



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE
PROCURADORIA

Parecer jurídico

ASSUNTO: Projeto de Lei nº 90/2023 – Autoriza o Município de Santa Bárbara d'Oeste a contratar leitos de UTI neonatal em hospitais particulares, quando o sistema de regulação estadual não disponibilizar vagas.

1- Relatório.

O Presidente desta casa de leis, atendendo solicitação da relatoria da Comissão Permanente de Justiça e Redação, encaminhou para análise o Projeto de em epígrafe.

Aos autos foram juntadas cópias: do texto do projeto de lei e da exposição de motivos.

2- Das atribuições da Comissão de Justiça e Redação e do controle de constitucionalidade.

Adentrando na análise do projeto, não é demais lembrar que a atividade da CPJR é de verificar:

- a) a constitucionalidade: compatibilidade com regras e princípios da Constituição Federa e Estadual;
- b) a legalidade: compatibilidade com as regras legais;
- c) a juridicidade: compatibilidade com o Direito como um todo (ordenamento jurídico);
- d) compatibilidade com regras regimentais;
- e) compatibilidade com regras da boa técnica legislativa redacional.



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE
PROCURADORIA

O controle de constitucionalidade das leis tem sua razão de existir no princípio da supremacia da Constituição Federal, que JOSÉ AFONSO DA SILVA¹ assim explica: *O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição.* Desta feita, essa fiscalização a respeito da constitucionalidade pode ser definida como o conjunto de órgãos e princípios que servem para assegurar a supremacia formal da constituição.

Com isto, conclui-se que devem ser consideradas inconstitucionais as “situações jurídicas” existentes, quer em projetos de normas, quer em normas prontas e acabadas, que conflitem com os princípios e regras da Constituição Federal.

Como o texto constitucional sempre prevê regras de conteúdo (materiais) e procedimentos (formais), eventuais inconstitucionalidades podem ser, em conseqüência, também materiais ou formais.

São inconstitucionalidades materiais, no ensinamento do professor de Direito Constitucional JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO², da Faculdade de Direito de Coimbra, aquelas que contenham vícios de conteúdo do ato normativo, sendo que *viciadas são as disposições ou normas singularmente consideradas.*

Ou seja, isto ocorre quando a inconstitucionalidade decorrer de *uma contradição entre o conteúdo da lei e o da Lei Fundamental*, na lição de REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI³.

Já, as inconstitucionalidades formais são aquelas que decorrem da não observância do processo determinado para a elaboração normativa, o que, no dizer do citado mestre português⁴, atinge *o ato normativo enquanto tal, independente de seu conteúdo, e tendo em conta o processo seguido para sua exteriorização* (grifei).

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros, 2004. p. 46.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, Coimbra: Almedina, 2ª ed., 1980, p. 448

³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais**, São Paulo: RT, 2003, p. 25

⁴ *Loc. cit.*



3- Da divisão de poderes e das funções do Poder Legislativo.

Tendo em vista a grande quantidade de projetos de lei analisados por esta Procuradoria, quase todos com parecer pela inconstitucionalidade por vício de iniciativa, bem como o crescente ajuizamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade pela Prefeitura Municipal junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo e a obtenção de liminares suspendendo as leis por apresentarem confronto com as normas da Constituição Estadual definidoras das competências para início do processo legislativo, é importante procedermos, com a devida licença, a uma breve digressão sobre as funções do Poder Legislativo.

Em 1748, Montesquieu escreveu *O Espírito das Leis*. Nesta obra, o autor teceu comentários ao Estado francês e ao Estado Inglês, referindo-se à realidade daquela época e pregando a necessidade da divisão do poder em três órgãos do Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário.

Aristóteles, porém, no ano de 340 a.C., em sua obra intitulada *Política*, já havia identificado três atribuições advindas do exercício do Poder. Para este filósofo, aquele que exerce poder cria a norma geral, aplicando-a aos casos concretos e resolve os conflitos de interesses dela advindos.

Vê-se, que Montesquieu trouxe do passado atribuições já identificadas, inovando, contudo, com a tese da necessidade de divisão de atribuições, ou seja, disse que cada uma dessas atribuições deveria ser exercida por um órgão diferente, pregando, inclusive que tudo estaria perdido se no mesmo homem ou no mesmo corpo de homens estivesse o exercício de todas as atribuições.

