência, conforme acima explanado e recentemente verificado com a licença do atual Vereador wwwwwwww para tomar posse, como suplente, de mandato eletivo no Senado Federal.*
> *8. Ante o exposto concluo que o ilustre Vereador consulente deve* ***renunciar*** *ao cargo eletivo municipal antes de tomar posse no cargo de Deputado Federal."*

Entendeu-se dessa maneira porque a Lei Orgânica do Município de São Paulo, em seu artigo 17, inciso II, alínea "d", dispõe ser vedado ao Vereador, desde a posse, "ser titular de mais de um cargo ou mandato público eletivo em qualquer nível". O mesmo dispõe a Constituição Federal que diz, em seu art. 54, que:

> "Art. 54 Os Deputados e Senadores não poderão:
> (...)
> II - desde a posse:
> (...)
> d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo."

A Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 15[1], também dispõe

[1] "Art. 15 Os Deputados não poderão:
(...)

que os deputados não poderão, desde a posse, ser titulares de mais de um cargo ou mandato eletivo federal, estadual ou municipal.

Conclui-se que o titular do cargo de vereador no município de São Paulo não poderá assumir outro cargo de mandato eletivo, seja de deputado federal, seja de deputado estadual, de modo definitivo, apenas em caso de suplência para substituir momentaneamente o titular.

Desta maneira, a situação é a seguinte:

Caso o nobre vereador xxxxxxxxx, que hoje é suplente, assuma em definitivo o mandato de vereador nesta Casa em 1º de fevereiro de 2015, tendo em vista provável renúncia pelo nobre vereador yyyyyyyy, passará a ser titular do mandato nesta Casa. Assim sendo, neste cenário, somente poderá assumir o mandato de Deputado Estadual na condição de suplente, tendo em vista licença do Deputado Estadual titular do cargo. Caso o Deputado Estadual titular do cargo renuncie ao mandato, não poderá o vereador ocupar referida vaga, tendo em vista que se o fizer, estará titularizando definitivamente o cargo de Deputado Estadual, passando a titularizar mais de um cargo público definitivamente, o que é vedado pela Constituição do Estado de São Paulo e pela Lei Orgânica do Município.

Em contato telefônico realizado com o Sr. Secretário Geral Parlamentar desta Casa, Dr. Raimundo Batista, foi nos informado que é bastante provável que o nobre vereador yyyyyyy, hoje Deputado Estadual, renuncie ao mandato de vereador, tendo em vista eleição para o cargo de Deputado Federal, o que resultará na titularidade definitiva do cargo pelo nobre vereador xxxxxxxx. Informou-nos, ainda, que através de contato telefônico por ele realizado junto à Assembleia Legislativa, foi-lhe informado que o vereador xxxxxxxxx assumiria a vaga de Deputado Estadual na condição de titular, tendo em vista ser o primeiro suplente e ser bastante provável a renúncia ao mandato pelo nobre Deputado Estadual ttttttttttt, que foi eleito Deputado Federal e assumirá o cargo em 1º de fevereiro. **Diante deste cenário, parece-me bastante provável que, caso o nobre vereador assuma o mandato de Deputado Estadual por 45 dias, a partir de 1º de fevereiro, estará titularizando mais de um cargo público eletivo definitivamente, não estando apenas na condição de suplente, o que é vedado constitucionalmente e legalmente.**

II - desde a posse:
(...)
d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato eletivo federal, estadual ou municipal."

É o meu parecer que elevo à superior consideração de Vossa Senhoria.
São Paulo, 20 de janeiro de 2015.

Érica Corrêa Bartalini de Araújo
Procuradora Legislativa
OAB/SP 257.354

Comissão Parlamentar de Inquérito - Publicidade e Procedimento: Questões Práticas - Parecer nº 250/16

Ref.: Processo RDP nº 08-010/2016 (Memorando CPI-THEATRO nº 014/ 2016)

Assunto: questionamento acerca da regularidade da realização de reunião secreta sem a aprovação de requerimento escrito, promoção de publicidade de atos da CPI perante veículos de imprensa, e outras questões procedimentais que poderiam macular o devido processo legal, comprometendo os trabalhos da CPI-THEATRO. Viabilidade de convocação, de ofício, de reunião extraordinária durante o recesso parlamentar, com vista à reapreciação de documentos já aprovados.

Sra. Procuradora Legislativa Chefe,

Trata-se de parecer solicitado a esta Procuradoria pelo Presidente da CPI-Theatro, Exmo. Vereador X, requisitando apreciação e manifestação a respeito de requerimento apresentado pelo Exmo. Vereador Y.

Em tal requerimento, o nobre Vereador Y apontou que na 1ª Reunião Extraordinária da CPI-Theatro, realizada em 06 de julho do corrente ano, foram aprovados diversos requerimentos por meio de deliberação secreta sem que, no entanto, houvesse pedido formal para que se realizasse reunião de tal natureza.

Aduziu o nobilíssimo Edil, ademais, que o teor dos requerimentos aprovados em caráter secreto tem sido amplamente divulgado pela imprensa, muitas vezes por meio de entrevistas concedidas por parlamentares que integram a Comissão.

Consignou, ainda, a ocorrência de possíveis irregularidades procedimentais, como a realização de diligências por integrantes da Comissão sem a devida aprovação do colegiado; a não disponibilização, ao requerente, de documentos utilizados por membros da CPI durante a última reunião; e o encaminhamento de documentos, a órgãos externos, mesmo antes do encerramento dos trabalhos da Comissão.

Pleiteou, ademais, o Exmo parlamentar, nos termos regimentais, que o Presidente da Comissão convoque, em caráter de urgência, reunião extraordinária com o escopo de reapreciar os requerimentos já aprovados na última reunião, de maneira a sanear as irregularidades apontadas.

Por fim, rogou pela suspensão do encaminhamento, aos órgãos competentes, dos requerimentos aprovados. E, em caso de envio já realizado, a comunicação de tais órgãos para que suspendam o encaminhamento de informações a esta Câmara Municipal.

Do breve relatório exposto, observa-se que os questionamentos formulados pelo nobre Vereador Y abarcam três questões que podem ser classificadas da seguinte maneira: (1) a regularidade da realização de reunião secreta na qual o colegiado deliberou acerca de diversos requerimentos; (2) a regularidade da conduta de alguns membros da Comissão, que vêm transmitindo informações sobre os trabalhos da CPI-Theatro por intermédio de veículos de imprensa; e (3) questões procedimentais envolvendo o trabalho da CPI.

A respeito das objeções compreendidas no item 1, são cabíveis os seguintes esclarecimentos.

I - Da regularidade da realização de reunião secreta em 6 de julho de 2016

Primeiramente, deve-se mencionar que o princípio da publicidade possui importância tamanha no ordenamento jurídico pátrio que foi incluído entre os princípios constitucionais que orientam toda a atividade da Administração Pública, consagrados pelo artigo 37 da Constituição da República e, em âmbito local, pelo artigo 81 da Lei Orgânica do Município de São Paulo.

Nesse contexto, inquestionável que a publicidade dos atos também deve ser a regra no âmbito de atuação das comissões parlamentares de inquérito, haja vista que o amplo acesso à informação e real possibilidade de controle social são características inerentes aos regimes democráticos. Nesse sentido, interessante trecho de acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello. Perceba-se:

> "A Assembléia Nacional Constituinte, em momento de feliz inspiração, repudiou o compromisso do Estado com o mistério e com o sigilo, que fora tão fortemente realçado sob a égide autoritária do regime político anterior. Ao dessacralizar o segredo, a Assembléia Constituinte restaurou velho dogma republicano e expôs o Estado, em plenitude, ao princípio democrático da publicidade, convertido, em sua expressão concreta, em fator de legitimação das decisões e dos atos governamentais. É preciso não perder de perspectiva que a Constituição da

> República não privilegia o sigilo, nem permite que este se transforme em *praxis* governamental, sob pena de grave ofensa ao princípio democrático, pois, consoante adverte Norberto Bobbio, em lição magistral sobre o tema (O Futuro da Democracia', 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério. Tenho por inquestionável, por isso mesmo, que a exigência de publicidade dos atos que se formam no âmbito do aparelho de Estado traduz conseqüência que resulta de um princípio essencial a que a nova ordem jurídico-constitucional vigente em nosso País não permaneceu indiferente. O novo estatuto político brasileiro - que rejeita o poder que oculta e que não tolera o poder que se oculta - consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como expressivo valor constitucional, incluindo-o, tal a magnitude desse postulado, no rol dos direitos, das garantias e das liberdades fundamentais, como o reconheceu, em julgamento plenário, o Supremo Tribunal Federal (RTJ 139/712-713, Rel. Min. Celso de Mello). Impende assinalar, ainda, que o direito de acesso às informações de interesse coletivo ou geral - a que fazem jus os cidadãos e, também, os meios de comunicação social - qualifica-se como instrumento viabilizador do exercício da fiscalização social a que estão sujeitos os atos do poder público (...). Não cabe, ao Supremo Tribunal Federal, interditar o acesso dos meios de comunicação às sessões dos órgãos que compõem o Poder Legislativo, muito menos privá-los do conhecimento dos atos do Congresso Nacional e de suas Comissões de Inquérito, pois, nesse domínio, há de preponderar um valor maior, representado pela exposição, ao escrutínio público, dos processos decisórios e investigatórios em curso no Parlamento. (**HC 96.982-MC**, rel. min. **Celso de Mello**, decisão monocrática, julgamento em 25-11-2008, *DJE* de 1º-12-2008.)"

Por outro lado, é certo que nenhum princípio constitucional é absoluto. Importa dizer: é típico de todo princípio constitucional a possibilidade de

flexibilização em face da colisão com outro princípio, devendo-se, por meio de um juízo de proporcionalidade, encontrar a melhor solução para o caso concreto, maximizando a realização dos direitos e interesses que se encontram em jogo.

No que diz respeito à publicidade dos atos das CPI's, deve-se ter em mente, todo o tempo, que a possibilidade de preservação do segredo das provas já obtidas constitui aspecto inerente às investigações de natureza inquisitiva. Note-se que não se trata de investigação secreta, mas apenas de medida que muitas vezes se faz imprescindível ao próprio prosseguimento das investigações.

