

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Os pressupostos de recorribilidade foram atendidos. O recurso, subscrito por advogado regularmente constituído, foi protocolado no prazo assinado em lei.

Não prospera a alegação de nulidade do pronunciamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O acórdão alusivo à ação direta está lastreado em premissas suficientes, havendo os integrantes do Colegiado concluído, à unanimidade, incompatíveis, com a Constituição estadual, os artigos 54 e 55 da Lei Orgânica e a íntegra da Lei nº 13.881/2004, ambas da Capital, a revelar, sob o ângulo do vício formal, entendimento no sentido de competir exclusivamente ao Chefe do Executivo a iniciativa de normas atinentes a criação e definição de atribuições de órgão. O Tribunal assentou ter o Parlamento exorbitado da função legislativa, caracterizada interferência na direção superior da Administração. Então, os embargos declaratórios sinalizaram cautela, levando em conta o risco de, em passo seguinte, entender-se ausente prequestionamento do tema à luz da Constituição Federal.

Há de adotar-se visão alargada quanto ao acesso ao Supremo uma vez julgada no Tribunal de Justiça, presente a competência originária, ação direta de inconstitucionalidade. Tudo recomenda se caminhe para o crivo do guardião maior da Carta da República quando em jogo impugnação a pronunciamento que haja implicado apreciação do pedido, no processo objetivo, com base em normas da Constituição estadual decorrentes da simetria com a Federal. Isso ocorre relativamente à definição das iniciativas dos projetos e ao modelo de organização dos Poderes. Daí o afirmado quando do voto pela configuração da repercussão geral do tema:

Cumprir definir se é harmônico, ou não, com o princípio da separação dos poderes, leis de iniciativa parlamentar a criarem Conselho de representantes da sociedade civil, não integrante da Administração Pública direta ou autárquica, com atribuição de participar do planejamento municipal, fiscalizar a respectiva execução e opinar sobre questões consideradas relevantes.

Democracia não é apenas o regime político mais pertinente entre tantos outros, ou, parafraseando Winston Churchill, o pior à exceção de todos os

demais. Antes, deve ser compreendida como conjunto de instituições voltadas a assegurar, na medida do possível, igual participação política dos membros da comunidade. Sob essa óptica, qualquer processo pretensamente democrático há de oferecer condições para que todos se sintam igualmente qualificados a atuarem, na tomada de decisões, considerada a vida comunitária: cuida-se de condição à existência da democracia. Na participativa, segundo Paulo Sérgio Novais de Macedo, “cidadão não é mero sinônimo de eleitor, mas de indivíduo participante, fiscalizador e controlador da atividade estatal”.

Tais preocupações não passaram despercebidas aos integrantes da Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988). A Carta resultante, produzida em meio a ricos e intensos debates, foi adequadamente chamada de Cidadã. “Estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia”, nas palavras de Ulisses Guimarães, expressa reencontro da Nação com o Estado Democrático de Direito após longos anos de regime de exceção.

Não por acaso, reverberando a definição clássica do regime democrático como “governo do povo, pelo povo, para o povo”, a redação do parágrafo único do artigo 1º não abre margem a dúvidas: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Por instrumentos da democracia participativa, compreende-se corriqueira a referência a projetos de lei de iniciativa popular e aos institutos do referendo e do plebiscito, versados nos artigos 14, incisos I e II, 49, inciso V, 14, inciso III, e 61, § 2º, Carta da República. Traduzem-se em toda e qualquer forma legal de controle, pela sociedade, dos atos da Administração, tendo em vista a influência da atuação popular na formulação das decisões políticas e na gestão da coisa pública, fornecendo-lhes a necessária legitimidade democrática.