No caso brasileiro, todas as Constituições do Brasil, ao longo de sua história, adotaram a divisão orgânica de Montesquieu, salvo a Constituição de 1824, que adotou o Poder Moderador (construção teórica de Benjamin Constant).



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE
PROCURADORIA



Contudo, nos dias atuais, deve se fazer uma releitura da obra de Montesquieu realizando o exercício hermenêutico que o Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes denomina de *compreensão constitucionalmente adequada da divisão orgânica de Montesquieu*, tendo em vista que a teoria do senhor de *La Brède* é histórica, muito importante na luta contra o absolutismo, mas não científica. Hoje não é correto se falar em divisão tripartite de Montesquieu, pois, na realidade, o poder é uno, indivisível (art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República). Esse poder uno recebe o nome de soberania popular, manifestando-se por meio de órgãos (teoria do órgão): Legislativo, executivo e judiciário e Ministério Público como uma instituição extrapoder. Assim, o correto é falar em divisão orgânica de Montesquieu.

Houve, portanto, um abrandamento da teoria do escritor francês, tendo em vista que a teoria da tripartição dos poderes foi adotada pela grande maioria dos Estados, só que de maneira abrandada. Isso porque se passou a permitir maior interpenetração entre os poderes, atenuando a separação pura e absoluta.

José Afonso da Silva, bem aponta esta mudança:

Hoje o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes.⁵

Luís Roberto Barroso, doutrinador de Direito Constitucional, por sua vez, enfatiza que:

a atividade dos órgãos legislativos não se esgota na função de legislar. Desde suas origens, integram a substância da atuação do Parlamento funções de tríplex natureza: legislativa, por certo, mas também a representativa e fiscalizadora. Aliás, com a crescente hegemonia do Executivo no processo legislativo – pela iniciativa reservada, pela sanção e veto, e pela edição de atos com força de lei –, a ênfase da atuação do

⁵ Curso de Direito Constitucional Positivo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 110.



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE
PROCURADORIA

Legislativo tem recaído, efetivamente, na fiscalização, isto é, na investigação e no controle dos atos do Poder Público.⁶

Após esta pequena introdução passa-se a análise específica dos encargos do Poder Legislativo especialmente das suas relações com o Poder Executivo.

Precipualemente, o Poder Legislativo exerce duas funções típicas: (a) inova a ordem jurídica, criando leis (artigo 59 da Constituição da República) e (b) fiscaliza o Poder Executivo por meio da denominada fiscalização econômico financeira, desenvolvida com o auxílio do Tribunal de Contas (artigos 70 a 75 da Magna Carta) e da chamada fiscalização político administrativa, por intermédio de suas comissões (artigo 58 da Constituição Brasileira).

Indispensável transcrever os ensinamentos deixados pelo sempre saudoso mestre Hely Lopes Meirelles sobre a Câmara Municipal:

A função de controle e fiscalização da Câmara Municipal mereceu do constituinte de 1988 destaque idêntico ao da função legislativa, na medida em que o art. 29, XI, da CF as coloca entre os preceitos obrigatórios a serem observados na elaboração das leis orgânicas municipais.

A função de controle e fiscalização da Câmara sobre a conduta do Executivo tem caráter político-administrativo e se expressa em decretos legislativos e resoluções do plenário, alcançando unicamente os atos e agentes que a Constituição Federal, em seus arts. 70-71, por simetria, e a lei orgânica municipal, de forma expressa, submetem à sua apreciação, fiscalização e julgamento. No nosso regime municipal o controle político-administrativo da Câmara compreende a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, através do julgamento das contas do prefeito e de suas infrações político-administrativas sancionadas com cassação do mandato. Essas funções serão examinadas pormenorizadamente ao cuidarmos, adiante, das atribuições do plenário.

Exerce, ainda, a Câmara o controle legislativo de determinados atos ou contratos do Executivo, através de autorização prévia ou aprovação posterior, mas somente nos casos e limites expressos na lei orgânica do Município.⁷

⁶Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12. 2008. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-12-DEZEMBRO-2007>. Acessado em 25/07/2011.

⁷ *Direito Municipal Brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 578-579.



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE
PROCURADORIA

Cabe dizer, pois extremamente pertinente, que os parlamentos europeus surgiram com o objetivo de fiscalização, somente após a Revolução Francesa de 1789 é que surge a função de inovação da ordem jurídica.