A respeito do assunto, a autorizada doutrina cita o exemplo do investigado que, tomando ciência da expedição de mandado de busca e apreensão em sua residência, certamente fará retirar dela qualquer coisa que possa comprometê-lo.[1]

O próprio Código de Processo Penal, aplicável, em CPIs, de forma subsidiária aos regimentos internos das casas legislativas, possui previsão expressa sobre o tema. Transcreve-se:

> Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

A respeito do assunto, a melhor doutrina tece comentários muito interessantes. Quanto ao particular, bastante pertinentes as lições de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves:

> "Por um outro viés, a mantença do sigilo torna-se não apenas um direito, mas um dever das Comissões Parlamentares de Inquérito. Se elas obtiverem dados relacionados à intimidade ou privacidade das pessoas, ou de qualquer outra maneira protegidos por segredo, deverão zelar para que não haja exposição do sigilo."[2]

E prossegue o ilustre doutrinador:

> "Por fim, não é possível olvidar que, ***ao contrário do que***

[1] Gonçalves, Luiz Carlos dos Santos; Comissões Parlamentares de Inquérito, Poderes de Investigação; Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001, pgs. 118 e 119.
[2] Gonçalves, Luiz Carlos dos Santos; Comissões Parlamentares de Inquérito, Poderes de Investigação; Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001, pg. 119

> ***usualmente ocorre com a Polícia ou o Ministério Público, as Comissões Parlamentares de Inquérito são órgãos colegiados, existindo, assim, decisões colegiadas sobre os passos a tomar. Este aspecto é autorizador, a nosso ver, da realização de sessões reservadas das Comissões Parlamentares de Inquérito, às quais se vede a presença de terceiras pessoas***, mesmo que sejam advogados ou membros do Ministério Público."[3] (grifos nossos)

No mesmo sentido são os ensinamentos de Plínio Salgado que, após reafirmar a regra da publicidade dos atos praticados na CPI, faz importante ressalva à necessidade de preservação do sigilo incidente sobre atos específicos. Perceba-se:

> "A matéria é objeto, assim, de disciplina adequada. A uma, em razão de que, estabelecida como regra a publicidade das reuniões, aliás, em sintonia com o princípio pertinente, inscrito no artigo 37, caput, da Constituição da República, possibilita-se o acompanhamento dos trabalhos das CPIs pela opinião pública nacional, para, como salientado alhures, cobrar-lhes resultados, quer por proposta de medidas corretivas de deslizes políticos e administrativos, quer pelo oferecimento de soluções para os problemas, sociais pesquisados. A duas, porque ***as comissões poderão decidir por fazer reuniões sigilosas, quando a natureza do assunto assim o exigir, ou a guarda do sigilo for imposta por lei.***
>
> ***Nessa hipótese, as reuniões serão reservadas ou secretas, conforme deliberem as CPIs. A possibilidade de a Câmara dos Deputados realizar reuniões secretas não se exaure nos casos previstos regimentalmente*** (...)"[4]. (grifos nossos)

É imperioso lembrar, ainda, que embora o Regimento Interno da Casa não disponha expressamente sobre a realização de reuniões secretas no âmbito das CPIs,

[3] Gonçalves, Luiz Carlos dos Santos; Comissões Parlamentares de Inquérito, Poderes de Investigação; Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001, pg. 120.
[4] Salgado, Plínio; Comissões Parlamentares de Inquérito, Editora Del Rey, 2001, pg. 180.

contempla tal previsão quando trata das Comissões em geral, sendo pertinente observar, quanto ao particular, os artigos 52, III; 59, parágrafo único; e 61, parágrafo único. Inequívoco que tais dispositivos regem de maneira subsidiária as CPIs, já que, nos termos do artigo 100, parágrafo único do Regimento Interno, *"Aplicam-se às Comissões Temporárias, no que couber, as disposições regimentais relativas às Comissões Permanentes."*

Agora que não pairam mais dúvidas sobre a viabilidade de realização de reuniões fechadas, restritas ou secretas no âmbito das CPIs, deve-se responder se, no caso concreto, a maneira como foi conferido caráter sigiloso a uma fração da 1ª Reunião Extraordinária da CPI-THEATRO, realizada em 6 de julho de 2016, apresentou alguma irregularidade, ensejando nulidade ou necessidade de revalidação dos atos.

Consultando as notas taquigráficas da 1ª Reunião Extraordinária da CPI-THEATRO, observa-se, à fl. 74, que o Exmo. Vereador Z informou aos membros da Comissão que pretendia apresentar requerimentos sigilosos, solicitando ao Presidente que promovesse reunião fechada para apreciação. Ato contínuo, o Presidente da Comissão, Exmo. Vereador X, apresentou requerimento verbal para que se determinasse a retirada das pessoas que acompanhavam a reunião, a fim de apreciar os requerimentos submetidos a sigilo, o que foi aprovado por unanimidade em votação simbólica.

Note-se que não existe regra regimental que imponha a apresentação de requerimento por escrito para a realização de reunião fechada ou secreta no âmbito das CPIs, assim, não há que se falar em nulidade decorrente da apresentação de requerimento verbal. O costume da Casa é, aliás, a redução a termo dos requerimentos apresentados verbalmente.

Neste particular, não passa despercebido que até mesmo eventual acordo realizado entre os parlamentares não poderia ter a mesma validade que regra cogente prevista no Regimento Interno, sob pena de desconsideração de todo o processo legislativo necessário para a realização de alterações e reformas regimentais.

Por outro lado, o requerimento verbal, após ser apresentado, não encontrou resistência de nenhum dos membros da comissão que se fizeram presentes, sendo aprovado por unanimidade, inexistindo qualquer insurgência quanto ao procedimento adotado naquela ocasião. Assim, a questionada apresentação de requerimento verbal para a realização de reunião fechada não comporta sequer o recurso previsto no artigo 51 do Regimento Interno, haja vista que preclusa a oportunidade.

Quanto ao mais, o fato de os trabalhos da 1ª Reunião Extraordinária da CPI-THEATRO terem início em reunião aberta e, após deliberação do plenário da Comissão, prosseguirem de forma sigilosa, não acarreta nenhuma nulidade,

haja vista que a necessidade de discussão e deliberação sigilosa de determinados assuntos surgiu em face da apresentação de requerimentos em pé-de-pauta, prática amplamente aceita nesta Câmara Municipal.

Além disso, destaca-se que a realização de reunião secreta não se confunde com votação secreta (esta sim de juridicidade duvidosa), sendo inequívoca a publicidade conferida à votação dos requerimentos, devidamente assinados pelos vereadores que se manifestaram favoravelmente.

Por fim, observa-se que, após a deliberação, não se solicitou nenhum sigilo quanto aos requerimentos aprovados, que foram regularmente juntados aos autos do processo da CPI-THEATRO.

Diante do exposto, não se vislumbra a necessidade de anulação ou revalidação de atos realizados na 1ª Reunião Extraordinária da CPI-THEATRO, em decorrência da discussão e deliberação sobre requerimentos de forma sigilosa.

II – Da transmissão de informações da CPI-THEATRO aos veículos de imprensa

Como exposto supra, os requerimentos apresentados e deliberados em caráter sigiloso na 1ª Reunião Extraordinária da CPI-THEATRO receberam, após aprovação, a mesma publicidade dispensada a todos os demais requerimentos, sendo, portanto, juntados aos respectivos autos.

E tal maneira de proceder não acarreta, por si só, qualquer nulidade, haja vista que, no entendimento dos parlamentares que participaram da reunião, a necessidade de sigilo incidia sobre o processo decisório da deliberação colegiada pelo plenário da Comissão, e não sobre os requerimentos em si.

Tal entendimento é perfeitamente justificável na medida em que, durante os debates voltados ao convencimento de um ou alguns vereadores por seus pares, visando à aprovação ou rejeição dos requerimentos, poderiam surgir argumentos calcados em provas sigilosas. Tais argumentos, em uma reunião aberta, nunca poderiam ser tornados públicos, o que poderia comprometer a qualidade da deliberação.

Note-se que, dentre os requerimentos submetidos à votação em procedimento sigiloso, estava, por exemplo, o pedido de quebra de sigilo bancário, telefônico, telemático e fiscal de pessoas investigadas. Como é sabido, uma ordem de tal natureza somente pode ser emitida em face de indícios de envolvimento pessoal direto ou indireto das referidas pessoas com os ilícitos investigados. E se tais indícios estivessem contidos em provas já apuradas na CPI-THEATRO e protegidas por sigilo

em prol do desenvolvimento das investigações? Certamente, nesta hipótese, os debates voltados à deliberação dos requerimentos não poderiam ser públicos.

Porém, quanto aos requerimentos em si, não se vislumbra a presença de informações pessoais referentes à vida íntima das pessoas investigadas e tampouco informações cobertas por segredo de justiça ou que devam ser protegidas do escrutínio público para o regular prosseguimento da CPI. Assim, em nosso entender, nada obsta a publicidade.

Especificamente sobre a divulgação de informações obtidas no curso dos trabalhos da CPI por veículos de imprensa, destacamos que o assunto já foi objeto de intensa análise doutrinária, que por sua lucidez e importância é digna de transcrição:

> "Desse modo o princípio da publicidade é perfeitamente aplicável aos trabalhos das Comissões Parlamentares de Inquérito, preservando-se o sigilo apenas quando o interesse social – por exemplo, na eficácia das investigações, ou defesa da intimidade o exigirem. A regra, portanto, é o pleno acesso aos trabalhos das CPIs, suas sessões e seus resultados.
>
> O problema, entretanto, parece estar sendo exatamente o oposto, a saber, a excessiva publicidade dada às sessões das Comissões Parlamentares de Inquérito e às conclusões provisórias que vão formando seus membros. Não raro, aquelas sessões são transmitidas ao vivo, por emissoras de rádio e televisão, os depoimentos das testemunhas são reproduzidos na íntegra em jornais e revistas e os documentos, que às vezes contém dados fiscais e bancários dos investigados, exibidos a quem quiser.
>
> A questão, portanto, não é de excesso de sigilo e segredo, mas de enorme exposição.
>
> O tema, entretanto, deve ser analisado com cautela. Não são as Comissões Parlamentares de Inquérito agências profissionais de investigação, como são as polícias e o Ministério Público, nas quais a discrição e o comedimento devem funcionar como garantia da continuidade dos trabalhos.
>
> (...)
>
> Destarte, não soa razoável pretender que passem as Comissões Parlamentares de Inquérito funcionar sem

> acompanhamento da mídia e a divulgação do trabalho de seus componentes. O interesse da sociedade em informar-se e acompanhar os trabalhos de seus congressistas encontra, na divulgação pela imprensa, seu meio de satisfação. Não podem desbordar as CPIs, porém, dos limites da tutela da intimidade e do interesse social."[5]

Claro está, portanto, que a exceção à regra da publicidade, que deve acompanhar os atos das CPIs, reside na tutela da intimidade das pessoas investigadas e no interesse social que visa preservar o prosseguimento das investigações. Quanto ao mais, deve prevalecer aquilo que Uadi Lâmego Bulos denomina: liberdade de comunicação nas democracias:

> "O ponto culminante das investigações parlamentares está naquilo que poderíamos chamar *liberdade de comunicação nas democracias*.
> Como o parlamento deve ser retrato fiel das aspirações populares, é preciso que os resultados colhidos nas comissões parlamentares de inquérito cheguem até o povo.
> A falta de comunicação entre emissor (Legislativo) e receptor (povo), enfraquece o diálogo democrático, ainda mais no Brasil, onde prevalece o baixo acesso à cultura e à informação."[6]

Ressalte-se, porém, que esta Procuradoria não teve acesso a todas as reportagens publicadas em jornais, emissoras de rádio e televisão ou veículos diversos, acerca dos trabalhos da CPI-THEATRO. Assim, não é possível afirmar, com certeza, se houve, em algum momento, divulgação de informações referentes à vida íntima dos investigados ou mesmo protegidas por segredo de justiça ou cujo sigilo se mostrasse imprescindível ao prosseguimento das investigações. Porém, em relação àquilo que nos foi dado conhecimento, não vislumbramos nenhuma irregularidade apta a contaminar o processo.

[5] Gonçalves, Luiz Carlos dos Santos; Comissões Parlamentares de Inquérito, Poderes de Investigação; Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001, pg. 121.
[6] Bulos, Uadi Lamêgo; Comissão Parlamentar de Inquérito, Técnica e Prática, Editora Saraiva, São Paulo, 2001, pgs. 294/295.

III – Das irregularidades procedimentais

a) Da realização de diligências sem a correspondente deliberação do Plenário da CPI

O requerimento submetido à nossa apreciação afirma que foram realizadas diligências por vereadores sem a devida aprovação no âmbito da Comissão Parlamentar de Inquérito.

Sobre o tema, destacamos que o artigo 92, II, do Regimento é de cristalina clareza ao dispor que as Comissões podem realizar determinadas diligências, e não os seus membros individualmente, consagrando assim o princípio do colegiado.

