

A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, QUE INSTITUIR PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA

Gustavo Merçon¹

Resumo

A instituição legal de poder de polícia administrativa implica em limitação da liberdade dos destinatários. Entretanto, cabe a estes destinatários, por meio do controle de constitucionalidade difuso, promoverem as ações judiciais necessárias quando a legislação instituidora do poder de polícia administrativa for decorrente de iniciativa parlamentar, haja vista que se vislumbra na hipótese, em tese, inconstitucionalidade formal insanável.

Palavras-chave: iniciativa parlamentar; fiscalização, multa, inconstitucional.

1. Introdução

O Princípio da Legalidade, endereçado no *caput* do artigo 37 da Constituição da República, requer vinculação da administração pública dos entes federados no que tange a sua ação de ingerência na atividade e no patrimônio das pessoas físicas e/ou jurídicas privadas. Neste mister, converge para a observância inafastável da reserva legal para fins de instituição de poder de polícia das administrações públicas federal, estadual, distrital e municipal. Todavia, a ingerência decorrente desta ação estatal exige, igualmente, que a legislação própria seja válida juridicamente, principalmente no que concerne a discussão específica das correntes divergentes que defendem, *in casu*, haver ou não inconstitucionalidade formal da norma jurídica instituidora quando for a mesma oriunda de iniciativa/autoria legislativa de parlamentar, em cotejo com a argumentação de que o poder de polícia administrativo implica em organização de pessoal e atribuição novel para órgãos públicos do Poder Executivo – circunstância esta que a matéria legislativa só poderia ser de autoria (iniciativa legislativa privativa) do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador do Estado, Governador Distrital ou Prefeito Municipal).

Destarte, o problema apresentado esta exatamente na divergência destas correntes, sendo que a metodologia dogmática a ser empregada terá, por teleologia, a finalidade de aferir adequado diagnóstico jurídico a respeito de ser ou não formalmente inconstitucional a lei que instituir poder de polícia administrativa (fiscalização/sanção administrativa), quando for esta legislação proveniente de iniciativa/autoria parlamentar. Desta definição, tem-se nesta pesquisa o delineamento e a identidade de seu objeto cognoscente.

Em destaque, a importância desta diagnose é que a mesma servirá – como meio metodológico dogmático – para definir, no caso concreto aventado, se existe ou não prejuízo para as pessoas físicas e jurídicas privadas na fruição de seus direitos e de suas propriedades tolhidos pela ação estatal de fiscalizar e autuar com sanção administrativa.

¹ Mestre em Direito, Procurador da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, professor de Direito Constitucional e Ciência Política.

Outrossim, o diagnóstico a ser apurado propiciará fundamento jurídico para a defesa de interesses – em processos administrativos ou judiciais – tanto por parte das pessoas jurídicas de direito público interno detentoras do poder-dever do exercício do poder de polícia administrativo, quanto, por outro prisma, das pessoas físicas e jurídicas privadas tolhidas de liberdade de ação e de patrimônio em face de ações fiscalizatórias e/ou aplicação de autuações administrativas.

2. Do poder de polícia administrativa e a reserva legal

Ante a sua hegemonia interna, o Estado possui prerrogativas especiais perante os indivíduos e as pessoas jurídicas privadas, sem as quais não se tornaria possível organizar a vida em sociedade, tendo em vista que essa não se organiza voluntariamente, sendo imprescindível a existência de um poder para regê-la e torná-la organizada. Com a evolução estatal, a entidade que decorre da organização política da sociedade passou a nortear as relações sociais entre as pessoas físicas e jurídicas privadas e entre estas e a Administração Pública, pondo-se, precipuamente, a serviço da coletividade e da própria estrutura estatal.

Nesse diapasão, o interesse particular se curva perante o interesse público pela faculdade do axioma gabaritado pelo Princípio da Supremacia do Interesse Público. E, por decorrência e em razão dessa ordem, a Ciência do Direito fundou o instituto jurídico do “Poder de Polícia Administrativa” para munir legalmente o poder estatal, já que o Estado possui a missão de protagonizar as relações sociais e a ordem pública. Na hipótese, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello², o poder de polícia administrativo é compreendido exatamente com esta inteligência, ou seja, como um *complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos*.