Com tudo isso, quer se demonstrar que, ainda que o Poder Executivo no ordenamento jurídico brasileiro encontre-se hipertrofiado, resta ao Legislativo a importante e indeclinável missão de fiscalização dos atos oriundos daquele, sejam estes advindos da iniciativa legislativa ou dos atos administrativos praticados durante a gestão da coisa pública.

Sobre esse aspecto, disserta, com o cuidado que lhe é peculiar, José Afonso da Silva ao tratar do Poder Legislativo Municipal:

A função fiscalizadora, de grande relevância, tanto que é prevista na Constituição, que declara que a fiscalização financeira e orçamentária do Município será exercida pela Câmara Municipal, mediante controle externo, com o auxílio do Tribunal de Conta dos Municípios, onde houver. (...) A atividade fiscalizadora da Câmara efetiva-se mediante vários mecanismos, tais como o pedido de informações ao Prefeito, convocação de auxiliares diretos deste, investigação mediante comissão especial de inquérito, tomada de julgamento das contas do Prefeito...

A função julgadora, pela qual a Câmara exerce um juízo político, quando lhe cabe julgar o Prefeito e os Vereadores por infrações político administrativas.⁸

Com isso não se pretende diminuir a importância do Poder Legislativo, nem muito menos das Assembleias Municipais, mas ao contrário, enfatizar a grande responsabilidade incumbida pelo Poder Constituinte Originário a este poder, prova disso é que todos os regimes Autocráticos têm como característica efetuar o imediato enfraquecimento do Legislativo, podendo culminar até com seu fechamento forçado, conforme pôde se verificar na história recente do Brasil, bem demonstrada nos livros sobre o gênero:

O gesto não demorou a vir. Na manhã seguinte, as tropas rodearam o Congresso e dispersaram os seus membros com a notícia de que havia sido

⁸ Ob. cit. p. 596.



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE
PROCURADORIA

fechado. (...) Vargas tinha preparado o terreno tão eficientemente nos Estados, que apenas dois governadores tiveram que ser substituídos...⁹

Gama e Silva anunciou diante das Câmaras de TV o texto do Ato Institucional nº 5. Pela primeira vez desde 1937 e pela quinta vez na história do Brasil, o Congresso era fechado por tempo indeterminado.¹⁰

Baixado o AI-5, "partiu-se para a ignorância". Com o Congresso fechado, a imprensa controlada e a classe média de joelhos pelas travessuras de 1968, o regime bifurcou sua ação política. Um pedaço, predominantemente e visível, foi trabalhar a construção da ordem ditatorial. Outro, subterrâneo, que Delfim Netto chamava de "a tigrada", foi destruir a esquerda.¹¹

4- Do projeto de lei objeto de estudo.

Feitas essas breves considerações, segue-se com a análise do projeto de lei encaminhado para parecer.

O projeto de lei dispõe, em síntese, sobre autorização para o Poder Executivo Municipal a contratar leitos de UTI neonatal em hospitais particulares.

Não se pode afirmar que o presente projeto de lei possua inconstitucionalidade material, uma vez que a Constituição da República outorga aos Municípios a competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, inciso I).

Contudo, no aspecto formal o projeto de lei possui vício de iniciativa, pois seu proponente adentra competências exclusivas do Chefe do Poder Executivo, não observando o princípio da separação de poderes previsto no artigo 2º da Constituição Federal e artigos 5º e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

É competência reservada do Prefeito Municipal dispor sobre a estruturação, organização e funcionamento da Administração Municipal, prevista no artigo 63, inciso VI, da Lei Orgânica Municipal.

⁹ SKIDMORE, Thomas. *Brasil: De Getúlio a Castelo*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 50.

¹⁰ GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 340.

¹¹ *Ibidem*. p. 345.



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE
PROCURADORIA

As regras de fixação de competência para a iniciativa do processo legislativo têm como corolário o princípio da separação dos poderes, que nada mais é do que o mecanismo jurídico que serve à organização do Estado, definindo órgãos, estabelecendo competências e marcando as relações recíprocas entre esses mesmos órgãos (cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em “Do Processo Legislativo”, ed. Saraiva, pp. 111/112).