A melhor doutrina apresenta idêntico entendimento, destacando a importância do colegiado na condução das medidas de maior importância realizadas no âmbito da CPI:

> "**decisões que se refiram a aspectos essenciais das investigações e, notadamente, a diligências que possam implicar acesso a esferas de privacidade e intimidade pessoal, ou que sejam gravosas para direitos individuais, devem ser tomadas pelo conjunto dos membros das comissões de inquérito.**"[7] (grifos nossos)

Nada obstante, não foi trazido ao conhecimento desta Procuradoria nenhum fato específico; isto é, nenhuma diligência concreta eventualmente promovida por algum de seus membros.

Logo, não possuímos elementos que autorizem suscitar a nulidade de qualquer ato praticado no âmbito da CPI com fundamento no motivo apontado.

b) Da sonegação de documentos utilizados na 1ª Reunião Extraordinária da CPI-THEATRO

Conforme exposto supra¸ as diligências realizadas no âmbito da CPI realmente dependem de deliberação do colegiado para que possam ocorrer normalmente. Importa dizer: as diligências previstas no artigo 92, II, do Regimento

[7] Gonçalves, Luiz Carlos dos Santos; Comissões Parlamentares de Inquérito, Poderes de Investigação; Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001, pg. 126.

Interno e outras não vedadas pelo ordenamento jurídico pertencem à Comissão enquanto colegiado e não a seus membros.

Nada obstante, isto não impede que cada um dos integrantes contribua com a apresentação de novos elementos cujo conhecimento tenha sido obtido em ambiente externo aos trabalhos da CPI. Tal postura, além de não ser proibida, pode se revelar muito proveitosa para o desenvolvimento das investigações.

Sempre que esses novos elementos forem apresentados à Comissão, quando consistentes em prova documental, devem ser juntados aos autos.

Tal medida, em nosso sentir, possui o condão de atingir ao menos duas finalidades igualmente relevantes para interesse público, a saber: 1ª) o acesso aos documentos apresentados, por parte de testemunhas, permite a apresentação de respostas mais consistentes e embasadas; já quando se dá conhecimento às pessoas investigadas, estas podem desenvolver de maneira mais sólida o direito à ampla defesa, contribuindo assim para a higidez do processo e busca da verdade real; 2ª) o acesso aos documentos pelos demais parlamentares que integram a CPI permite que todos formulem juízos mais sólidos sobre a situação investigada, sendo imprescindível que todos possuam níveis compatíveis de informação para que possam deliberar de forma colegiada. Além disso, podem vislumbrar novos flancos de investigação não percebidos por aquele que detinha a informação originariamente.

Consultando as notas taquigráficas da 1ª Reunião Extraordinária da CPI-THEATRO, constata-se que alguns documentos apresentados foram juntados aos autos, conforme autorização do Presidente da Comissão (fl. 51).

Não foi apontado, porém, nenhum documento específico que tenha sido utilizado em reunião por algum dos parlamentares que integram a Comissão e sonegado aos demais membros. Tampouco tal fato chegou ao conhecimento desta Procuradoria por qualquer meio.

Caso, porém, seja apurada a efetiva sonegação dos documentos em questão, estes deverão ser entregues e juntados aos autos que instruem a investigação, sendo assim disponibilizados a todos os membros da comissão e aos investigados.

c) Do envio de documentos a órgãos externos antes da conclusão dos trabalhos da CPI

Consultando o teor dos requerimentos aprovados na 1ª Reunião Extraordinária da CPI-THEATRO é possível constatar que, de fato, foi aprovada a remessa de documento a órgão externo, a saber, uma representação ao Ministério Público na qual incita-se o *Parquet* a investigar eventual prática de atos de improbidade

administrativa, na qual foram apontadas conclusões parciais alcançadas antes do término dos trabalhos da Comissão.

A previsão de envio de informações apuradas em CPIs consta do artigo 58, § 3º da Coinstituição Federal, perceba-se:

> § 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***. (grifos nossos)

A mesma previsão consta expressamente no artigo nº 33 da Lei Orgânica do Município de São Paulo e no artigo nº 91 do Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo.

Quanto à literalidade da regra constitucional e legal, deve-se observar que o dispositivo torna obrigatório o envio das conclusões ao órgão competente do Ministério Público. Nada diz, entretanto, se tais conclusões podem ser enviadas apenas por meio do relatório final, ou se seria possível a comunicação de conclusões parciais com vistas ao prosseguimento das investigações.

Face à ausência de previsão normativa expressa, parece-nos que o melhor entendimento é aquele que atenta para os fins sociais a que a norma se dirige e às exigências do bem comum, conforme estipulado pelo artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

No caso concreto, é inequívoco que as normas que dispõem sobre o funcionamento das CPIs visam autorizar que as investigações transcorram da maneira mais ampla possível, contanto que preservados os direitos fundamentais e o interesse público. Nesse contexto, não enxergamos nenhum óbice para que a CPI e o órgão do Ministério Público atuem de forma colaborativa acerca de assuntos determinados. Parece-nos, isto sim, que tal prática pode revelar-se proveitosa.

Com efeito, é sabido que embora a CPI disponha de poderes típicos das autoridades judiciárias, não pode praticar atos sujeitos ao princípio da reserva de jurisdição, dentre os quais a autorização para interceptação telefônica e ordem de prisão. Há, ademais, medidas de natureza cautelar que também não estão

compreendidas entre as atribuições da CPI e que podem ser de fundamental importância para o sucesso da investigação. Assim, em diversas hipóteses, mostrar-se-ia de extrema utilidade a comunicação do Ministério Público e do Poder Judiciário para a promoção das medidas cabíveis.

Nesse sentido são as valorosas lições de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, cuja brilhante doutrina já foi citada reiterada vezes. Pedimos *venia* para transcrever também este trecho:

> "**Bem antes do término dos trabalhos e da elaboração do relatório, outrossim, podem as Comissões Parlamentares de Inquérito recorrer ao Ministério Público, representando para a adoção de providências que não se inserem entre aquelas que lhe são cometidas.** É o caso de medidas cautelares como a da indisponibilidade de bens, afastamento de algum administrador público de seu cargo ou a prisão preventiva de alguém. Divorciadas do labor estritamente investigativo, que é próprio das CPIs, podem, entretanto, ser levadas ao Poder Judiciário pelo Ministério Público, no bojo de algum procedimento de investigação por ele instaurado ou a ser instaurado. ***Variadas razões de interesse público justificam, por igual, que as comunicações ao Ministério Público sejam feitas antes do término dos trabalhos, seja para permitir a pronta promoção de ações penais ou civis, para evitar a prescrição penal ou a utilização de alguma prova já obtida em procedimento ou processo já instaurado pelo parquet***.
>
> Considerando, afinal, que em nosso sistema jurídico, ao contrário do que ocorre com o francês, não há óbice à instauração de investigações concomitantes sobre um fato, tanto pelas CPIs quanto pela Polícia ou Ministério Público, a recíproca colaboração entre estes atores constitucionais pode ser profícua para ambos. ***Com efeito, provas obtidas pelo Ministério Público podem ser enviadas às comissões parlamentares, outras podem fazer o caminho inverso***."[8] (grifos nossos)

8 Gonçalves, Luiz Carlos dos Santos; Comissões Parlamentares de Inquérito, Poderes de Investigação; Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001, pg. 166.

Diante do exposto, não vislumbramos nenhuma irregularidade na remessa de informações e conclusões parciais dos trabalhos da CPI a órgãos externos, especialmente o Ministério Público.

IV – Dos requerimentos

Por fim, o nobre Vereador Y, na qualidade de membro da CPI-THEATRO, solicitou, ao Presidente da Comissão, a convocação de Reunião Extraordinária em caráter de urgência, para que, com fundamento nas objeções apresentadas, fossem reapreciados os requerimentos aprovados na 1ª reunião Extraordinária realizada no dia 6 de julho de 2016.

Quanto ao particular, destaca-se que o requerimento foi protocolizado perante o gabinete do Exmo. Presidente da Comissão, Vereador X, em 15 de julho de 2016.

O artigo 29 da Lei Orgânica do Município de São Paulo apresenta o seguinte teor:

> **Art. 29** - A Câmara Municipal reunir-se-á anualmente em sua sede, em sessão legislativa ordinária, de 1º de fevereiro a 30 de junho, e de 1º de agosto a 15 de dezembro.

Já o parágrafo único do artigo 2º do Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo dispõe o seguinte:

> **Art. 2º** - Para os efeitos regimentais, a legislatura é dividida em 4 (quatro) sessões legislativas.
> Parágrafo Único - Cada sessão legislativa será contada de 1º de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro.

Observa-se, portanto, que o requerimento apresentado pelo Exmo. Vereador Y foi protocolizado durante o período de recesso parlamentar.

Sobre o funcionamento das Comissões Parlamentares de Inquérito durante o recesso parlamentar, dispõe o § 2º do artigo 93 do Regimento Interno:

> § 2º - A Comissão, devidamente instalada, poderá, a critério de seus membros, desenvolver seus trabalhos no período de recesso parlamentar.

Claro está, portanto, que no caso concreto não se aplica o teor do artigo 50, IV, do Regimento Interno. Isto é, eventual convocação extraordinária não pode ser realizada de ofício pelo Presidente, sendo exigível deliberação do colegiado da Comissão.

Observa-se, porém, que o requerimento é assinado por apenas um vereador, evidenciando-se que não conta com o respaldo da maioria do colegiado, restando desatendida a regra contida no § 2º do artigo 93 do Regimento Interno.

Pelos motivos expostos, este Procurador entende que não há respaldo jurídico para a convocação de reunião extraordinária de ofício pelo Presidente da CPI-THEATRO.

Por outro lado, tendo em vista todo o exposto, nada recomenda a suspensão do encaminhamento, aos órgãos competentes, dos requerimentos aprovados, não se vislumbrando motivo jurídico para ignorar ou descumprir as deliberações tomadas na 1ª Reunião Extraordinária da CPI-THEATRO, realizada em 6 de julho do corrente ano.

Ressalta-se, por fim, tratar-se de parecer meramente opinativo, exarado em face de solicitação do Presidente da CPI-THEATRO, Exmo. Vereador X, competindo a análise de mérito acerca do requerimento ao nobre consulente.

Este é o parecer, que submeto à criteriosa apreciação de V.Sa.

São Paulo, 19 de julho de 2016.

Ricardo Teixeira da Silva
Procurador Legislativo
OAB/SP 248.621

Limitações decorrentes da legislação eleitoral. Cobertura de evento pela TV Câmara. Possibilidade - Parecer nº 264/2016

TID 15378177 e TID 15378206

Assunto: Questionamento acerca da possibilidade de cobertura de evento pela TV Câmara – Sessão Solene para entrega de título de cidadão paulistano

Senhora Procuradora Legislativa Chefe,

Em atenção ao Memorando Circular nº 003/GAB.PRES/2016, de 11 de julho de 2016, indaga o nobre Vereador XXXX sobre a possibilidade de cobertura de evento pela TV Câmara, haja vista as limitações decorrentes da lei eleitoral.

No caso em apreço, o evento que se objetiva divulgar trata-se de Sessão Solene para entrega de título de cidadão paulistano, a realizar-se no Plenário 1º de Maio, no início de setembro de 2016.

