

**CONSULTORIA JURÍDICA
PARECER Nº 761**

PROJETO DE LEI Nº 11.710

PROCESSO Nº 71.703

De autoria do Vereador **JOSÉ GALVÃO BRAGA CAMPOS**, o presente projeto de lei regula o comércio e a doação de alimentos em vias e áreas públicas ("comida de rua"); e dá providências correlatas.

fls. 17/18.

A propositura encontra sua justificativa às

É o relatório.

PARECER:

Da inconstitucionalidade. Lesão ao princípio da separação dos poderes¹.

Postulado básico da organização do Estado é o princípio da separação dos poderes, constante do art. 5º da Constituição do Estado de São Paulo, norma de observância obrigatória nos Municípios conforme estabelece o art. 144 da mesma Carta Estadual. Este dispositivo é tradicional pedra fundamental do Estado de Direito assentado na ideia de que as funções estatais são divididas e entregues a órgãos ou poderes que as exercem com independência e harmonia, vedando interferências indevidas de um sobre o outro.

A Constituição Estadual, perfilhando as diretrizes da Constituição Federal, comete a um Poder competências próprias, insuscetíveis de invasão por outro. Assim, ao Poder Executivo são outorgadas atribuições típicas e ordinárias da função administrativa. Em essência, a separação ou divisão de poderes "*consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes (...)* A divisão de Poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) *especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função (...)*; (b) *independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação*" (José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2006, 2ª ed., p. 44).

Se, em princípio, a competência normativa é do domínio do Poder Legislativo, certas matérias, por caracterizarem assuntos de natureza eminentemente administrativa, são reservadas ao Poder Executivo (arts. 47,

¹Cf. parecer da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, in http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/Controle_Constitucionalidade/ADI_ns_3_Pareceres/TJ%20-%20202052725-44.2014.8.26.0000%20-%20ATIBAIA, acesso aos 08.12.14.



II, XIV e XIX, a, Constituição Estadual) em espaço que é denominado reserva da Administração. Neste sentido, enuncia a jurisprudência:

“RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO E SEPARAÇÃO DE PODERES. - O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. (...)” (STF, ADI-MC 2.364-AL, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 01-08-2001, DJ 14-12-2001, p. 23).

No caso, foi violentada a reserva da Administração Pública, pois compete ao Poder Executivo o exercício de sua direção superior, a prática de atos de administração típica e ordinária, a edição de normas e a disciplina de sua organização e de seu funcionamento, imune a qualquer ingerência do Poder Legislativo (art. 47, II, XIV e XIX, a, da Constituição Estadual).

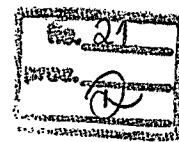
A decisão sobre o comércio de alimentos e bebidas realizado em espaços públicos, bem como a regulamentação de matérias correlatas, é da inerência da típica gestão ordinária da Administração, cujas linhas mestras são reservadas privativamente ao Chefe do Poder Executivo, alforriado da interferência do Poder Legislativo, no espectro de sua atribuição de governo de Chefe do Poder Executivo.

Em se tratando de processo legislativo, é princípio basilar o de que as normas do modelo federal são aplicáveis e extensíveis por simetria às demais órbitas federativas. Neste sentido pronuncia a jurisprudência:

“as regras do processo legislativo federal, especialmente as que dizem respeito à iniciativa reservada, são normas de observância obrigatória pelos Estados-membros” (STF, ADI 2.719-1-ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, 20-03-2003, v.u.).

“(...) 1. - As regras básicas do processo legislativo federal são de observância obrigatória pelos Estados-membros e Municípios. (...)” (STF, ADI 2.731-ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, 02-03-2003, v.u., DJ 25-04-2003, p. 33).