E o processo legislativo estabelecido pela Constituição do Estado prevê que, são leis de iniciativa do Poder Executivo, as que dizem respeito à matéria relativa à gestão administrativa. Isso porque, sendo matérias afetas ao funcionamento da Administração Municipal, é importante que a ele se reserve a iniciativa de leis que tratem dessa matéria. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho

o aspecto fundamental da iniciativa reservada está em resguardar a seu titular a decisão de propor direito novo em matérias confiadas à sua especial atenção, ou de seu interesse preponderante (ob. cit., p. 204).

Desatendida essa exclusividade, como no caso em exame, fica **patente a inconstitucionalidade, em face de vício de iniciativa**. Sobre isso, ensinou Hely Lopes Meirelles que se

a Câmara, desatendendo à privatividade do Executivo para esses projetos, votar e aprovar leis sobre tais matérias, caberá ao Prefeito vetá-las, por inconstitucionais. Sancionadas e promulgadas que sejam, nem por isso se nos afigura que convesçam de vício inicial, porque o Executivo não pode renunciar prerrogativas institucionais inerentes às suas funções, como não pode delegá-las aquiescer em que o Legislativo as exerça (em “Direito Municipal Brasileiro”, 7º ed., 1990, págs. 544/545).

Esse modelo constitucional é de observância obrigatória pelos municípios, por força do disposto no art. 144, da Constituição Estadual.

Especificamente, em se tratando de matéria relativa a convênios o Supremo Tribunal Federal já decidiu que são inconstitucionais as leis que submetem a aprovação de convênios à prévia aprovação do Poder Legislativo. De acordo com o Pretório Excelso:



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE
PROCURADORIA

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constituição do Estado de Minas Gerais. Artigo 181, incisos I e II. Acordos e convênios celebrados entre Municípios e demais entes da Federação. Aprovação prévia da Câmara Municipal. Inconstitucionalidade. Art. 2º da Constituição Federal. Este Supremo Tribunal, por meio de reiteradas decisões, firmou o entendimento de que as normas que subordinam a celebração de convênios em geral, por órgãos do Executivo, à autorização prévia das Casas Legislativas Estaduais ou Municipais, ferem o princípio da independência dos Poderes, além de transgredir os limites do controle externo previsto na Constituição Federal. Precedentes: ADI nº 676/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso e ADI nº 165/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Ação direta que se julga procedente” (ADI 770/MG, Rel. Min. Ellen Gracie).

“DIREITO CONSTITUCIONAL. CONVÊNIOS: AUTORIZAÇÃO OU RATIFICAÇÃO POR ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO XXI DO ART. 54 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ, QUE DIZ: 'Compete, privativamente, à Assembleia legislativa: XXI - autorizar convênios a serem celebrados pelo Governo do Estado, com entidades de direito público ou privado e ratificar os que, por motivo de urgência e de relevante interesse público, forem efetivados sem essa autorização, desde que encaminhados à Assembleia Legislativa, nos noventa dias subsequentes à sua celebração'.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a regra que subordina a celebração de acordos ou convênios firmados por órgãos do Poder Executivo à autorização prévia ou ratificação da Assembleia Legislativa, fere o princípio da independência e harmonia dos poderes (art. 2º, da C.F.). Precedentes. 2. Ação Direta julgada procedente para a declaração de inconstitucionalidade do inciso XXI do art. 54 da Constituição do Estado do Paraná” (ADI 342/PR, Rel. Min. Sydney Sanches).

Essas decisões denotam que o convênio é mero instrumento de gestão administrativa, não podendo, por isso, ser submetido à aprovação pelo Poder Legislativo, pois tal ato afrontaria o princípio da separação de poderes.



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE
PROCURADORIA



De modo simplificado, tanto os contratos como os convênios nada mais são do que documentos oficiais utilizados pela Administração Pública para viabilizar determinados projetos.

Os convênios administrativos são acordos firmados entre um ente de qualquer espécie e a Administração Pública, para a realização de objetivos em comum de ambos os partícipes, isso porque, em um convênio, todos os seus participantes que assinam o ajuste estão em busca de um objetivo comum e coincidente, ou seja, possuem exatamente as mesmas pretensões.

Bem se vê que os convênios, assim como os contratos administrativos, constituem atos ordinários de gestão, não dependendo o administrador de autorização legislativa para a sua prática.