A possibilidade de concessão de honrarias em ano eleitoral já foi enfrentada por esta Procuradoria, que se manifestou a respeito do tema no parecer nº 40/2012, o qual trata das eventuais limitações incidentes sobre a atividade legislativa e as cautelas a serem adotadas de forma a evitar possíveis irregularidades ou ilegalidades na tramitação e aprovação dos diversos projetos de lei desta Casa. Confira-se:

> Dúvida pertinente tange à possibilidade ou não de concessão de honrarias pela Câmara Municipal, cuja iniciativa tenha sido de um candidato, bem como se este aspecto obsta o processo legislativo. Adotado este contexto de interpretação a que aludimos neste ponto, é possível inferir que **a simples outorga de prêmios e honrarias institucionais, custeadas pela entidade concedente e entregues em caráter despersonalizado, como ocorre na Câmara Municipal, não está alcançada por este dispositivo**. Além do mais, seguindo a lógica adotada pela lei eleitoral, verifica-se que **a concessão de honrarias pela Câmara Municipal já existe e possui uma**

> **sistemática consolidada no Regimento Interno da Casa há anos, o que descaracterizaria a hipótese de tentativa de captação de votos ou de campanha pré-eleitoral**. Entretanto, como a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Eleitorais são tímidas ao tratar do presente tema, não existindo qualquer orientação específica sobre a matéria, recomendamos que a instituição deixe de criar novos prêmios durante o ano eleitoral, em especial ao período que corresponde do registro da candidatura à eleição, **recomendando-se, ainda, cautela nas cerimônias de entrega de títulos para que essas não se transformem em comícios ou palanque de proselitismo político-eleitoral, o que denotaria o uso da máquina pública em prol de candidato, o que é, evidentemente, vedado**.
> (destacamos).

Além do fato de a concessão da honraria em ano eleitoral estar em sintonia com o ordenamento jurídico, não há óbice à divulgação do evento pela TV Câmara.

A divulgação das sessões pela TV Câmara é prevista pela Lei Federal nº 12.485/2011:

> Art. 32. A prestadora do serviço de acesso condicionado, em sua área de prestação, independentemente de tecnologia de distribuição empregada, deverá tornar disponíveis, sem quaisquer ônus ou custos adicionais para seus assinantes, em todos os pacotes ofertados, canais de programação de distribuição obrigatória para as seguintes destinações:
> ...
> X - um canal legislativo municipal/estadual, reservado para o uso compartilhado entre as Câmaras de Vereadores localizadas nos Municípios da área de prestação do serviço e a Assembleia Legislativa do respectivo Estado ou para uso da Câmara Legislativa do Distrito Federal, destinado para **a divulgação dos trabalhos parlamentares, especialmente a transmissão ao vivo das sessões**;
> (destacamos).

A Lei eleitoral (Lei nº 9504/97) também permite a divulgação dos trabalhos parlamentares, desde que não haja propaganda eleitoral antecipada:

> Art. 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet: (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015):
> ...
> IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013).

Com efeito, a divulgação das atividades legislativas e a consequente prestação de contas do mandato é permitida em ano eleitoral, **desde que afastada qualquer conotação de propaganda eleitoral**.

Vale mencionar, ademais, que a mera divulgação da atividade dos vereadores não caracteriza propaganda eleitoral, a não ser que haja provas efetivas de que o vereador utilizou a tribuna para pleitear votos e enaltecer sua futura candidatura. Neste sentido, confira-se o seguinte julgado:

> "Ora, não há como se concluir, com as simples alegações do Órgão Ministerial, que nas sessões transmitidas pela "TV Câmara" e nas ditas propagandas ou menções pessoais houve atos de propaganda eleitoral, tampouco tratamento privilegiado a candidatos. Para tanto, há necessidade de se perquirir na conduta fática, de forma objetiva, se houve menção ao pleito vindouro, a futura candidatura, pedido de voto, o que é impossível no presente caso face à ausência de elementos probatórios.
> Ressalte-se que proibir a divulgação das atividades dos parlamentares pela "TV Câmara", cuja finalidade é prestar informações à população, na verdade, configuraria cerceamento do direito dos cidadãos de Ribeirão Preto à prestação de contas da atividade parlamentar.
> Saliente-se, por derradeiro, que a mera divulgação de

> atividades dos vereadores não caracteriza propaganda eleitoral e não possui o condão de ferir a igualdade dos candidatos, devendo os casos de desvirtuamento e abusos cometidos serem provados, o que não ocorreu no caso em exame". (TRE-SP, recurso eleitoral nº 27099, julgado em 29 de julho de 2008, Relator Desembargador Walter de Almeida Guilherme).

No que se refere à proibição da publicidade institucional nos três meses que antecedem o pleito, conforme estabelece o art. 73, VI, "b", da Lei nº 9.504/97, entendo que o caso ora trazido à baila não se coaduna com a hipótese legal, não havendo razão para vedar a transmissão do evento. Neste sentido, destaco os esclarecimentos do Ministro do TSE Carlos Ayres Britto:

> "Quando me debruço sobre o art. 73, inciso VI, alínea "b", percebo que a linguagem da lei é reprodução da Constituição Federal, exatamente igual ao § 1º do art. 37, em passagem que diz respeito exclusivamente à Administração Pública.
> Por isso, faço distinção entre o administrador público e o parlamentar. O parlamentar é, por definição, aquele que parla, que faz uso da fala, é quem se comunica, em suma, com a população e presta contas a ela de seus atos, de maneira permanente. Se ele, ainda que nesse período de três meses antecedentes à eleição, divulga sua atividade em si, parece que está situado no campo da pura prestação de contas, representante que é, por excelência, do povo. Agora, se transforma sua prestação de contas em plataforma eleitoral, ele se excede, incorre em descomedimento e atrai a incidência dessa proibição" (*in* www.conjur.com.br/2007-fev-24/divulgar_atuacao_parlamentar_nao_propaganda).

Destarte, concluo pela possibilidade de cobertura do evento pretendido pela TV Câmara, alertando-se aos envolvidos a proibição legal de utilização da sessão solene para realização de propaganda eleitoral.

Essa a minha manifestação que elevo à superior consideração de Vossa Senhoria.

São Paulo, 29 de julho de 2016

Lilian Vargas Pereira Poças
Procuradora Legislativa
OAB/SP 184.138

Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) – Pedido de acesso a documentos e questões de sigilo - Parecer nº 431/2017

Sra. Procuradora Legislativa Chefe,

Trata-se de consulta encaminhada pelo Sr. Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito em curso nesta Casa (Ofício nº 181/2017 – 37º GV – ATJ no proc. RDP nº 08-00002/2017) acerca de pedido de vista dos autos e extração de cópias de documentos dessa CPI, subscrito por advogado da Omint Serviços de Saúde Ltda. (Requerente"), com fulcro no artigo 7º, incisos XIII, XIV e XV, da Lei nº 8.906/94 e na Súmula Vinculante nº 14 do STF.

Preliminarmente, observamos que a procuração apresentada pelos advogados da Requerente veio desacompanhada do contrato social e da ata de eleição da diretoria daquela empresa. Muito embora o Estatuto do Advogado (Lei Federal nº 8.906/94) faculte ao advogado o exame de autos, "mesmo sem procuração", o próprio Estatuto ressalva os processos sujeitos a sigilo (art. 7º, XIII). No caso concreto, parte dos elementos de prova colhidos pela CPI ainda permanece sob sigilo, não tendo sido sequer "documentados" nos autos. Sem os documentos societários básicos da Requerente, não é possível averiguar a regularidade da sua representação e, consequentemente, franquear o acesso requerido aos autos da CPI.

Quanto ao mérito, informamos que nada obsta a concessão de vista e a permissão para extração de cópias a advogados, devidamente constituídos, por pessoa jurídica notificada pela CPI a apresentar documentos de interesse para as investigações em curso. Com efeito, nos termos da Súmula Vinculante nº 14 do STF, "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

Por outro lado, a Lei Federal nº 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – reserva ao advogado o direito de examinar em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, nos seguintes termos:

> *Art. 7º São direitos do advogado:*
> *(...)*
> *XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos;* (grifo nosso)

Por outro lado, o artigo 10 da Lei Federal nº 12.527/2011, que regula o acesso a informações previsto nos artigos 5º, inciso XXXIII, 37, § 3º, inciso II, e 216, § 2º, da Constituição Federal, estabelece os requisitos para o acesso à informação, *in verbis*:

> *Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.*
> § 1º Para o acesso a informações de interesse público, a identificação do requerente não pode conter exigências que inviabilizem a solicitação.
> § 2º Os órgãos e entidades do poder público devem viabilizar alternativa de encaminhamento de pedidos de acesso por meio de seus sítios oficiais na internet.
> § 3º São vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público.

Diante da edição da Lei Federal nº 12.527/2011, a Prefeitura de São Paulo editou o Decreto nº 53.623/2012, e a Câmara Municipal o Ato nº 1.231/2013, a fim de regulamentar referida Lei no âmbito do Executivo e Legislativo Municipais.

Nesse sentido, importante destacar os artigos 3º, 9º, § 4º, 17 e 18 do Ato nº 1.231/2013, da Câmara Municipal de São Paulo, *in verbis*:

> *Art. 3º O acesso à informação de que trata este Ato não se aplica às hipóteses previstas na legislação como sigilo fiscal, bancário, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça.*
> *(...)*

> *Art. 9º O acesso a informações pessoais deverá respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, bem como as liberdades e garantias individuais.*
> *(...)*
> § 4º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, será assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.
> *(...)*
> *Art. 17. O serviço de busca e fornecimento da informação será gratuito, salvo na hipótese de reprodução de documentos, situação em que poderá ser cobrado exclusivamente o valor necessário ao ressarcimento do custo dos serviços e dos materiais utilizados.*
> *Parágrafo único. Estará isento de ressarcir os custos previstos no caput todo aquele cuja situação econômica não lhe permita fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família, declarada nos termos da Lei nº 7.115, de 29 de agosto de 1983.*
> *Art. 18. A informação armazenada em formato digital será fornecida nesse formato, caso haja anuência do requerente.*

Diante do exposto, verifica-se a plena possibilidade de os advogados da Requerente terem acesso ao Processo RDP nº 08-00002/2017, referente à CPI da Dívida Ativa, com exceção da consulta a documentos considerados sigilosos pela CPI, em especial, documentos contendo dados fiscais ou pessoais de outros contribuintes, aos quais terceiros não poderão ter acesso, sob pena de violação do direito à privacidade e ao sigilo de dados, protegido pelo artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal.

No que tange às notas taquigráficas das reuniões e depoimentos prestados perante a CPI, nada obsta que sejam obtidas por cópia pelos advogados da Requerente, por se tratar de "elementos de prova já documentados", para os fins da Súmula Vinculante nº 14. O acesso a outros documentos, contudo, dependerá da verificação prévia da sua natureza, sigilosa ou não, pelas razões já expostas.

Lembramos que a extração de cópias é permitida, mediante pagamento do respectivo custo e segundo o procedimento interno da Casa, com exceção de cópias de documentos considerados sigilosos.

Observe-se, ainda, que não há possibilidade de retirada do processo físico para vistas fora da Câmara Municipal de São Paulo, o que poderia prejudicar o bom

andamento dos trabalhos da CPI.

Conclui-se, pois, pela possibilidade de se conceder acesso a elementos de prova já documentados nos autos, com exceção daqueles protegidos pelo sigilo, lembrando-se que, a critério da CPI, no interesse da investigação, certas provas poderão permanecer em sigilo, total ou parcialmente, até determinado momento. Igualmente, é possível à CPI privilegiar provisoriamente o sigilo das provas, em certas circunstâncias, até final apuração dos fatos, em prol de certas garantias constitucionais das pessoas investigadas (cf. Constituição Federal, art. 5º, LX; Código de Processo Penal, art. 20; Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 – Lei de Acesso à Informação, art. 23, VIII).