Ao consagrar, junto aos mecanismos representativos, o princípio da participação direta na gestão pública, o texto constitucional, no que dotado de inequívoca força normativa, promoveu a emergência de diversos institutos alusivos à gestão e controle de políticas governamentais. A leitura dos capítulos revela extenso rol de preceitos nos quais mencionada, expressamente, a “participação da comunidade” na atuação estatal, notadamente na área da saúde – artigo 198, inciso III –, da seguridade social – artigo 194, inciso VIII –, da política agrícola – artigo 187, cabeça –, da gestão democrática da educação – artigo 206, inciso VI – e da assistência social, estabelecida, de forma específica, a presença, “por meio de

organizações representativas”, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis – artigo 204, inciso II.

Em sede doutrinária, vale mencionar a lição de Enid Rocha:

A inscrição de espaços de participação da sociedade no arranjo constitucional das políticas sociais brasileiras apostou no potencial das novas institucionalidades em mudar a cultura política do país, introduzindo novos valores democráticos e maior transparência e controle social na atuação do Estado no tocante às políticas sociais.

Quando se vislumbra centelha de esperança na participação da comunidade, mesmo no campo opinativo, causa espécie a paradoxal iniciativa do Estado em bloqueá-la, em mitigar o acesso, como se, dono e senhor de todos os anéis, pudesse, num rasgo de onisciência e onipresença, compreender e ir ao encontro das soluções pertinentes para calar os anseios populares, no mais das vezes voltados ao básico necessário à sobrevivência. E veja-se que se cuida de meras proposições no sentido de melhoria no acompanhamento da gestão pública; aposta-se na experiência do dia a dia, na ideia coerente de que quem mais precisa atuar é o próprio povo. É sabença geral: de uma prancheta é fácil imaginar soluções geniais. Difícil é pô-las em prática atendendo, sobretudo, aos interesses dos envolvidos e respeitando, à quase reverência, o valor do dinheiro público.

Não tenho como ousadas as normas em discussão. Entendo-as realistas, a consagrarem a verdadeira sabedoria popular e revelarem amadurecimento político dos brasileiros. Aprende-se a democracia exercitando-a, e isso é preceito antigo em sociedades desenvolvidas e politicamente aprimoradas. Inexiste risco na participação democrática; perigos há, e muitos, nas tentativas de obstruí-la, olvidando-se o direito universal de cada um de opinar ou mesmo interferir nas ações que pautarão o destino.

Ante essas premissas, passo ao exame dos artigos 54 e 55 da Lei Orgânica do Município de São Paulo.

Não se verifica, sob o ângulo formal, inconstitucionalidade, levando em conta problemática alusiva à higidez do processo legislativo. É pacífico ser do Executivo a iniciativa de lei a versar organização e funcionamento dos órgãos de prefeitura. Tendo em vista o argumento, não se mostra possível chegar-se a norma com esse teor, observados os referidos dispositivos. O mandamento não surge descumprido quando se disciplina colegiado não

integrante da Administração direta ou autárquica. Observem a posição topográfica, na lei paulistana de hierarquia maior, dos Conselhos, no que interessa diretamente à compreensão da questão em análise:

CAPÍTULO I DO PODER LEGISLATIVO

Seção I DA CÂMARA MUNICIPAL (art. 12-14)

Seção II DOS VEREADORES (art. 15-23)

Seção III DA MESA DA CÂMARA (art. 24-28)

Seção IV DAS SESSÕES (art. 29-31)

Seção V DAS COMISSÕES (art. 32-33)

Seção VI DO PROCESSO LEGISLATIVO (art. 34-46)

Seção VII DA FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL,
FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA (art. 47-53)

Seção VIII DOS CONSELHOS DE REPRESENTANTES
(art. 54-55)

Ao prover o agravo, determinando a sequência do extraordinário, assentei:

O exame dos artigos 54 e 55 da Lei Orgânica do Município de São Paulo e, principalmente, da Lei municipal nº 13.881/2004 revela, no que toca aos questionados "Conselhos de Representação", inexistir criação de cargos, funções ou empregos públicos da Administração direta ou autárquica a ensejar a reserva de iniciativa legislativa prevista no artigo 61, § 1º, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal.