Por seu turno e corroborando com entendimento exposto, José dos Santos Carvalho Filho³ ensina que poder de polícia é a *prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade*. Para o saudoso, mas sempre atual, Hely Lopes Meirelles⁴, o referido poder é a *faculdade que dispõe a Administração para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado*.

Hodiernamente, nos parlamentos brasileiros, verifica-se uma enormidade de projetos de lei, em tramite legislativo, com objeto normativo de identidade e natureza da atuação estatal de poder de polícia administrativa, ou seja, que visam instituir atividade da administração pública que disciplina interesse ou liberdade, regula a prática de ato, em razão de interesse público concernente a defesa, por exemplo, do consumidor, da saúde pública, da proteção ao meio ambiente etc. – *foco de interesse público (finalidade)*. Para o doutrinador José Maria Pinheiro Madeira⁵ a ideia jurídica é:

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros: 2006, p. 772.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2005, p.62.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.82.

⁵ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração pública*. Tomo I. atual. 11 ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010. p. 119.

“Outra não é a finalidade do poder de polícia se não a proteção dos interesses públicos, no seu sentido mais amplo e nos diversos aspectos em que estes possam estar presentes, tais como os valores material, moral, cultural etc. É mister que para o Estado exercer essa proteção atuará imbuído de seu peculiar poder de polícia, e nesse contexto, o interesse do particular, que será o ápice dessa tutela, mas, ao contrário, poderá a administração até mesmo condicionar o exercício dos direitos individuais e o uso de bens que afetem a comunidade, de forma preventiva ou repressiva.”

Da aula proferida, a legitimidade das leis instituidoras da ação de poder de polícia só é aferida pelo pleno juízo de compatibilidade necessário no entendimento de finalidade pública albergada por cada legislação desta natureza normanda. A finalidade (teleologia) legal deve confluir para a proteção dos interesses coletivos razoáveis, reais e pertinentes, dessa premissa firma-se silogismo lógico com a finalidade padrão do poder de polícia administrativa. Nessa linha, proclama José dos Santos Carvalho Filho⁶ (*Manual de direito administrativo*. rev., ampl. e atual. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, p. 66), vejamos:

“(...) outra não poderia ser a finalidade dessa intervenção através do poder de polícia senão a de proteção dos interesses coletivos, o que denota estreita conotação com o próprio fundamento do poder, ou seja, se o interesse público é o fundamento inspirador dessa atuação restritiva do Estado, há que se constituir algo dela a proteção dos mesmos interesses. Este tem que ser entendido em sentido amplo, para alcançar todo e qualquer aspecto, como material, moral, cultural, ecológico etc.”

Prosseguindo, nota-se que o poder de polícia administrativa se irradia para compreender quatro etapas ou formas de atuação do ato de polícia, a saber: (i) *ordem de polícia*, (ii) *consentimento de polícia*, (iii) *fiscalização de polícia* e (iv) *sanção de polícia*. As duas últimas etapas (fiscalização e sanção de polícia) são integrantes do objeto de cada ação de Poder de Polícia criada pela lei e são, também, por ela definidas (na própria ordem de polícia), já que é inócuo e ilógico juridicamente instituir uma obrigação que o seu descumprimento não gerasse consequência punitiva para o infrator.

Em importante adendo sobre o tema da necessidade de norma secundária prevendo sanção para o descumprimento da ordem primária, tem-se que a referida ausência de sanção carcome a juridicidade de tal preceptivo, na medida em que o estabelecimento de uma sanção institucionalizada, capaz de fazer frente à inobservância do dever criado pela entidade estatal, é da essência da norma tida como jurídica (Hans Kelsen⁷). Sem tal elemento, a norma não poderá ser considerada jurídica, apenas, quando muito, social. A melhor doutrina (Noberto Bobbio⁸) destaca, há tempos, a importância da sanção como

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. rev., ampl. e atual. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, p. 66.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 36, 159-160.