Além disso, as diligências em andamento, cujo conhecimento por parte do investigado ou de terceiro possa comprometer a eficácia das investigações, podem ser submetidas ao sigilo interno, devendo ser de conhecimento exclusivamente das autoridades envolvidas (membros da CPI, Juiz, Promotor ou Delegado de Polícia, a depender do caso).

Será caso de preservação de sigilo também quando a CPI tiver em seu poder informações decorrentes de quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico das pessoas investigadas, este último apenas quanto aos dados e registros telefônicos, já que a interceptação de conteúdo de conversas e comunicações telefônicas está sujeita à cláusula de reserva de jurisdição. Conforme ensina ANTONIO SCARANCE FERNANDES, nesses casos o acesso aos dados sigilosos deve ser restrito aos membros da CPI:

> *"(...) as comissões têm meios compulsórios para o desempenho de suas atribuições, podendo, desde que com suficiente motivação e demonstração da existência de causa provável, decretar a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, este apenas quanto aos dados e registros telefônicos, não importando em interceptação de comunicações telefônicas. Os dados obtidos devem ficar resguardados pelo sigilo,* ***só podendo a Comissão ou qualquer um de seus membros*** *divulgá-los ou revelá-los em situações excepcionais, como no relatório final dos trabalhos ou em comunicação destinada ao Ministério Público." (Processo Penal Constitucional, 7ª ed., São Paulo, RT, 2012, p. 249 – negritos acrescentados)*

Nesse sentido, os seguintes precedentes de jurisprudência:

"(...) ***somente têm direito de acesso aos dados sigilosos recolhidos pela Comissão Parlamentar de Inquérito****, neste caso,* ***a autoridade, os senhores parlamentares membros da Comissão, o ora impetrante e seu defensor, tocando àqueles o inarredável dever jurídico-constitucional de a todo custo preservar-lhes o sigilo relativamente a outras pessoas****. É o que não escapa à doutrina: Na prática, o sigilo não é transferido, já que os dados permanecem também com a instituição financeira repassadora, que continua com a obrigação de manter segredo. Destarte, prefere-se as expressões* ***co-guarda ou co-proteção do sigilo*** *(substantivo com o prefixo), significando o* ***dever de manutenção do segredo por parte de todo aquele que tenha acesso a dados protegidos, inclusive de parlamentares integrantes de CPI****, que devem respeitar e preservar o sigilo dos dados que lhes foram transferidos.* ***A revelação de documentos e do conteúdo de debates ou deliberações sobre os quais a lei imponha sigilo ou a Comissão haja resolvido ser secretos, por parlamentares, acarreta-lhes a aplicação de pena de responsabilidade, por falta de decoro parlamentar****, nos termos do regimento interno da respectiva Casa Legislativa. Na Câmara dos Deputados, a hipótese é de perda temporária do exercício do mandato, nos termos do artigo 246, inciso III do RICD' (José Vanderley Bezerra Alves, Comissões Parlamentares de Inquérito, PA, Sergio A. Fabris Ed., 2004, p. 392, n. 3.1)." (MS 24.882-MC, rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, julgamento em 26-4-2004, DJ de 30-4-2004 – negritos acrescentados)*

"O pedido de devolução de documentos sigilosos (fiscais, bancários e telefônicos) não é de ser deferido. Como já afirmei no MS 24.882 (DJ de 30.4.2004), a CPI, como depositária fiel de tais dados, não os pode desvelar nem revelar a outrem, de modo direto nem indireto, em sessão pública, violando-lhes o ***segredo, que remanesce para todas as demais pessoas estranhas aos fatos objeto da investigação****. Encerrados, porém, os trabalhos, se o impetrante teme o uso abusivo das informações, só lhe resta providenciar, junto a quem hoje as possa deter, e, consequentemente, esteja obrigado a guardá-*

las (muito provavelmente a seção de arquivos da Casa Legislativa), o que entender de direito. É que, extinta a CPI, se extingue o processo do mandado de segurança, sem que já nada possa ser determinado ao órgão temporário, cujos atos foram impugnados" (MS 23.709-AgR, rel. min. Maurício Corrêa, DJ de 29-9-2000; e MS n. 25081, rel. min. Joaquim Barbosa, DJ de 6-6-2005)." (MS 25.966, rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, julgamento em 25-8-2008, DJE de 2-9-2008 – negritos acrescentados)

Assim sendo, caso haja **documentos sigilosos** na chamada "Pasta J" da CPI ou mesmo fora dela (entregues aos membros da CPI, em papel, CD, DVD ou quaisquer arquivos digitais autônomos), caberá à CPI impedir que pessoas estranhas à CPI possam ter acesso a esses documentos. Pelas mesmas razões, **os defensores da Requerente só poderão ter acesso a documentos públicos ou que digam respeito, tão-somente, a dados sigilosos da própria Requerente**, que, eventualmente, possam interessar ao exercício do seu direito de defesa e que já estejam documentados nos autos.

Por fim, registramos que, em contato telefônico ocorrido nesta data, entre o primeiro signatário e a Dra. Giovanna Garrido Guimarães, advogada constituída pela Requerente, já cuidamos de cientificá-la, ainda que informalmente, da necessidade de apresentação do contrato social e da ata de eleição da diretoria da Requerente, ou documento equivalente que comprove os poderes do signatário da procuração. Uma vez apresentados os documentos faltantes, caberá deliberar sobre o mérito do requerimento.

Este o parecer, meramente opinativo, que submetemos à criteriosa apreciação de V.Sa.

São Paulo, 5 de maio de 2017

Luiz Eduardo de Siqueira S. Thiago
Procurador Legislativo
OAB/SP nº 109.429

Ana Helena Pacheco Savoia
Procuradora Legislativa
OAB/SP nº 118.723

Peças Judiciais

Exmo. Sr. Desembargador Relator, Dr. Neves Amorim, do e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Autos nº 2100835-06.2016.8.26.0000

PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, EXMO. VEREADOR ANTONIO DONATO, por seus procuradores ao final assinados, nos autos da demanda acima indicada, proposta pela **APAS - ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE SUPERMERCADOS**, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, em atenção ao r. ofício nº 1592-O/2016-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 pela APAS – Associação Paulista de Supermercados, tendo por objeto a Lei do Município de São Paulo nº 16.312/2015, que *"dispõe sobre a obrigatoriedade de manutenção de uma brigada profissional, composta por bombeiros civis, nos estabelecimentos que menciona, e dá outras providências"*, a qual entrou em vigor 180 (cento e oitenta) dias contados da data de sua publicação, isto é, em 18/05/2016.

Para tanto, invocou o Autor que a legislação em questão viola os arts. 111, 144 e 275 da Constituição Estadual, uma vez que contraria os princípios da livre iniciativa, da proporcionalidade e da razoabilidade; e, ainda, disciplina matéria relativa a segurança pública, de competência legislativa do Estado.

A liminar pleiteada restou deferida para suspender a eficácia da Lei até julgamento definitivo. O Prefeito do Município de São Paulo opôs Agravo contra referida decisão, o qual ainda não foi julgado.

Ocorre que, conforme será demonstrado a seguir, a pretensão do Autor não merece acolhimento.

2. Preliminarmente:

2.1. Da ausência de parâmetro de constitucionalidade na Carta Política do Estado de São Paulo

Da simples leitura da peça exordial, depreende-se que a Associação autora utiliza-se de disposições insertas na Constituição Estadual, contudo, sem qualquer relação com a matéria "competência legislativa", com o intuito de possibilitar o questionamento formal de constitucionalidade.

Todavia, é insofismável que, o questionamento da norma impugnada não se dá de forma direta em relação às disposições insertas na Constituição Estadual, **mas sim com normas constitucionais federais, previstas nos artigos 1º, IV; 3º, II; e 5º, LIV, que dispõem sobre a livre iniciativa, o desenvolvimento nacional e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.**

Conclui-se, portanto, que tais questões jurídicas discutidas na ação são **de índole constitucional federal, inexistindo norma similar na Constituição do Estado, de modo que é impossível proceder ao confronto pretendido, a teor do artigo 125, §2º, da Constituição Federal.**

Tanto é impossível tal contraste, que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido da **impossibilidade de o Tribunal de Justiça local proceder ao controle abstrato de normas municipais face a princípios insertos na Constituição Federal.**

Com efeito, da análise de cada um dos dispositivos invocados pelo Autor, é possível verificar que as normas constantes dos artigos 111 e 144 da Constituição Estadual, que indica como supostamente violadas, **não se mostram idôneos**, por sua generalidade, como parâmetro de controle concentrado de constitucionalidade a ser exercido pelo Tribunal estadual.

Ora, dispõe o artigo 125, §2º, da Carta da República que ***"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"***.

Por outro lado, **nem mesmo compete ao Supremo Tribunal Federal fazê-lo**, cabendo apenas, eventualmente, processar e julgar, originariamente, nos termos do artigo 102, §1º, da Constituição Federal c.c. Lei Federal n. 9.882/99, **impugnação de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional, incluídos os anteriores à Constituição, em sede de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental**.

Sendo assim, há de se concluir que não há na demanda nenhum parâmetro

inserto na Constituição Estadual capaz de ensejar o controle de competência dos Tribunais Estaduais, sob pena de se consentir na **usurpação de competência exclusiva e constitucionalmente atribuída à Suprema Corte**.

Nesse sentido, o teor dos artigos 111 ou 144[1] da Constituição Bandeirante não é parâmetro adequado ao controle aqui pretendido. *Data venia*, meras referências à observância de princípios estabelecidos na Constituição Federal não se mostram suficientes a embasar grave violação de competência da mais alta Corte do país, única apta a dar a última palavra acerca da Lei Maior.

E assim não poderia deixar de ser. Relembre-se que o inciso XI do artigo 74 da Constituição Estadual **foi declarado inconstitucional pelo E. Supremo Tribunal**. Afinal, ao prever a possibilidade de julgamento pelo Tribunal de Justiça de São Paulo de representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, contestados em face da Constituição Federal, feriu de morte a competência imposta pelo artigo 102, §1º, da Carta Magna:

> ***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.*** *(ADI 347, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2006, DJ 20-10-2006 PP-00048 EMENT VOL-02252-01 PP-00008 RTJ VOL-00200-02 PP-00636 LEXSTF v. 28, n. 336, 2006, p. 12-16 RT v. 96, n. 856, 2007, p. 95-97)*

Cite-se, ainda, entendimento da E. Corte especificamente quanto à

[1] 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.

impossibilidade de utilização do artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo como forma de viabilizar confronto direto com a Constituição Federal nas representações de inconstitucionalidade julgadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

> ***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 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.*** (RE 421256, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 26/09/2006, DJ 24-11-2006 PP-00076 EMENT VOL-02257-07 PP-01268 LEXSTF v. 29, n. 338, 2007, p. 255-267) – sem destaques no original.

No mais, no âmbito desse E. Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 170.827-0/0-00, apontou-se:

> ***(...) De início, cumpre salientar que o controle de constitucionalidade das normas Municipais só pode ser feito, por este E. Tribunal de Justiça, tendo como parâmetro o texto da Constituição do estado de são Paulo (art. 74, inciso VI, CE). Daí não ser possível pronunciamento desta Corte de Justiça quanto à contrariedade da lei objeto da presente ação frente a dispositivos da Constituição Federal e da Lei Orgânica do Município.*** (TJSP – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 170.827-0/0-00 – Rel. Des. DEBATIN CARDOSO – j. 04.03.2009 - destaque nosso)

Igualmente, o artigo 275[2] da Constituição Bandeirante, também invocado pelo Autor, resume dever do Estado do Estado de São Paulo em promover a defesa do consumidor, **não tratando de qualquer regra de competência legislativa**. Ademais, frise-se que a legislação impugnada atende plenamente o **dever de zelar pela proteção do consumidor, inclusive no aspecto de sua segurança**.