“(...) 2. A Constituição do Brasil, ao conferir aos Estados-membros a capacidade de auto-organização e de autogoverno --- artigo 25, caput ---, impõe a obrigatória observância de vários princípios, entre os quais o pertinente ao processo legislativo. O legislador estadual não pode usurpar a iniciativa legislativa do Chefe do Executivo, dispondo sobre as matérias reservadas a essa



iniciativa privativa. (...)” (STF, ADI 1.594-RN, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, 04-06-2008, v.u., DJe 22-08-2008).

“(...) I. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as regras básicas do processo legislativo da Constituição Federal, entre as quais as que estabelecem reserva de iniciativa legislativa, são de observância obrigatória pelos estados-membros. (...)” (RT 850/180).

“(...) 1. A Constituição do Brasil, ao conferir aos Estados-membros a capacidade de auto-organização e de autogoverno (artigo 25, caput), impõe a obrigatória observância de vários princípios, entre os quais o pertinente ao processo legislativo, de modo que o legislador estadual não pode validamente dispor sobre as matérias reservadas à iniciativa privativa do Chefe do Executivo. (...)” (RTJ 193/832).

Decorre do mencionado princípio da separação de poderes, e à vista dos mecanismos de controle recíprocos de um sobre o outro (*checks and balances* ou *rendição de contas*) para evitar abusos e disfunções, a participação do Poder Executivo no processo legislativo. Como observa a doutrina:

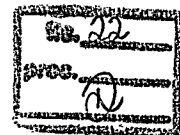
“É a esse arranjo, mediante o qual, pela distribuição de competências, pela participação parcial de certos órgãos estatais controlam-se e limitam-se reciprocamente, que os ingleses denominavam, já anteriormente a Montesquieu, sistema de ‘freios recíprocos’, ‘controles recíprocos’, ‘reservas’, ‘freios e contrapesos’ (*checks and controls, checks and balances*), tudo isso visando um verdadeiro ‘equilíbrio dos poderes’ (*equilibrium of powers*)” (J. H. Meirelles Teixeira. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, pp. 581, 592-593).

A reserva de iniciativa legislativa se inclui nestes mecanismos, em especial para organização e funcionamento da Administração (entidades e órgãos do Poder Executivo), e outorga de respectivas atribuições, quando houver criação ou extinção de órgãos públicos ou aumento de despesa, segundo se colhe da leitura conjugada dos arts. 24, § 2º, 2 e 47, XIX, a, da Constituição do Estado. Neste sentido:

“É indispensável a iniciativa do Chefe do Poder Executivo (mediante projeto de lei ou mesmo, após a EC 32/01, por meio de decreto) na elaboração de normas que de alguma forma remodelam as atribuições de órgão pertencente à estrutura administrativa de determinada unidade da



Câmara Municipal de Jundiaí
São Paulo



Federação” (STF, ADI 3.254-ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, 16-11-2005, v.u., DJ 02-12-2005, p. 02).

“À luz do princípio da simetria, são de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual as leis que versem sobre a organização administrativa do Estado, podendo a questão referente à organização e funcionamento da Administração Estadual, quando não importar aumento de despesa, ser regulamentada por meio de Decreto do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, e e art. 84, VI, a da Constituição federal)” (STF, ADI 2.857-ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 30-08-2007, v.u., DJe 30-11-2007).

É inegável que a decisão acerca dos tipos de alimentos e bebidas a serem comercializados em espaços públicos, são matérias inseparáveis do funcionamento da Administração Pública, e que, em que pese a inegável boa intenção do projeto, interfere na definição de políticas públicas e no funcionamento de serviços públicos, invadindo matéria de nítida vocação administrativa típica.

O colendo Órgão Especial do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo já teve a oportunidade de apreciar situação similar em venerando acórdão relatado pelo Desembargador Roberto Mac Cracken, assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Cuidase de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Douta e Nobre Prefeita do Município de Guarujá/SP, visando à declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.703, de 28 de novembro de 2008, que dispõe sobre o funcionamento de creches no horário noturno e adota outras providências - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL - Matéria de competência privativa do Chefe do Poder Executivo local - Presença de vício de inconstitucionalidade formal na produção da norma impugnada. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROCEDENTE” (ADI 0151911-11.2013.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, v.u., 27-11-2013).