⁸ BOBBIO, Noberto. *Teoria da norma jurídica*. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2001, p. 159-160.

elemento caracterizador e essencial do fenômeno jurídico-normativo, haja vista que tanto a mera sanção interna (sanção moral) ou mesmo a sanção externa não institucionalizada (sanção social) são de eficácia efetiva escassa e sem parâmetro de pronto resultado na equação *violação-resposta*.

A luz disto, a legislação que produz a “*ordem de polícia*” com os seus desdobramentos (fiscalização e sanção de polícia), pois a inteligência de tal etapa e seus desdobramentos (demais etapas) correspondem a previsão legal necessária para as atuações estatais preconizadas, na medida em que a instituição de poder de polícia incide obrigatoriamente sobre o campo da “*reserva legal*” e, portanto, só pode ser instituído por “lei”. Com estas etapas instituídas pela “lei” (Lei Ordinária ou, se for o caso, Lei Complementar), cria-se a atuação específica estatal de poder de polícia administrativa e, isto posto, atender-se-ia ao Princípio da Legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição da República).

Em síntese, a pedagogia apresenta esforço a práxis do interprete, no diapasão de identificar nas leis em geral, definidoras de poder de polícia administrativa, principalmente a *ordem de polícia*, com a previsão das demais etapas que dela se desdobram como pressupostos, ou seja, a aplicação de sanções para os infratores (*sanção de polícia*) e, claro, a fiscalização permanente que antecede esse processo sancionatório (*fiscalização de polícia*). A partir desta avaliação jurídica da lei, o esforço do exegeta foca na fase legislativa que ensejou a lei em estudo, assim, o interprete passa a buscar a identificação de qual autoridade ou órgão público lhe deu iniciativa legislativa; em outros termos, quem foi o autor do projeto de lei que deu origem a lei estudada e, se neste mister identificar ser a lei em análise foi originária de iniciativa de parlamentar, terá nova missão de aferir se a legislação em erudição é ou não inconstitucional em face desta descoberta.

3. Da iniciativa parlamentar de lei instituidora de Poder de Polícia e a sua possível inconstitucionalidade

Preliminarmente, faz-se necessário a intelecção de que todos os entes federados brasileiros (União, Estados Membros, Distrito Federal e Municípios) estão sujeitos ao molde do Princípio da Simetria/Paralelismo de Formas oriundo do Princípio da Federação. Vale dizer que os entes federados possuem legitimidade para instituir ações de poder de polícia administrativa no âmbito de seus territórios, porém, devem observar os preceitos constitucionais comuns de iniciativa legislativa privativa do respectivo Chefe do Poder Executivo. Nessa essência firma o Supremo Tribunal Federal:

“Processo legislativo dos Estados-membros: absorção compulsória das linhas básicas do modelo constitucional federal entre elas, as decorrentes das normas de reserva de iniciativa das leis, dada a implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos poderes: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal.” [ADI 637, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 25-8-2004, P, DJ de 1º-10-2004.]

Desta orientação têm a definição de que a República Federativa do Brasil é um Estado composto por coordenação sob a forma de Federação e, neste gabarito federativo, os entes

federados conformam o Estado. Assim, o poder de polícia administrativa pode ser instituído por qualquer um dos entes federados, com observância apenas das respectivas competências legislativas (observado o princípio da simetria legislativa) e administrativas definidas pela Constituição da República em vigência. Bem assim, radiografando a estrutura orgânica dos Entes Federados, vislumbra-se que o poder em questão é disseminado entre órgãos administrativos de todos os poderes e entidades públicas, por meio de edição de suas próprias leis. Sob esse exclusivo aspecto, a rigor, os projetos de lei que instituírem poder de polícia administrativa não inflamam patologia de inconstitucionalidade material, mas, sob o aspecto da iniciativa legislativa privativa dos Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual, distrital e municipal, a doutrina é divergente.

A corrente doutrinária que defende a inconstitucionalidade ampara-se na previsão expressa da Constituição Federal (alíneas “a” e “e”, inciso II, do §1º, do art. 61), na medida em que, por força do Princípio de Simetria de Formas dos Entes Federados, se replica como prerrogativa irrenunciável para todos os Chefes de Poder Executivo do Brasil. Determina a Constituição da República:

“Art. 61.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I -

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

(...)