A alegada usurpação de competência do Estado para legislar sobre segurança pública tampouco foi fundamentada pelo Autor em qualquer dispositivo inserto na Constituição do Estado de São Paulo.

Comprovado, pois, que os fundamentos apresentados na petição inicial, para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal de São Paulo nº 16.312/2015, **não tratam de competência legislativa e ainda se referem a princípios insertos na Constituição Federal**, conclui-se que **pela falta de interesse processual do Autor**, vez que a demanda proposta não satisfaz a previsão constitucional para manejo da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal face à Constituição Estadual, contida no artigo 125, § 2º, da Constituição Federal, **sendo vedado o confronto direto de lei municipal com a Carta Magna**.

Saliente-se, ainda, que **tenta o Autor fazer outras confrontações diretas com normas infraconstitucionais** estaduais e normas técnicas, notadamente o Decreto Estadual n. 56.819/11, Instrução Técnica n. 17 do Corpo de Bombeiros da Polícia Militar do Estado de São Paulo e Norma Brasileira 14.608/ABNT, o que também não é possível.

---

[2] Artigo 275 - O Estado promoverá a defesa do consumidor mediante adoção de política governamental própria e de medidas de orientação e fiscalização, definidas em lei.
Parágrafo único - A lei definirá também os direitos básicos dos consumidores e os mecanismos de estímulo à auto-organização da defesa do consumidor, de assistência judiciária e policial especializada e de controle de qualidade dos serviços públicos.

Nesse sentido:

> ***(...) Como já ressaltado no r. despacho da Egrégia Presidência (fls. 153), que indeferiu pedido de liminar, não se admite o manejo de Ação direta de inconstitucionalidade quando, para deslinde do tema, for indispensável o exame do conteúdo de outras normas infraconstitucionais. (...)*** (TJSP, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 106.866-0/4, Des. Rel. RUY CAMILO, j. 05.04.2004)
>
> ***(...) Por outro lado, ainda como matéria preliminar, não se admite, também, questionar a constitucionalidade, ou não, de Lei Municipal frente a outra do Município, ou mesmo em face da Lei Orgânica local.***
>
> ***Inadmissível a ação direta de inconstitucionalidade de lei para confronto com normas infraconstitucionais.(...)*** (TJSP – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 040.251.0/8 - Rel. Des. NIGRO CONCEIÇÃO – j. 23.08.2000)

Igualmente, o E. Supremo Tribunal Federal decidiu:

> ***Não se legitima a instauração do controle normativo abstrato quando o juízo de constitucionalidade depende, para efeito de sua prolação, do prévio cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais editadas pelo Poder Público.*** (ADI 1372-RJ, j. 10.11.1995)

Assim, uma vez demonstrada cabalmente a pretensão do Autor de confronto da Lei Municipal com dispositivos da Constituição Federal e de normas infraconstitucionais, inadmissível o prosseguimento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta (artigo 125, §2º, da Constituição Federal), em razão da evidente **ausência de interesse processual** (artigo 337, XI, do Novo Código de Processo Civil), **devendo a ação ser extinta sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do Novo Código de Processo Civil).**

2.2. Da ilegitimidade processual ativa por ausência de pertinência temática, por falta de homogeneidade na representatividade da Associação e por representação parcial das categorias afetadas pela legislação atacada

É dever salientar que o Autor não dispõe de legitimidade ativa para a propositura da presente ação de controle direto de constitucionalidade sob três aspectos.

Com efeito, o artigo 90, V, da Constituição Estadual, em sintonia com o que dispõe o artigo 103, IX, da Constituição Federal, dispõe que são legitimadas a propor ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal ***"as entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal, demonstrando seu interesse jurídico no caso"***.

Primeiramente, insta salientar que o Autor representa supermercados do Estado de São Paulo. Em seu Estatuto, no artigo 3º, parágrafo único, "a", conceitua como associados efetivos os estabelecimentos de ***"distribuição de gêneros alimentícios"***.

Ocorre que a legislação impugnada dirige-se, dentre outros, **aos hipermercados**. Em seu artigo 2º, §1º, III, conceitua hipermercado como ***"supermercado grande que, além dos produtos tradicionais, venda outros como eletrodomésticos e roupas"***.

Como se vê, o conceito da lei atacada não se coaduna com o conceito dos estabelecimentos representados pela Associação autora, nos termos do seu próprio estatuto.

Sendo assim, **falta-lhe a necessária pertinência temática** para o regular exercício da legitimidade outorgada pelo artigo 90, V, da Constituição do Estado de São Paulo.

Por outro lado, no Estatuto Social da Associação demandante (art. 3º, parágrafo único) observa-se que são permitidos em seu quadro: como associados colaboradores, **empresas comerciais, industriais e de prestação de serviços que mantenham transações com supermercados**; como associados honorários, **pessoas (físicas)** que tenham se destacado **por serviços prestados ao setor de supermercados**.

No artigo 2º, alínea "j", ainda, refere como um de seus objetivos "*defender, amparar, orientar e coligar os interesses comuns de seus associados*".

Assim, não dispõe a Associação autora de homogeneidade em sua composição e, assim, em sua representativa, circunstância também imprescindível à legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade.

Ora, parece claro que se a Associação autora permite como associados

pessoas físicas ou jurídicas, inclusive de outros segmentos, até mesmo de prestação de serviços, **pode haver interesses conflitantes**, o que **inviabiliza a legitimidade homogênea exigida pela legislação para a representação de inconstitucionalidade pela via direta**.

Nesse sentido já restou pacificado o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal (Pleno, ADI 108/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/04/1992):

> ***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" - ENTIDADE DE CLASSE - NÃO CONFIGURAÇÃO - CARÊNCIA DA AÇÃO. - O controle jurisdicional "in abstracto" da constitucionalidade das leis e atos normativos federais ou estaduais, perante o Supremo Tribunal Federal, suscita, dentre as múltiplas questões existentes, a análise do tema concernente a quem pode ativar, mediante ação direta, a jurisdição constitucional concentrada desta Corte. - Entre a legitimidade exclusiva e a legitimidade universal, optou o constituinte pela tese da legitimidade restrita e concorrente, partilhando, entre diversos órgãos, agentes ou instituições, a qualidade para agir em sede jurisdicional concentrada (v. CF/88, ART. 103). Dentre as pessoas ativamente legitimadas "ad causam" para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade estão as entidades de classe de âmbito nacional (CF. art. 103, IX). - O Supremo Tribunal Federal tem salientado, em sucessivos pronunciamentos a propósito do tema, que não se qualificam como entidades de classe aquelas que, congregando pessoas jurídicas, apresentam-se como verdadeiras associações de associações. Em tais hipóteses, tem-se-lhes negado a qualidade reclamada pelo texto constitucional, pois pessoas jurídicas, ainda que coletivamente representativas de categorias profissionais ou econômicas, não formam classe alguma. Precedentes. A jurisprudência desta Corte tem salientado, ainda, que pessoas jurídicas de direito privado, que reúnam, como membros integrantes, associações de natureza civil e organismos de caráter sindical, desqualificam-se - precisa-***

mente em função do hibridismo dessa composição - como instituições de classe, cuja noção conceitual reclama a participação, nelas, dos próprios indivíduos integrantes de determinada categoria, e não apenas das entidades privadas constituídas para representá-los. Precedentes. - Entidades internacionais, que possuam uma Seção Brasileira domiciliada em território nacional, incumbida de representá-las no Brasil, não se qualificam, para os efeitos do art. 103 da Constituição, como instituições de classe. A composição heterogênea de associação que reúna, em função de explícita previsão estatutária, pessoas vinculadas a categorias radicalmente distintas, atua como elemento descaracterizador da sua representatividade. Não se configuram, em consequência, como entidades de classe aquelas instituições que são integradas por membros vinculados a estratos sociais, profissionais ou econômicos diversificados, cujos objetivos, individualmente considerados, revelam-se contrastantes. Falta a essas entidades, na realidade, a presença de um elemento unificador que, fundado na essencial homogeneidade, comunhão e identidade de valores, constitui o fator necessário de conexão, apto a identificar os associados que as compõem como membros efetivamente pertencentes a uma determinada classe. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem consignado, no que concerne ao requisito da espacialidade, que o caráter nacional da entidade de classe não decorre de mera declaração formal, consubstanciada em seus estatutos ou atos constitutivos. Essa particular característica de índole espacial pressupõe, além da atuação transregional da instituição, a existência de associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação. Trata-se de critério objetivo, fundado na aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, que supõe, ordinariamente atividades econômicas ou profissionais amplamente disseminadas no território nacional. Precedente: ADIN-386.

Partilhando do mesmo entendimento, este E. Tribunal assim já decidiu:

> ***Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei complementar estadual que dispõe sobre o regime de trabalho e remuneração dos cargos de agente fiscal de rendas – Ajuizamento pelo Sindicato dos Servidores da Secretaria da Fazenda de São Paulo – Ilegitimidade ativa ad causam – Entidade que congrega categorias diversas, cujos objetivos, quando individualmente considerados, se mostram contrastantes – Composição heterogênea que atua como elemento descaracterizador da sua representatividade, como já pontificado pelo Eminente Min. Celso de Mello no julgamento da ADI 108/DF – Não demonstração, ademais, de pertinência temática – Ação não conhecida.*** (TJSP, Órgão Especial, ADI 173.220-0/2-00 – São Paulo, Rel. Des. A. C. Mathias Coltro, j. 23/09/2009).

No mesmo sentido: ADI 0484231-46.2010.8.26.0000, j. 30/03/2011, e ADI 2026174-27.2014.8.26.0000, j. 25/06/2014.

Outrossim, destaque-se que, ainda que, hipoteticamente, a autora de fato representasse diretamente o segmento de hipermercados do Estado de São Paulo, a Lei impugnada atinge diversos outros estabelecimentos da cidade de São Paulo.

O artigo 2º da Lei Municipal n. 16.312/2015 dispõe:

> ***"Os estabelecimentos a que se refere o art. 1º são:***
> ***I – shopping center;***
> ***II – casa de shows e espetáculos;***
> ***III – hipermercado;***
> ***IV – grandes lojas de departamento;***
> ***V – campus universitário;***
> ***VI – qualquer estabelecimento de reunião pública educacional ou eventos em área pública ou privada que receba grande concentração de pessoas, em número acima de 1.000 (mil) ou com circulação média de 1.500 (mil e quinhentas) pessoas por dia;***
> ***VII – demais edificações ou plantas cuja ocupação ou uso exija a presença de bombeiro civil, conforme Legislação Estadual de Proteção contra Incêndios do Corpo de Bombeiros da Polícia Militar do Estado de São Paulo.***

Assim, se não bastasse o fato de constituir uma associação heterogênea, que não representa somente o segmento dos supermercados e tampouco o de hipermercados, ainda não representa, de qualquer forma, todos os demais estabelecimentos do município afetados pela Lei em comento, o que **também retira sua legitimidade para ofertar a representação de constitucionalidade contra a Lei**.

Nesse diapasão a E. Suprema Corte tem entendimento pacificado:

> ***"A Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) não tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade contra norma de interesse de toda a magistratura. É legítima, todavia, para a propositura de ação direta contra norma de interesse da magistratura de determinado Estado-membro da Federação."*** (ADI 4.462-MC, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 29-6-2011, Plenário, DJE de 16-11-2011.)