Esse julgado se apoiou em precedentes do colendo Órgão Especial (ADI 0129730-16.2013.8.26.0000, Rel. Des. Luis Soares de Mello, 23-10-2013; ADI 135.527-0/5-00, Rel. Des. Carlos Stroppa, 03-10-2007).



É de se concluir que a instituição de programas destinados à execução de políticas públicas e a disciplina da prestação dos serviços públicos, executados direta ou indiretamente pelo poder público, situa-se no domínio da reserva da Administração, espaço conferido com exclusividade ao Chefe do Poder Executivo no âmbito de seu poder normativo, imune a interferências do Poder Legislativo, e que se radica na gestão ordinária dos negócios públicos, como se infere dos arts. 5º e 47, II, XIV e XIX, a, da Constituição Estadual, aplicável na esfera municipal por força de seu art. 144 e do art. 29 *caput* da Constituição Federal.

Também como decorrência da separação de poderes, incorporada no art. 5º, a Constituição Paulista prevê no art. 47 competência privativa do Chefe do Poder Executivo. O dispositivo consagra a atribuição de governo do Chefe do Poder Executivo, traçando suas competências próprias de administração e gestão que compõem a denominada reserva de Administração, pois, veiculam matérias de sua alçada exclusiva, imunes à interferência do Poder Legislativo.

A alínea a do inciso XIX desse art. 47 fornece ao Chefe do Poder Executivo a prerrogativa de dispor, mediante decreto, sobre "organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos", em preceito semelhante ao contido art. 84, VI, a, da Constituição Federal. Por sua vez, os incisos II e XIV estabelecem competir-lhe o exercício da direção superior da administração e a prática dos demais atos de administração, nos limites da competência do Poder Executivo, enraizando-se no art. 84, II, da Constituição Federal de 1988.

Esses assuntos são privativos do poder normativo do Chefe do Poder Executivo, como já se decidiu:

"(...) 2. As restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, entre elas a fixação de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes (...)" (STF, ADI-MC-REF 4.102-RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, 26-05-2010, v.u., DJe 24-09-2010).

"(...) O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. (...)" (STF, ADI-MC 2.364-AL, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 01-08-2001, DJ 14-12-2001, p. 23).

Na ordem constitucional vigente, como anotado em tópico precedente, não existe a mínima possibilidade de a administração municipal ser exercida pela Câmara, por intermédio da edição de leis. Em relação a esse aspecto, aliás, não paira nenhuma controvérsia, uma vez que a atual Constituição é suficientemente clara ao atribuir ao Prefeito a competência privativa para exercer, com o auxílio dos Secretários Municipais, a direção superior da administração municipal



(CE., art. 47, inciso II) e para praticar os atos de administração, nos limites de sua competência (CE., art. 47, inciso XIV). Bem por isso, ELIVAL DA SILVA RAMOS adverte que:

“Sob a vigência de Constituições que agasalham o princípio da separação de Poderes, no entanto, não é lícito ao Parlamento editar, a seu bel-prazer, leis de conteúdo concreto e individualizante. A regra é a de que as leis devem corresponder ao exercício da função legislativa. A edição de leis meramente formais, ou seja, ‘aquelas que, embora fluindo das fontes legiferantes normais, não apresentam os caracteres de generalidade e abstração, fixando, ao revés, uma regra dirigida, de forma direta, a uma ou várias pessoas ou a determinada circunstância’, apresenta caráter excepcional. Destarte, deve vir expressamente autorizada no Texto Constitucional, sob pena de inconstitucionalidade substancial.” (“A Inconstitucionalidade das Leis - Vício e Sanção”, Saraiva, 1994, p. 194).