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;”

A partir desta ordem constitucional, esta corrente argui que não poderia validamente um projeto de lei de iniciativa parlamentar impor fiscalização e sanção administrativa para infratores que, reflexamente, exige da administração pública a criação de, no mínimo, cargos públicos de fiscais ou, ao menos, a criação de funções gratificadas correspondentes, ou, ainda, que imponham atribuição nova para órgãos do Poder Executivo⁹. Sob este enfoque, as atribuições dos órgãos públicos fazem parte integrante e estrutural da própria criação dos mesmos (efeito que se perdura enquanto existir o órgão), não pode um projeto de lei de autoria parlamentar definir atribuições novas (fiscalização e aplicação de multa pecuniária) para o Poder Executivo.

Adverso a este posicionamento, outra corrente se levanta para defender que a instituição de poder de polícia administrativo, por projeto de lei de autoria parlamentar, é válida, principalmente porque a Emenda Constitucional nº 32/2001 suprimiu do texto, da alínea

⁹ Muito embora a Emenda Constitucional nº 32/2001 tenha retirado do texto da alínea “e”, do inciso II, do §1º, do art. 61, da CR o termo atribuições, muitas decisões de tribunais continuam compreendendo ser, em regra, as atribuições dos órgãos públicos e das entidades da administração pública indireta matéria de iniciativa legislativa privativa do chefe do Poder Executivo. Vide decisões neste próprio artigo.

“e”, do inciso II, do §1º, do art. 61, da Constituição da República, os termos “atribuições” e “estruturas”. Em outras palavras, a dita corrente doutrinária argumenta que o poder constituinte reformador realinhou o Princípio da Simetria de Formas, no âmbito do processo legislativo, para ampliar o rol de possibilidades de iniciativa dos parlamentares, para tanto redefiniu:

TEXTO ORIGINÁRIO

“Art. 61.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I -

II - disponham sobre:

(...)

e) criação, **estruturação** e **atribuições** dos Ministérios e órgãos da administração pública;

NOVA REDAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32/2001

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;”

(NEGRITOS E GRIFOS DE NOSSA AUTORIA)

Portanto, segundo este entendimento, a restrição garantidora de iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo foi diminuída na medida em que as matérias *estruturação* e *atribuições* dos Ministérios e órgãos da administração pública deixaram, por efeito da inovação, migraram da órbita desta iniciativa privativa e passaram a residir no campo das matérias de franca iniciativa parlamentar (regra geral de iniciativa). Além do mais, mantê-las na área de iniciativa privativa imprimiria a hipótese da atividade legislativa – de iniciativa parlamentar (senadores, deputados federais, estaduais e distritais e vereadores) – se tornar esvaziada pelo entendimento de que qualquer Projeto de Lei – independentemente do grau de regulação – reproduziria atribuição nova e efeito da estruturação dos órgãos do Poder Executivo.

A partir da definição destas duas divergências, a análise dogmática requer a busca das fontes aceitas pela Ciência do Direito para se edificar um entendimento capaz de servir ao mister da subsunção aos casos concretos pertinentes ao objeto cognoscente do presente estudo. Neste labor, a busca demonstra considerável escassez de fontes doutrinária, legislativa e jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal¹⁰, assim impondo a articulação ater-se mais a jurisprudência dos tribunais pátrios de segundo grau.

¹⁰ Mesmo diante da inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 32/2001, o Supremo Tribunal Federal vem confirmando o entendimento de se preservar, como de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo, os projetos de lei que impuserem atribuição para os órgãos públicos do próprio Poder Executivo (ADI 1.275/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 8/6/07; ADI 2.857/ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 30/11/07). A escassez no caso está em se ter jurisprudência deste tribunal superior que trate diretamente do Poder de Polícia Administrativa.