Este E. Tribunal assim decidiu quanto à necessidade de representação homogênea e total dos interesses atingidos pela lei impugnada em representação de constitucionalidade:

> ***I – Ação direta ajuizada pela Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico objetivando a inconstitucionalidade da Lei estadual nº 13.747/09. Impossibilidade. Ilegitimidade ativa 'ad causam' e impossibilidade jurídica do pedido.***
> ***II – Legitimidade e composição heterogênea. A requerente é uma associação que pode ser composta por associados de naturezas diversas: pessoas físicas, associações, instituições, firmas individuais, companhias, sociedades simples ou empresárias ou qualquer outro tipo de entidade, nacionais e estrangeiras, interessadas em incrementar o comércio eletrônico. Os sócios da demandante têm finalidades profissionais e econômicas bem distintas, fazendo parte de seu quadro associativo entidades sem fins lucrativos (Associação dos Registradores de Pessoas Naturais de São Paulo e Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo), pessoas jurídicas de direito público (Caixa Econômica Federal e Empresa Brasileira***

de Correios e Telégrafos, ambas empresas públicas) e sociedades empresárias.
III – Legitimidade e parcela setorizada. Por representar somente fornecedores de bens e serviços contratados exclusivamente por meio eletrônico, não congrega os empresários do comércio por inteiro, não sendo representativa dessa atividade, em geral. Representa seguimento do ramo de fornecimento de bens e prestação de serviços exclusivamente contratado por meio eletrônico.
IV – Extinção do processo sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 267, incisos I e VI, do Código de Processo Civil, ficando prejudicado, pela perda do objeto, o julgamento dos embargos de declaração.
(TJSP, Órgão Especial, ADI 0458367-06.2010.8.26.0000 – São Paulo, Rel. Des. Guerrieri Rezende, j. 16/02/2011) – sem destaques no original

Desse modo, de rigor **a extinção, de plano, da presente demanda, por ilegitimidade ativa *"ad causam"***, nos termos do artigo 485, VI, do Novo Código de Processo Civil.

2.3. Da irregularidade na representação processual do Autor

Data venia, há irregularidade na representação processual do Autor na presente demanda.

Com efeito, o Estatuto da Associação autora estabelece em seu artigo 41, "a", que a sua representação, em juízo ou fora dele, será feita pelo Presidente da Diretoria Executiva. O Estatuto prevê, ainda, que referida atribuição pode ser delegada *"a qualquer diretor"*.

Note-se que o Presidente Sr. Pedro Celso Gonçalves outorgou a terceiro várias de suas atribuições, inclusive a de representar a Associação em juízo ou fora dele. Nomeou, assim, seu procurador o Sr. Carlos Roberto Corrêa Ferreira, o qual, por sua vez, constituiu os Doutos Patronos que subscreveram a petição inicial como advogados da Associação.

Ocorre que, observando-se os documentos acostados às fls. 32/33, 34/36 e 37, nos quais constam listas dos membros da Diretoria Executiva da Associação, não

se encontra ali o nome de Carlos Roberto Corrêa Ferreira, o que leva a crer que não se trata de diretor da Associação.

Sendo assim, nos termos do Estatuto do próprio Autor, o outorgante da procuração *ad judicia* que instrui a presente, em verdade, não dispõe de poderes válidos para tê-lo feito, o que faz exsurgir a irregularidade da representação processual ora alegada.

O artigo 75, VIII, do Novo Código de Processo Civil estabelece que a pessoa jurídica será representada, ativa e passivamente, em juízo, **por quem os respectivos atos constitutivos designarem** ou, não havendo essa designação, por seus diretores.

Não havendo tal comprovação nos autos, ausente está necessário pressuposto processual, sendo de **rigor a extinção do feito nos termos do artigo 485, IV, do Novo Código de Processo Civil**.

3. Da constitucionalidade da legislação impugnada

O Autor alega, resumidamente, que a Lei Municipal n. 16.312/2015 afronta a garantia constitucional da livre iniciativa, instituindo obrigação manifestamente desproporcional e desprovida de necessidade concreta que justifique o ônus por ela imposto; que há rigoroso regulamento de segurança contra incêndio em edificações e áreas de risco (Decreto Estadual n. 56.819/11 e Instrução Técnica n. 17 do Corpo de Bombeiros da Polícia Militar do Estado de São Paulo; que o Município já exige o Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros de São Paulo para emissão de Alvará de Funcionamento; e que, assim, a Lei atacada viola o disposto nos artigos 111, 144 e 275 da Constituição Paulista.

Ocorre que razão não lhe assiste, conforme se demonstrará a seguir.

3.1. Da competência municipal legislativa – segurança do consumidor

O Autor alega que o Município não possui competência para legislar sobre **segurança pública**, razão pela qual a edição da Lei Municipal n. 16.312/15 teria usurpado competência legislativa do Estado.

Ocorre que a legislação impugnada não trata de matéria atinente à segurança pública, visto que não cria ou altera qualquer atribuição do Corpo de Bombeiros da Polícia Militar do Estado de São Paulo e tampouco a transfere ao particular.

Em verdade, trata da **proteção do consumidor**, notadamente sobre sua **segurança** em ambientes com grandes aglomerados de pessoas, como no caso dos

hipermercados da capital paulista (cidade mais populosa do Brasil e do continente americano), nos quais há maiores riscos de incêndios, acidentes e males súbitos.

Ademais, é fato notório o caótico trânsito da Cidade de São Paulo, circunstância que dificulta a rapidez de acesso do Corpo de Bombeiros em caso se algum evento danoso, como incêndio ou acidente que necessite de resgate.

Tem-se, assim, verdadeira situação de interesse local, cuja competência legislativa municipal encontra-se amparada pelo **artigo 30, inciso I, da Constituição Federal**.

Nesse sentido pode-se destacar, como muito bem lembrou o Exmo. Desembargador desse E. Tribunal de Justiça Paulo Dimas Mascaretti em seu voto divergente no julgamento da ADIn n. 0062282-60.2012.8.26.0000 (doc. 02) – Campinas, o entendimento pacificado no E. Supremo Tribunal Federal quanto à existência de interesse local na produção de normas municipais que visem **segurança e conforto dos usuários** de bancos, enquanto **consumidores**:

> ***"É da competência do município legislar sobre medidas que propiciem segurança, conforto e rapidez aos usuários de serviços bancários, uma vez que tratam de assuntos de interesse local"*** (RE n. 595.408-MG, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 10.08.2011, DJE 17.08.2011).
>
> ***RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CONSUMIDOR. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. ATENDIMENTO AO PÚBLICO. FILA. TEMPO DE ESPERA. LEI MUNICIPAL. NORMA DE INTERESSE LOCAL. LEGITIMIDADE.***
>
> ***Lei Municipal n. 4.188/01. Banco. Atendimento ao público e tempo máximo de espera na fila. Matéria que não se confunde com a atinente às atividades-fim das instituições bancárias. Matéria de interesse local e de proteção ao consumidor.***
>
> ***Competência legislativa do Município.***
>
> ***Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 432.789/SC, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma).***
>
> ***1. Agravo regimental em recurso extraordinário.***
>
> ***2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada, proferida em consonância com entendimento desta Corte.***
>
> ***3. Agências bancárias. Instalação de bebedouros e***

> ***sanitários. Competência legislativa municipal. Interesse local. Precedentes.***
> ***4. Agravo regimental a que se nega provimento.*** (RE 418.492-AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma).

E, como se não bastasse ser a matéria de interesse local, há de se ressaltar que, em se tratando de **normas produzidas no interesse da defesa da vida, da saúde, da integridade física e da segurança dos consumidores/frequentadores** de locais de grande concentração de pessoas na capital paulista, como os hipermercados, socorre ao Município a competência legislativa para **"suplementar a legislação federal e estadual no que couber"**, nos termos do artigo 30, inciso II, da Constituição Federal.

Nesse sentido, tem-se, como o próprio Autor assevera, a existência da Lei Complementar Estadual n. 1.257/15 (Código Estadual de Proteção contra Incêndios e Emergências), Decreto Estadual n. 56.819/11 (juntado às fls. 91/133), Instrução Técnica do Corpo de Bombeiros da Polícia Militar do Estado de São Paulo n. 17 (juntada às fls. 53/90) e Norma Brasileira da ABNT n. 14.608.

Conforme se demonstrará no tópico a seguir, a Lei Municipal n. 16.312/15 coaduna-se perfeitamente às legislações já existentes, cuidando em alguns pontos apenas de **ampliar a proteção** dos consumidores nos estabelecimentos de grande concentração e circulação de pessoas.

Cite-se, nesse sentido, importante precedente deste E. Tribunal, no qual se declarou constitucional lei deste Município que exigia a implantação de ambulatório médico e serviço de pronto-socorro nos *shopping centers* aqui instalados:

> ***Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n° 10.947/1991, da Lei n° 11.649/1994 e do Decreto n° 29.728/1991, que obrigam os shopping centers a implantarem em suas dependências ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro. Poder de polícia exercido pela Administração Municipal em área de grande contingente humano visando preservar a integridade física e a saúde dos frequentadores e usuários dos shoppings. Centros comerciais que também expõe a risco os frequentadores. Inexistência de vício de iniciativa e de ofensa ao princípio separação dos poderes. Inteligência do art. 1º, III, da Constituição da República e do art. 220 da Constituição do Estado. Ação improcedente, inconstitucionalidade***

afastada. (TJSP, ADI 0093658-30.2013.8.26.0000, Rel. Des. Cauduro Padin, j. 15.01.2014)

Destarte, não deve prevalecer a alegação de inexistência de competência legislativa municipal.

3.2. Da perfeita adequação da Lei atacada à legislação estadual já existente – suplementação para maior proteção do consumidor

Também razão não assiste ao Autor quando alega que a Lei Municipal impugnada contraria a legislação já existente sobre proteção contra incêndios e emergências, especialmente a Lei Complementar Estadual n. 1.257/15 (Código Estadual de Proteção contra Incêndios e Emergências), Decreto Estadual n. 56.819/11, Instrução Técnica do Corpo de Bombeiros da Polícia Militar do Estado de São Paulo n. 17 e Norma Brasileira da ABNT n. 14.608.

Com efeito, a Lei Complementar Estadual n. 1.257/15 prevê, em seu art. 8º [3], o que chamou de "***serviços congêneres***", serviços que compõe o **Sistema de Segurança Contra Incêndios e Emergências no Estado de São Paulo**, as serem prestados ao lado e sem prejuízo das atribuições desempenhadas pelo Corpo de Bombeiros da Polícia Militar do Estado de São Paulo - CBPMESP, dentre os quais foram apontados os prestados por **brigadistas de incêndio**.

O artigo 9º do mesmo diploma estabelece, ainda, que ***"Redes Integradas de Emergência ou Planos de Auxílio Mútuo podem ser criados, em apoio às atividades operacionais do CBPMESP, com o objetivo de atender emergências, de acordo com peculiaridades locais"*** e o artigo 3º que ***"As exigências de segurança contra incêndios das edificações e áreas de risco são estabelecidas no Regulamento de Segurança Contra Incêndio das edificações e áreas de risco no Estado de São Paulo e respectivas Instruções Técnicas, aplicando-se subsidiariamente a legislação municipal correlata"***, o que denota que atividades complementares às atribuições do CBPMESP podem e devem ser desempenhadas, em prol da ampliação do Sistema de Segurança contra Incêndios e Emergências no Estado de São Paulo.