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, o convênio é uma "forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração" (in Direito administrativo. 14. Ed. São Paulo: Editora Atlas. 2002. p. 291).

Assim, considerando que a celebração de convênios e acordos constitui poder típico da função administrativa, a ingerência do Poder Legislativo no exercício dessa competência privativa do Poder Executivo contraria o princípio da separação dos poderes.

Nessa linha é possível destacar também o entendimento da Subprocuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, responsável pela emissão de pareceres nas Ações Diretas de Inconstitucionalidades no Tribunal de Justiça Estadual, conforme demonstram as seguintes ementas em parecer:

Ementa: 1) Lei Orgânica do Município. Necessidade de autorização da Câmara Municipal para elaboração de convênios, acordos ou contratos com entidades públicas ou particulares e consórcios com outros municípios. 2) Violação da regra da separação de poderes (art.5º, art. 47 II e XIV, e art.144



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE
PROCURADORIA

da Constituição Paulista). Atos típicos de gestão administrativa, que envolvem o planejamento, a direção, a organização e a execução de medidas de governo. 3) Criação de mecanismo de controle externo não previsto na sistemática constitucional. Violação da simetria que deve existir, na matéria, com relação aos modelos constitucionais de controle da Administração. (art.33, 144 e 150 da Constituição do Estado). 4) Inconstitucionalidade reconhecida. (Autos nº. 994.09.230690-0 (187.766-0/0)).

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Orgânica do Município de Mauá (artigos 3º, XII, 73, 193, I, e 219). Viola a separação dos poderes submeter assunto da gestão administrativa, consistente na celebração de convênio pelo Poder Executivo, à autorização ou aprovação do Poder Legislativo. Procedência da ação. Arts. 5º, 47, II, XIV e XIX, a, 111 e 115, II e V, Constituição Estadual. (Processo n. 994.09.225098-4 (183.143-0/9-00)).

Tal posicionamento é sufragado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo de acordo com o julgamento que se traz à colação:

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 27, inc. XVI, 67, inc. I, 77, inc. V, 118, inc. XI, 227, §1º e 357, todos da Lei Orgânica do Município de Ourinhos. Instituem necessidade de autorização legislativa prévia à celebração de convênios e consórcios. Inconstitucionalidade, por ocorrer invasão da esfera de competência exclusiva do Poder Executivo. Descabimento. Desrespeito aos artigos 5º, caput, 47, incisos II e XIX, alínea 'a' e 144 da Constituição do Estado. Ação procedente. (ADI nº 2059810-47.2015.8.26.0000. Julgamento em 12/08/2015).

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigo 12, incisos XV e XVI, da Lei Orgânica do Município de Jandira. Norma que dispõe sobre a necessidade de autorização da Câmara Municipal para elaboração de convênios com entidades públicas e particulares, bem como consórcios com outros municípios. Iniciativa parlamentar. Inconstitucionalidade por violação ao princípio da separação, independência e harmonia entre os Poderes. Procedência da ação. (0038171- 12.2012.8.26.0000. Julgamento em 10/04/2013).



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE
PROCURADORIA

Denota-se que as matérias são semelhantes a do projeto de lei ora sob análise, autorização do Poder Legislativo para o Poder Executivo firmar convênios, sendo pacífico que se tratam de leis que contrariam a Constituição por violar a separação dos poderes. que o TJ/SP julgou as leis inconstitucionais.

Ante o exposto, o Projeto de Lei em análise está maculado de inconstitucionalidade formal, consistente em vício de iniciativa legislativa, desrespeitando o artigo 2º da Constituição Federal e o artigo 5º da Constituição do Estado de São Paulo, sugerindo-se à Colenda Comissão Permanente de Redação e Justiça assim contemplar em seu respeitável parecer.



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA BARBARA D'OESTE



Assinaturas Digitais

O documento acima foi proposto para assinatura digital na Câmara Municipal de Santa Bárbara d'Oeste. Para verificar as assinaturas, clique no link: <http://santabarbara.siscam.com.br/documentos/autenticar?chave=5CKM02102HT43N0C>, ou vá até o site <http://santabarbara.siscam.com.br/documentos/autenticar> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido:

Código para verificação: 5CKM-0210-2HT4-3N0C



DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE - PROTOCOLO Nº - CHAVE: 5CKM-0210-2HT4-3N0C