O Prefeito, enquanto chefe do Poder Executivo, exerce tarefas específicas à atividade de administrador, tendentes à atuação concreta e referentes, essencialmente, ao *“planejamento, organização e direção de serviços e obras da municipalidade. Para tanto, dispõe de poderes correspondentes de comando, de coordenação e de controle de todos os empreendimentos da Prefeitura [...] A execução das obras e serviços públicos municipais está sujeita, portanto, em toda a sua plenitude, à direção do Prefeito, sem interferência da Câmara, tanto no que se refere às atividades internas das repartições da Prefeitura (serviços burocráticos ou técnicos), quanto às atividades externas (obras e serviços públicos) que o Município realiza e põe à disposição da coletividade”* (Hely Lopes Meirelles, Direito Municipal Brasileiro, São Paulo, RT, 3ª ed., pp. 870/873). Em idêntica lição, José Afonso da Silva, “O Prefeito e o Município”, Fundação Pref. Faria Lima, 1977, pp. 134/143.

E, sobre o tema em foco, destaca-se trecho do Acórdão da lavra do Eminentíssimo Desembargador DENSER DE SÁ:

“Segundo a doutrina a administração da cidade é da competência do Prefeito, tendo o Poder Legislativo a função de aprovar ou desaprovar os atos do Alcaide, funcionando como fiscal do governo. (...) Não é dado aos vereadores resolver todos os assuntos por meio de lei. A Câmara Municipal somente pode estabelecer programas gerais, com base na Constituição se não criar atribuições para órgãos públicos ou determinar seu modo de execução, incumbências do Prefeito Municipal” (TJ/SP – Órgão Especial – Adin n. 104.747-0/7, DJ de 10.03.04).



Em vista de tais premissas, a violação ao princípio da separação dos poderes se faz evidente, na parte do projeto de lei em que se organiza e define o funcionamento do serviço nos espaços públicos, v.g.: (i) o projetado art. 7º; (ii) o projetado art.11; (ii) o projetado art.12; (ii) os projetados arts.19 a 29; (ii) o projetado art. 42; (ii) o projetado art.44; (ii) o projetado art. 45, § 1º.

Para efeito do controle concentrado de constitucionalidade (art. 125, § 2º, da CRB) há franca lesão aos arts. 5º e 47, II, XIV e XIX, a, da Constituição Estadual, aplicável na esfera municipal por força de seu art. 144 e do art. 29 *caput* da Constituição Federal.

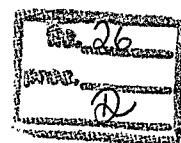
DA ILEGALIDADE

Em nosso sentir o projeto não encontra respaldo na Carta de Jundiaí – art. 46, IV e V, c/c o art. 72, XII – que confere ao Chefe do Executivo, em caráter privativo, legislar sobre temáticas envolvendo organização administrativa, matéria orçamentária, serviços públicos, pessoal da administração e criação, estruturação e atribuições de órgãos da Administração Pública Municipal, e o projeto evidencia a usurpação desse atributo do Prefeito.

A proposta busca regulamentação da atividade de comércio de alimentos em vias e áreas públicas da cidade de Jundiaí, assim compreendido os logradouros, passeios públicos, praças e parques urbanos, etc, estabelecendo de forma explícita atribuição ao Chefe do Executivo, a quem competirá criar programas envolvendo órgãos públicos municipais. Desta forma, o projeto apresenta óbices insanáveis, posto que se imiscui em âmbito de atuação próprio e exclusivo do Executivo.

Cumprе ressaltar também que o projeto implica na criação ou aumento de despesa pública sem indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos, consoante dispõe o art. 50 da Lei Orgânica, e também inobserva a Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar Federal nº 101/2000 – que exige a necessidade de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deverá entrar em vigor o programa e nos dois subsequentes, e demonstrar a origem dos recursos para o seu custeio.