A coleção de jurisprudência descoberta, igualmente, demonstra existir entendimentos que se complementam e, até mesmo, que são antinômicos entre si, razão pela qual o trabalho deve equalizá-los para fins de diagnóstico conclusivo. Por conseguinte, nota-se que a maior carga de jurisprudência insiste em permanecer com o entendimento de que, mormente, a ação estatal correspondente à *fiscalização/autuação* corresponde à nova atribuição para os órgãos públicos do Poder Executivo e que, mesmo com a inovação promovida pela Emenda Constitucional nº 32/2001, seria o projeto de lei de iniciativa parlamentar – que instituisse Poder de Polícia Administrativo – seria irremediavelmente inconstitucional. Do arcabouço jurisprudencial, destacam-se:

“Processo: ADI 631200320128260000 SP 0063120-03.2012.8.26.0000
Relator: Kioitsi Chicuta; Julgamento: 25/07/2012; Órgão Julgador:
Órgão Especial; Publicação: 01/08/2012

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 3.464, de 3 de janeiro de 2012, do Município de Ubatuba. **Projeto de lei de iniciativa parlamentar**. Norma que dispõe sobre medidas de combate a violência urbana, inclusive determinando interdição ou cassação de licença de funcionamento a estabelecimentos comerciais em razão da prática de ilícitos em suas dependências, **bem como aplicação da pena de multa. Exercício do poder de polícia administrativa. Competência privativa do chefe do Executivo para a iniciativa de lei sobre organização e funcionamento da Administração**, inclusive as que importem indevido aumento de despesa pública sem a indicação dos recursos disponíveis. **Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade por violação ao princípio da separação, independência e harmonia entre os Poderes.** Procedência da ação. **É inconstitucional lei, de iniciativa parlamentar**, que dispõe sobre medidas de combate a violência urbana, inclusive determinando interdição ou cassação de licença de funcionamento a estabelecimentos comerciais em razão da prática de ilícitos em suas dependências, **bem como aplicação da pena de multa, por tratar de matéria cuja competência exclusiva é do chefe do Executivo, responsável para a iniciativa de lei sobre organização e funcionamento da Administração, configurando violação ao princípio da separação de poderes por invasão da esfera da gestão administrativa.**”

“TJ-SP - Direta de Inconstitucionalidade ADI 2599559520118260000 SP 0259955-95.2011.8.26.0000 (TJ-SP); Data de publicação: 09/05/2012

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei Municipal nº 10.932 /2011, que determina a instalação obrigatória de bebedouros de água potável, pelos produtores de shows, feiras, exposições, eventos culturais e esportivos realizados no Município de São José do Rio Preto, **sob pena de aplicação de multa ao infrator - Vício de iniciativa - Ocorrência - Usurpação das atribuições próprias do Chefe do Executivo local (Prefeito) - Há quebra do princípio da**

separação dos poderes nos casos, por exemplo, em que o Poder Legislativo edita comando que configura, na prática, ato de gestão executiva. É o que ocorre quando o legislador, a pretexto de legislar, administra, em verdadeiro desrespeito à independência e harmonia entre os poderes, princípio estatuído no art. 5º da Constituição Estadual, que reproduz o contido no art. 2º da Constituição Federal. Há também não observância do disposto no art. 47, incs. II e XIV da Constituição Paulista - Infração aos arts. 5º, 20, inciso II; 25; 47, incisos III, XI, XVIII; 111, 117, 144 e 176, inciso I, todos da Constituição do Estado de São Paulo - Inconstitucionalidade declarada - Ação procedente.”

“ADI nº 994.09.230500-5 (186.260-0/4-00); REQUERENTE: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTA ISABEL; REQUERIDO: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA ISABEL; COMARCA: SÃO PAULO.

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade - Lei nº 2.376/12.12.2006, do Município de Santa Isabel, **de iniciativa parlamentar** e promulgada pelo Presidente da Câmara Municipal após ser derribado o veto do alcaide, que "Dispõe sobre a instalação de câmeras de vídeo no entorno de todas as agências bancárias e instituições financeiras localizadas no Município, e dá outras providências" - **padece de inconstitucionalidade a vereadora lei hostilizada não por obrigar as agências bancárias e as instituições financeiras localizadas no Município a instalarem e manterem em funcionamento câmeras de vídeo colocadas no seu entorno, mas por sujeitar suas infratoras a multa** por câmera não instalada ou por serviço de gravação e arquivamento por câmera não realizado, **haja vista que a imposição da coima pressupõe fiscalização do cumprimento da norma e tal serviço, diretamente afeito à Administração, somente o Prefeito poderia propor fosse criado.** Além disso, é serviço, esse, que custa aos cofres públicos, afigurando-se também inconstitucional sua criação com base em previsão genérica da origem dos recursos necessários ao seu sustento - violação aos artigos 5º, 25, 47, II, e 144 da Constituição Estadual – **ação procedente.**”