Os diplomas legais não versam órgão integrante da estrutura da Administração Pública [...]

[...]

É dizer, os atos impugnados direcionam à compreensão de não estarem os Conselhos incorporados na Administração direta ou autárquica. A ressaltar a óptica, notem que não foram inseridos, na Lei Orgânica do Município de São Paulo, sob a rubrica do Poder Executivo, mas, sim, no capítulo direcionado ao Legislativo, evidenciando as finalidades de fiscalização do trato da coisa pública e promoção da participação política da sociedade civil.

O artigo 54 dispõe corresponder um Conselho a cada área administrativa, a ser definida em lei, que tratará da forma de eleição dos membros. Inexiste, no texto, conflito manifesto com preceito constitucional.

A cabeça do artigo 55 prevê competirem ao organismo, além do estabelecido em lei, as atribuições enumeradas nos três incisos. Quanto a estes, confiro interpretação conforme à Constituição, para não ter como vinculativa ou coercitiva, no tocante a ações do Executivo, a atuação do Colegiado. Passemos a eles.

O inciso I prevê a participação, na esfera local, do processo de planejamento municipal e, em especial, da elaboração das propostas de diretrizes orçamentárias e do orçamento, bem como do plano diretor e respectivas revisões. O alcance da cláusula deve ser percebido a partir do princípio da razoabilidade, ou seja, exercício dentro dos limites da atividade secundária de controle desenvolvida pelo Legislativo. No mais, o que se constata, em última análise, é a inserção de mecanismo com a finalidade de otimizar o desempenho do ente federado. Ao buscar viabilizar a participação da sociedade nos assuntos de interesse local, dá-se ênfase a predicados inerentes à cidadania.

O inciso II refere-se à presença no controle da execução do orçamento e demais atos da Administração. A Lei Maior preceitua – artigo 31 – caber ao Legislativo a fiscalização do Município. Já no inciso XI do artigo 29, estabelece ser a organização da função de controle da Câmara municipal matéria a ser atendida na elaboração da Lei Orgânica. Promulgada esta na Capital paulista, traduzindo vontade popular manifestada por meio de sufrágio, viabilizou-se, ao Legislativo, a criação de Conselho vinculado à própria estrutura, com participação social.

O respeito à independência dos Poderes não pode significar exclusividade do Executivo na atividade criativa, considerados arranjos institucionais para melhor desempenho na missão constitucional. Na Carta da República, não são encontrados parâmetros a impedirem a instituição, pelo Legislativo, de novos mecanismos voltados ao exercício da atividade de controle. Muito menos blindagem destinada a proteger, do escrutínio do povo, os administradores da coisa pública. A medida é incompatível com a liberdade de informação e a ideia de democracia, a pressupor, como adverte Norberto Bobbio, o exercício do poder público em público, de forma a viabilizar a crítica e o acompanhamento social. As ações administrativas devem ser tomadas à luz do dia, à luz da democracia. Nada mais conducente à confiança da população do que a transparência.

Nos regimes democráticos, os órgãos públicos não guardam nem produzem documentação visando benefício próprio. Atuam como

curadores de dados pertencentes ao povo. A garantia de acesso é princípio basilar da ordem constitucional vigente, tendo sempre do Estado o grave ônus de demonstrar os motivos a justificarem restrição.

O dispositivo está em plena consonância com o ditame democrático e republicano. Viabiliza-se ao Conselho de Representantes o acesso a informações passíveis de serem enquadradas como públicas. Iniludivelmente o são as alusivas às ações dos administradores. Não se cuida de caça às bruxas – daí inviável placitar a utilização imprópria do vocábulo “investigação” na peça primeira da representação de inconstitucionalidade – quando, então, ficaria inaugurada verdadeira época de descontrole social, de terror. Dos textos normativos, são extraídas as melhores intenções, não havendo espaço a que se cogite de inviabilização ou emperramento da máquina. A quadra é reveladora de um novo senso de cidadania, transparecendo o interesse geral em dominar, sob o ângulo do conhecimento, tudo o que se implemente na seara administrativa, presentes atos omissivos e comissivos.