Por outro lado, a Instrução Técnica 17 do CBPMESP, juntada às fls. 53/90

[3] Artigo 8º - O Sistema poderá utilizar os serviços congêneres prestados por bombeiros civis, brigadistas de incêndio, guardavidas e similares, cujas características de suas atividades ou de seus estatutos sociais ou regulamentos tenham por objeto a prestação de serviços e atividades de bombeiros, nos termos da legislação vigente.

pelo Autor, dispõe sobre a **Brigada de Incêndio** e tem como objetivo ***"estabelecer as condições mínimas para a composição, formação, implantação, treinamento e reciclagem da brigada de incêndio e os requisitos mínimos para o dimensionamento da quantidade de bombeiro civil, para atuação em edificações e áreas de risco no Estado de São Paulo, na prevenção e no combate ao princípio de incêndio, abandono de área e primeiros socorros, visando em caso de sinistro, proteger a vida e o patrimônio, reduzir os danos ao meio ambiente, até a chegada do socorro especializado, momento em que poderá atuar no apoio"***.

A mesma Instrução Técnica estabelece que suas regras têm aplicação **a todas as edificações ou áreas de risco, conforme o Decreto Estadual n. 56.819/11** - Regulamento de Segurança contra Incêndio das edificações e áreas de risco do Estado de São Paulo.

Por seu turno, o Decreto Estadual n. 56.819/11 traz em seu Anexo "A" **a composição mínima** da Brigada de Incêndio em cada tipo de estabelecimento, sendo certo que os supermercados estão inseridos na categoria C-2, nos termos da Tabela 1, sendo exigida brigada civil para os que contenham área superior a 750m² ou altura superior a 12m, não havendo qualquer nota que permita substituições ou isenção de sua presença, ao contrário do que consta da petição inicial. Ao contrário, o item 5.11.4 citado pelo Autor exige, tal e qual a Legislação Municipal atacada na presente demanda, a presença de, no mínimo, **bombeiros civis** no estabelecimento.

Como se pode ver, Excelências, a Lei Municipal n. 16.312/15 não contraria a legislação estadual existente sobre a segurança privada contra incêndios e emergências (brigadas e bombeiros civis) e, ainda, **a complementa, na medida em que amplia a segurança dos consumidores e usuários dos estabelecimentos de grande aglomeração de pessoas nela arrolados**, conforme as razoáveis justificativas que embasaram sua edição e que serão melhor explanadas no item a seguir.

Assim, há de se concluir que a legislação atacada, com fulcro no artigo 30, II, da Carta Magna, veio apenas suplementar a legislação já existente, **ampliando o grau de proteção ao consumidor**, em efetivação à garantia individual descrita no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal.

Outrossim, há de se destacar que incumbe às empresas, como princípio geral da atividade econômica, a **defesa do consumidor**, mais uma razão pela qual não há que se falar em contrariedade a legislação já existente sobre o assunto.

3.3. Da razoabilidade da legislação

Por derradeiro, comprovado que há competência municipal para legislar

sobre proteção ao consumidor, notadamente suplementando a legislação estadual já existente, deve-se destacar que a Lei Municipal n. 16.312/15 é razoável e proporcional aos fins que pretende atingir.

Com efeito, constou da justificativa da Lei em comento que as normas vinham a priorizar inspeção e testes, funcionar como ferramenta para redução dos prejuízos oriundos dos incêndios, liberar o Corpo de Bombeiros para ações comunitárias e ser importante arma na luta contra a morte súbita, com assistência adequada e imediata.

Ora, o que pretende a legislação atacada é empregar importante auxílio ao Sistema Estadual de Proteção contra Incêndios e Emergências, aumento o grau de proteção aos consumidores em locais com grandes aglomerados de pessoas em uma cidade como São Paulo, na qual o trânsito caótico prejudica sobremaneira a rapidez dos resgates do Corpo de Bombeiros, permitindo assim que uma equipe civil devidamente treinada possa atuar fortemente na prevenção e nas primeiras e importantíssimas medidas no combate a incêndios e nos primeiros socorros a vítimas tanto de incêndios quanto de maus súbitos e outros acidentes, de ocorrência mais frequente em locais com maior concentração e circulação de pessoas e produtos.

Veja-se, assim, que são bem diferentes as atribuições dos membros do Corpo de Bombeiros da Polícia Militar e dos bombeiros civis ou integrantes de brigadas de incêndio.

Os bombeiros civis e brigadistas atuam, especialmente, **na prevenção**. Os bombeiros civis têm sua formação regulamentada pela Lei Estadual n. 15.180/13, exigindo-se prévia habilitação pelo CBPMESP. É sua função **manter a prevenção**, mediante **rondas** constantes pelos mais diversos locais entre eles, casas de máquina de elevadores, caixas d´água, geradores, cabinas primárias e secundárias; **estar sempre pronto para solucionar e atender ocorrências de primeiros socorros**, **resgate em elevadores**, acompanhamento de serviços de soldas, alvenaria, limpezas de fachada com balancin, **controle assíduo de extintores**, **hidrantes**, rede de sprinklers etc. É **mais efetivo nas primeiras medidas**, haja vista que **já conhece previamente a edificação em que trabalha, suas instalações e equipamentos**.

Já o bombeiro militar **realiza vistorias** e, **quando requisitado emergencialmente, atua em salvamento, combate e rescaldo de incêndios**, conhece os equipamentos instalados numa edificação **somente através de fotos**, pois não sabe o local exato de suas instalações e manuseio.

Assim, resta claro que em locais com grande concentração e circulação de pessoas e produtos é uma efetiva ferramenta de proteção ao consumidor a presença de bombeiro civil, capaz de manter periodicamente (e não somente quando da emissão do AVCB) a prevenção de incêndios e acidentes.

No mais, não nos esqueçamos que **há relação de consumo entre os hipermercados e seus frequentadores/ consumidores**.

Parte exatamente daí a obrigação dessas empresas de assegurar proteção à saúde e à segurança de seus "clientes".

Assim dispõe o Código de Defesa do Consumidor:

> ***Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.***
> **§ 1° A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias.** (grifo nosso)

Trata-se de regra que nada mais faz do que dar efetividade ao direito de defesa do consumidor, constitucionalmente garantido no artigo 5º, inciso XXXII.

Veja-se que, tal como a saúde, a segurança também é dever estatal (artigo 144 da Constituição Federal). Entretanto, **isso não retira do explorador de atividade econômica o dever de garantir segurança a seus consumidores nos limites da relação de consumo**, como já determinado pelos princípios gerais do Código Consumerista, que advêm do direito fundamental assegurado no artigo 5º, XXXII, da Carta Magna.

Veja-se, assim, que, ao contrário do que tenta fazer crer o Autor em suas alegações, não se trata de transferência de dever estatal à iniciativa privada. Trata-se, sim, de regulamentação de **dever já legalmente imposto aos fornecedores de proteger a saúde e a segurança de seus consumidores**, levando-se em conta as peculiaridades apresentadas por ambientes como os hipermercados, notadamente os do Município de São Paulo, notoriamente frequentados por grandes aglomerados de pessoas.

Na verdade, o dever de proteção dos consumidores é ônus decorrente do risco da atividade, da própria ordem econômica.

Destaque-se o disposto no artigo 170 da Constituição Federal:

> ***A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:***
> ***(...)***
> ***V - defesa do consumidor***

Como se vê, a ordem econômica, pautada na livre iniciativa, tem como um de seus princípios basilares a defesa do consumidor.

Assim, resta claro que não se trata de prestar segurança no moldes do dever estatal, nos moldes do Corpo de Bombeiros, mas sim de garantir aos usuários de hipermercados melhor prevenção a incêndios e acidentes ou aos que neles vierem a ser vítima de incêndio ou sofrerem mal súbito, acidente ou mal-estar, como exemplos, a mínima proteção à sua saúde e integridade, em sede de pré-atendimento e resgate, enquanto não lhes é dado acesso ao resgate definitivo prestado pelo Corpo de Bombeiros.

Não impõem, assim, as normas impugnadas obrigações sem razoabilidade ou proporcionalidade, como afirma o Autor. Ao contrário, cuidam de estabelecer medidas que proporcionem efetiva proteção à saúde e segurança dos consumidores, baseadas no senso comum e técnico, estando em plena harmonia com o princípio da razoabilidade previstos nos artigos 5º, LIV, da Carta Magna e 111 da Carta Estadual.

Sendo assim, se o ambiente de tais estabelecimentos é mais suscetível a certos sinistros, convém, em nome do dever de proteção da saúde e da segurança de seus consumidores, que se mantenha uma estrutura eficiente de prevenção e para o atendimento de tais casos de urgência e emergência.

São regras absolutamente razoáveis e proporcionais aos fins a que se destinam: a proteção à saúde e à segurança dos consumidores de hipermercados, no âmbito do ambiente de potenciais riscos que proporciona.

É, portanto, medida razoável que **visa a proteção da vida, da saúde e da segurança do consumidor e, ainda, do meio ambiente**, mediante a imposição de requisito que não onera desproporcionalmente o estabelecimento que, ao explorar atividade econômica, assume os riscos do negócio sem, contudo, livrar-se do ônus da proteção do consumidor, o que se caracteriza como relevante princípio geral da ordem econômica previsto no artigo 170, V, da Constituição da República.

É mais uma razão pela qual se deve reconhecer que a Lei Municipal n. 16.312/15 é totalmente constitucional, estando em plena consonância com o disposto nos artigos 5º, XXXIII, e 170, V, da Constituição Federal, 275 da Constituição Estadual e Código de Defesa do Consumidor – Lei Federal n. 8.078/90.

4. Do pedido

Não se vislumbra, portanto, em face de todo o exposto, qualquer violação aos arts. 111, 144 e 275 da Constituição Estadual, ao contrário do quanto afirmado pelo Autor. Resta claro que a Lei Municipal n. 16.312/15 advém de inquestionável competência legislativa do Município sobre o tema (art. 30, I e II, CF) e, ademais, **converge para os ditames já estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual e legislação infraconstitucional estadual**.

Por todo o exposto requer, primeiramente, seja julgada **EXTINTA** a presente ação direta de inconstitucionalidade, **SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO**, em razão da **ausência de interesse processual**, **por inexistir padrão de confronto de constitucionalidade na Constituição Estadual** (art. 125, §2º, CF e art. 485, VI, c.c. art. 337, XI, do Novo Código de Processo Civil)), **de ilegitimidade ativa do Autor**, nos termos dos artigos 90, V, da Constituição Estadual e 103, IX, da Constituição Federal, e de **irregularidade em sua representação processual** (arts. 75, VIII, c.c. 485, IV, do Novo Código de Processo Civil).

Todavia, caso assim não se entenda, requer no mérito seja julgada **IMPROCEDENTE** a presente demanda, declarando-se constitucional a Lei Municipal n. 16.312/2015, vez que em consonância com o sistema jurídico e os princípios de direito, notadamente os artigos 5º, XXXII e LIV, 30, I e II, e 170, V, da Constituição Federal; artigos 111, 144 e 275 da Constituição Estadual e artigo 55 Código de Defesa do Consumidor; os quais requer, desde já, sejam expressamente enfrentados, para fim de prequestionamento.

Eram essas as considerações a serem apresentadas, em atendimento ao r. ofício.

São Paulo, 11 de julho de 2016.

Antonio Donato
Presidente da Câmara Municipal

Djenane Ferreira Cardoso
Procuradora Legislativa – Judicial – RF 11.418
OAB/SP n. 218.877

Andréa Rascovski Ickowicz
Procuradora Legislativa Supervisora – Judicial – RF 11.075
OAB/SP n. 130.317

Marcella Falbo Giacaglia
Procuradora Legislativa Chefe – RF 11.047
OAB/SP n. 111.393

ESTA OBRA FOI IMPRESSA NA GRÁFICA CS - EIRELI - EPP