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 7.161, de 1º de setembro de 1995, do Município de Ribeirão Preto, decorrente de **projeto de iniciativa parlamentar**, aprovada pela câmara, vetado pelo Prefeito e transformado em lei mediante rejeição do veto e promulgação pelo Presidente da edilidade - Lei que declara obrigatória, no município, a instalação de sistemas de detecção de metais em ginásios esportivos e campos de futebol públicos ou particulares, com capacidade superior a três mil pessoas, **cominando multa para o caso de infração**, determinando a regulamentação da lei pelo Executivo no prazo de sessenta dias e estabelecendo que as despesas com a execução da lei corra por conta das dotações

orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário – **Matéria atinente à administração pública de interesse local, reservada à iniciativa do processo legislativo correspondente reservada à competência privativa do chefe do executivo** pelo artigo 47, II, da Constituição Estadual, princípio este de observância obrigatória pelos municípios por força do artigo 144, da Constituição Estadual - Lei que violou ainda a disposição do artigo 25, da Constituição do Estado, por não indicar com precisão, a não ser genericamente, os recursos disponíveis próprios para atender a criação ou aumento das despesas decorrentes da implementação da fiscalização do cumprimento das novas regras estabelecidas - **Ação procedente.**" (Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei n. 102.744-0/9-00 - São Paulo - Órgão Especial - Relator: PAULO SHINTATE - 20.08.03 - V.U.)

"Inconstitucionalidade - Ação Direta – Lei Municipal - Determinação para que estabelecimentos bancários e de crédito coloquem banheiros à disposição do público **com previsão de punições** - **Matéria de caráter administrativo - Vício de iniciativa.** Criação de despesas sem indicação dos recursos pertinentes - **Violação aos princípios de harmonia e separação dos poderes** e à regra do art. 25 da Constituição Estadual - **Ação procedente.**" (Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei n. 155.73 6-0/5 - São Paulo - Órgão Especial - Relator: MAURÍCIO VIDIGAL - 25.11.09 - V.U.)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal - Fixação de tempo para atendimento ao público em agência bancária **com criação de sanções e procedimento para sua aplicação** - **Matéria de caráter administrativo - Vício de iniciativa - Violação aos princípios de harmonia e separação dos poderes** e à regra do art. 144 da Constituição Estadual – **Ação procedente.**" (Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei n. 994.08.014273-5 - São Paulo - Órgão Especial Relator: ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS 03.02.10 - V.U.).

"ADI – LEI MUNICIPAL Nº 8.717 DE 2013 DO MUNICÍPIO DE VITÓRIA – PERMITE AOS LAVADORES AUTÔNOMOS UTILIZAREM NA ATIVIDADE EQUIPAMENTOS, MÁQUINAS E REBOQUES AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL Nº 8.717/2013 – PERMITE AOS LAVADORES AUTÔNOMOS UTILIZAREM NA ATIVIDADE EQUIPAMENTOS, MÁQUINAS E REBOQUES – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL – INEXISTÊNCIA – ATIVIDADE JÁ DISCIPLINADA PELA LEI Nº 8.108/11 – **AUSÊNCIA DE INCREMENTO DAS ATIVIDADES DO MUNICÍPIO** E DAS DESPESAS JÁ EXISTENTES – **RISCO DE ENGESSAR A ATIVIDADE LEGISLATIVA DE INICIATIVA DOS MEMBROS DO LEGISLATIVO – AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.**

1. **A atividade dos lavadores já é autorizada por lei – Lei Municipal nº 8.108/11 – e a fiscalização exigida do Município, no exercício do**

Poder de Polícia administrativa, não será maior ou menor pelo fato de que os lavadores poderão, a partir da Lei Municipal nº 8.717/13, se utilizar de “equipamentos, máquinas e reboques”. Persistirá a obrigação de fiscalizar, inclusive para que não haja impacto ambiental da atividade exercida pelos lavadores. A obrigação de fiscalizar, portanto, é antecedente à novel legislação, de modo que não se criou atribuições para as Secretarias Municipais. Antes da Lei confrontada já era obrigação do Município fiscalizar a atividade e verificar eventuais impactos ambientais causados no descarte da água utilizada. Agora, persiste a mesma obrigação de fiscalizar a atividade e identificar eventuais impactos causados pelos lavadores autônomos.