A previsão da atribuição fiscalizatória por intermédio de órgão colegiado não destoa do decidido na ação direta de nº 3.046, Pleno, relator ministro Sepúlveda Pertence, acórdão publicado em 28 de maio de 2004:

O poder de fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo é outorgado aos órgãos coletivos de cada câmara do Congresso Nacional, no plano federal, e da Assembleia Legislativa, no dos Estados; nunca, aos seus membros individualmente, salvo, é claro, quando atuem em representação (ou apresentação) de sua Casa ou comissão.

Também não há discrepância com o assentado, na vigência da Lei nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação –, quando do exame do recurso extraordinário nº 865.401, relator ministro Dias Toffoli, acórdão veiculado no Diário da Justiça eletrônico de 19 de outubro de 2018, no qual reafirmada a óptica coletiva do controle:

Direito fundamental de acesso à informação de interesse coletivo ou geral. Recurso extraordinário que se funda na violação do art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal. Pedido de vereador, como parlamentar e cidadão, formulado diretamente ao chefe do Poder Executivo solicitando informações e documentos sobre a gestão municipal. Pleito indeferido. Invocação do direito fundamental de

acesso à informação, do dever do poder público de transparência e dos princípios republicano e da publicidade. Tese da municipalidade fundada na separação dos poderes e na diferença entre prerrogativas da casa legislativa e dos parlamentares. Repercussão geral reconhecida.

1. O tribunal de origem acolheu a tese de que o pedido do vereador para que informações e documentos fossem requisitados pela Casa Legislativa foi, de fato, analisado e negado por decisão do colegiado do parlamento.

2. O jogo político há de ser jogado coletivamente, devendo suas regras ser respeitadas, sob pena de se violar a institucionalidade das relações e o princípio previsto no art. 2º da Carta da República. Entretanto, o controle político não pode ser resultado apenas da decisão da maioria.

3. O parlamentar não se despe de sua condição de cidadão no exercício do direito de acesso a informações de interesse pessoal ou coletivo. Não há como se autorizar que seja o parlamentar transformado em cidadão de segunda categoria [...].

Destaco, nesse último julgamento, voto do ministro Luiz Edson Fachin, no que considerada plural a forma de controle:

[...] Isso para que não prevaleça o entendimento de que somente os tribunais de contas, no exercício constitucional de suas específicas atribuições, são detentores do direito de acesso às informações sobre as contas e os documentos relacionados à gestão pública.

Quanto ao inciso III, dispõe sobre o encaminhamento de representações ao Executivo e à Câmara municipais, de questões do interesse da população. Atentem para a dinâmica instituída, considerado o bom senso, a noção de razoabilidade presente a proporcionalidade. Trata-se de envio de documentos de natureza opinativa e sugestiva, sem contornos coercitivos, como o são os atos decorrentes do poder de polícia ou os pronunciamentos jurisdicionais.

No tocante à Lei nº 13.881/2004, a conclusão sobre a improcedência da arguida inconstitucionalidade formal decorre do que assentado em relação aos artigos 54 e 55 da Lei Orgânica do Município. Ausente criação de órgãos, cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta ou autárquica, a ensejar reserva de iniciativa legislativa ao Chefe do Executivo. Reafirmo: o Colegiado integra a estrutura do Legislativo.

Por essa razão, o inciso XXI do artigo 14 e o § 1º do artigo 37 da Lei Orgânica – que passaram despercebidos na representação de inconstitucionalidade – revelam a deflagração do processo legislativo mediante impulso parlamentar. Confirmam:

Art. 14 – Compete privativamente à Câmara Municipal:
[...]
XXI - criar, organizar e disciplinar o funcionamento dos Conselhos e Comissões da Câmara Municipal.
[...]