Assim, em face dos dispositivos legais supramencionados, a iniciativa incorpora óbices jurídicos insanáveis. Para corroborar com o juízo explanado, trazemos à colação jurisprudência acerca de propostas normativas aprovadas por esta Casa de Leis, que criam atribuição ao Executivo e que foram julgadas inconstitucionais pelo Egrégio Tribunal de Justiça no Estado de São Paulo, nestes termos:



0094015-78.2011.8.26.0000 Direta de Inconstitucionalidade / Atos
Administrativo

Relator(a): Armando Toledo

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: Órgão Especial

Data do julgamento: 05/10/2011

Data de registro: 14/10/2011

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 7.617, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2010, DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ QUE DISPÕE SOBRE A DESTINAÇÃO DE SALAS DE AULA DAS UNIDADES DA REDE PÚBLICA DE ENSINO PARA O USO EM CURSOS PRÉ-VESTIBULARES A ESTUDANTES DA REDE PÚBLICA DE ENSINO E DE BAIXA RENDA. MATÉRIA QUE CUIDA DE GERENCIAMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. À evidência que a lei municipal questionada, embora contenha proposta louvável, invade competência privativa do chefe do Poder Executivo Municipal. Dispor sobre a instituição de programa municipal, atribuindo obrigações ao Chefe do Poder Executivo e aos órgãos municipais, é matéria referente à administração municipal

0380835-53.2010.8.26.0000 Direta de Inconstitucionalidade / Atos
Administrativos

Relator(a): Xavier de Aquino

Comarca: São Paulo

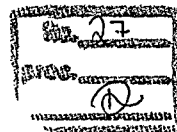
Órgão julgador: Órgão Especial

Data do julgamento: 14/09/2011

Data de registro: 21/09/2011

Outros números: 990.10.380835-5

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL DE ORIGEM PARLAMENTAR - PROIBIÇÃO DE TELEFONE CELULAR POR TODOS OS ALUNOS - VICIO DE INICIATIVA - AFRONTA À SEPARAÇÃO DE PODERES - INCONSTITUCIONALIDADE - EXISTÊNCIA - É inconstitucional a Lei Municipal 7.244, de 25 de fevereiro de 2009, de Jundiaí, de origem parlamentar, que "[v]eda ao aluno nas salas de aula em toda escola o uso do aparelho telefônico móvel (telefone celular)", porque traduz ingerência na competência exclusiva do Chefe do Executivo pelo Poder Legislativo ao dispor sobre matéria tipicamente administrativa, em violação aos arts. 5º, 47, incisos II e XIV, e 144 da Constituição Estadual - Julga-se a ação procedente



9054111-97.2008.8.26.0000 Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei /
Controle de Constitucionalidade

Relator(a): Viana Santos

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: Órgão Especial

Data do julgamento: 16/09/2009

Data de registro: 07/10/2009

Outros números: 001.73.496000-0

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal de Jundiaí nº 7.014, de 19 de fevereiro de 2008, que "institui na rede municipal de ensino o Programa Especial de Diagnóstico de Dislexia". Decorrente de projeto de iniciativa parlamentar e promulgada pela Câmara Municipal de pois de rejeitado o veto do Prefeito - realmente, há que se reconhecer que a Câmara Municipal exorbitou no exercício da função legislativa, interferindo em atividade concreta do Poder executivo - Afronta aos artigos 5º, 25, e 144 da Constituição Estadual. JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO

Assim sugerimos ao nobre Vereador que converta o presente projeto de lei em Indicação ao Prefeito, para a adoção das medidas cabíveis.

OITIVA DAS COMISSÕES

Conforme dispõe o § 1º, do art. 139, do R.I., sugerimos a oitiva da Comissão de Justiça e Redação e da Comissão de Saúde, Assistência Social e Previdência.

L.O.M.).

QUORUM: maioria simples (art. 44, *caput*)

Jundiaí, 05 de dezembro de 2014.

Ronaldo Salles Vieira
Ronaldo Salles Vieira
Consultor Jurídico

Fábio Nadal Pedro
Fábio Nadal Pedro
Consultor Jurídico

Rafael Cesar Spinardi
Rafael Cesar Spinardi
Estagiário de Direito