Art. 37 - A iniciativa das leis cabe a qualquer membro ou Comissão permanente da Câmara Municipal, ao Prefeito e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Lei Orgânica.

§ 1º - Compete exclusivamente à Câmara Municipal a iniciativa das leis que disponham sobre os Conselhos de Representantes, previstos na seção VIII deste capítulo.
[...]

Sob o ângulo material, observa-se ter havido, na decisão recorrida, declaração de inconstitucionalidade ante arrastamento consequencial de toda a lei, ou seja, a admissão do vício em relação a certos artigos conduzindo à impossibilidade de aproveitamento dos demais. Análise do texto legal implica conclusão contrária. Verifica-se higidez na maioria dos dispositivos. A virtude, lembram os antigos, reside no meio-termo, no equilíbrio. Descabe conferir, sem qualquer temperamento, o mesmo tratamento a regras nitidamente distintas, extirpando-se do cenário jurídico normas válidas.

Nas palavras de Robert Alexy: “Uma constituição pode decidir questões fundamentais, e, nesse sentido, ser uma ordem-fundamento, e, mesmo assim, deixar muitas questões em aberto e, nesse sentido, ser uma ordem-moldura”.

Envolvida participação da sociedade no acompanhamento da gestão pública, com densidade democrática elevada, o Supremo há de adotar postura de deferência à solução jurídica encontrada pelos formuladores. Em jogo faz-se a legitimação institucional, por parte do Legislativo, para a tomada de decisão.

O Parlamento é a arena preferencial de deliberação na democracia representativa, de modo que, ao prever, em âmbito local, a existência de determinado colegiado enquanto mecanismo de atuação direta da sociedade civil, no acompanhamento da gestão da coisa pública, acaba por dar, mediante a institucionalização de espaços de participação social, concretude ao que se pode denominar “espírito de 1988” – a ser levado em conta, linear e indistintamente, por todos os Poderes da República. Cumpre à Casa Legislativa atuar no âmbito da prerrogativa que lhe é própria – discutir, em sede deliberativa, fiscalizatória e legiferante, os grandes temas nacionais e as diretrizes da atividade estatal na condução de políticas públicas.

Interpretação em sentido diverso, esvazia importante espaço institucional de diálogo entre os Poderes, o que não se confunde com eventual tentativa de manietar o Executivo com a supressão ou limitação das atribuições essenciais do Chefe do Poder no desempenho da função de gestor superior da Administração. Levado às últimas consequências, o raciocínio implica fulminar qualquer possibilidade de se ter efetiva participação da sociedade no acompanhamento da gestão da coisa pública, que é de todos.

O inciso VI do artigo 2º da Lei nº 13.881/2004 versa a observância da não sobreposição consideradas atividades de outras formas de representação da sociedade civil, cabendo ao Conselho de Representantes atuação integrada e “complementar” às áreas temáticas de cada colegiado. A República encontra-se assentada na separação dos poderes, os quais devem, no relacionamento recíproco, agir com independência e harmonia, predicados cuja adequada concretização pressupõe o exercício de cada qual na área reservada pela Constituição Federal, presente o artigo 2º. As ações de colegiados criados pelo Executivo e as do conselho vinculado ao Legislativo são de índoles diversas, institucionalmente separadas. Há de ser expungida a expressão “complementar” por ensejar avanço indevido, ainda que de forma subsidiária, sobre seara própria de outro Poder.

Em relação aos artigos 4º e 5º, a tratarem da composição do Conselho, inexistente excepcionalidade ou ofensa direta à Lei Maior. Inviável placitar as ilações vagas lançadas nas contrarrazões do extraordinário, no sentido de ter-se presente “propósito subjacente”. Surge precipitado voto de desconfiança que, tomado como orientação, em nada aproveita no que se refere ao entendimento entre Poderes. Não há extravagância na previsão de um terço dos membros serem indicados por agremiações políticas,

observada a proporcionalidade na distribuição de assentos. Antes, agrega valor. Consubstanciam os partidos, no sistema representativo, a via de participação do cidadão.

Quanto aos incisos IV, VIII a X e XIII a XVI do artigo 9º, mostra-se pertinente a interpretação conforme à Constituição de 1988, afastada a atuação vinculativa ou coercitiva do Conselho. Cabe o mesmo tratamento no que concerne ao § 1º do artigo 12, a fim de se ler “Legislativo” no vocábulo “Município”, relativamente à incumbência de formalizar convênios a viabilizarem as eleições dos integrantes.

Não se harmonizam com a Constituição Federal o § 3º do artigo 12, o § 2º do artigo 15 nem a expressão “através da Subprefeitura” constante do § 2º do artigo 20, no que estabelecido ser do Executivo o ônus de dar publicidade a atos e à eleição do Conselho, bem assim de divulgar, no Diário Oficial local, o resultado do pleito. Pelo mesmo motivo – estabelecimento de encargo ao Executivo –, conflitam com a Lei Maior, presente excesso do Legislativo em detrimento do âmbito de atuação do Executivo, o título do Capítulo VII – “DA RESPONSABILIDADE DO PODER EXECUTIVO” – e o artigo 22, acerca de celebração de convênio com a Justiça Eleitoral e realização das eleições dos Conselhos.

Confiro interpretação conforme ao artigo 23, tendo em vista o vocábulo “Município”, para assentar ser do Legislativo o encargo de organizar curso de capacitação para candidatos, titulares e suplentes dos Conselhos.

O artigo 25, no que prevê regulamentação da lei pelo Poder Executivo, ao qual cabe adotar “todas as medidas necessárias à sua implementação no prazo de 90 (noventa) dias”, não resiste ao contraste com princípio da separação dos Poderes, por encerrar disciplina afeta ao Legislativo.

Os demais preceitos são compatíveis com a Constituição Federal, não extrapolando os limites normativos nem contrariando a separação dos poderes. Ao contrário, justificam-se quando levadas em conta as bases estruturais da democracia. Tudo recomenda que se aguardem os resultados do que surge como a viabilizar, simplesmente viabilizar, mediante controle por parte do povo, a gestão democrática. A experiência há de ser preservada, caminhando-se para a realização de verdadeiro Estado Democrático de Direito consagrado em 1988.

Provejo parcialmente o extraordinário para assentar a higidez constitucional dos artigos 54 e 55, cabeça, da Lei Orgânica do Município de São Paulo. Dou interpretação conforme a todos os incisos do citado artigo

55, bem assim, no tocante à Lei municipal nº 13.881/2004, aos incisos IV, VIII, IX, X, XIII, XIV, XV e XVI do artigo 9º, para não ter como vinculativa ou coercitiva a atuação do Conselho, ao § 1º do artigo 12 e ao artigo 23, assentando caber ao Legislativo firmar convênios e organizar curso de capacitação. Ainda quanto à Lei nº 13.881/2004, concluo pela inconstitucionalidade das expressões “complementar”, contida no inciso VI do artigo 2º; “através da Subprefeitura”, constante do § 2º do artigo 20; dos parágrafos 3º do artigo 12 e 2º do artigo 15; do título do Capítulo VII – “Da Responsabilidade do Poder Executivo” –; dos artigos 22 e 25, declarando compatíveis com a Lei Maior os demais. Eis a tese: “Surge constitucional lei de iniciativa parlamentar a criar conselho de representantes da sociedade civil, integrante da estrutura do Poder Legislativo, com atribuição de acompanhar ações do Executivo”.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 02/02/2009