2. Corre-se o risco de chegarmos ao ponto em que a atividade legislativa, de iniciativa dos membros do Legislativo (Vereadores, Deputados e Senadores), fique engessada pela compreensão de que qualquer Projeto de Lei, em menor ou maior intensidade, repercute nas atividades dos órgãos do Executivo. De fato, a Constituição Estadual preza, em seu artigo 63, parágrafo único, inciso VI, pela definição das atribuições das Secretarias por meio de lei de iniciativa do Chefe do Executivo, **todavia quando Projeto de Lei de iniciativa do Legislativo não incrementa efetivamente, mas apenas de forma reflexa, as atividades do órgão municipal – como no caso –, inexistente o vício de iniciativa.**

3. A rigor, todo e qualquer regramento normativo, mais cedo ou mais tarde, repercutirá nos órgãos do Executivo. Entretanto, **somente quando se acresce atividades efetivamente – leia-se: criam-se novas obrigações diversas das já existentes – será violada a iniciativa reservada ao Chefe do Executivo, fora isso, deve ser preservado o Projeto de Lei de iniciativa dos integrantes do Legislativo,** sob pena de nos depararmos com Projetos de Lei de iniciativa do Legislativo que nada acrescentam de relevante no ordenamento jurídico, a exemplo de Projetos que estabelecem datas comemorativas, estes desprovidos, por óbvio, de qualquer repercussão material nos órgãos do Executivo.

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

CONCLUSÃO: ACORDA O(A) EGREGIO(A) TRIBUNAL PLENO NA CONFORMIDADE DA ATA E NOTAS TAQUIGRÁFICAS DA SESSÃO, QUE INTEGRAM ESTE JULGADO, À unanimidade: Julgado improcedente o pedido.” (TJES, Classe: Direta de Inconstitucionalidade Nº 0000507-69.2017.8.08.0000, RELATOR DES. SÉRGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, **Data de Julgamento: 16/10/2017,** Data da Publicação no Diário: 16/10/2017)

“ADI - LEI DE INICIATIVA DA CÂMARA DE VEREADORES - REGULAÇÃO DO COMÉRCIO AMBULANTE OU EVENTUAL - COMPETÊNCIA RESERVADA AO PREFEITO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE INICIATIVA DA CÂMARA DE

VEREADORES. REGULAÇÃO DO COMÉRCIO AMBULANTE OU EVENTUAL. ATRIBUIÇÃO DE NOVAS OBRIGAÇÕES A ÓRGÃOS DO PODER EXECUTIVO. COMPETÊNCIA RESERVADA AO PREFEITO. VÍCIO DE INICIATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1) A Lei Complementar Municipal nº 005/13, de **iniciativa da Câmara de Vereadores de Santa Tereza, dispôs sobre a forma de funcionamento, a concessão de licença e a atividade fiscalizatória sobre vendedores ambulantes ou eventuais**. A pretexto de legislar ‘sobre assunto de interesse local’ (art. 12, inciso II, da L.O.), a **casa legislativa promulgou norma de efeitos concretos, administrando, por via transversa, o uso do espaço público e atribuindo novas competências ao Poder Executivo e aos órgãos locais**.

2) **Avançando sobre competência reservada ao Chefe do Poder Executivo, a indigitada Lei Complementar violou o princípio da separação dos Poderes, insculpido no art. 2º, da Constituição da República** e – por simetria – nos arts. 17, da Constituição Estadual e 2º, caput, da Lei Orgânica do Município de Santa Tereza.

3) Procedência da pretensão inaugural.

CONCLUSÃO: ACORDA O(A) EGREGIO(A) TRIBUNAL PLENO NA CONFORMIDADE DA ATA E NOTAS TAQUIGRÁFICAS DA SESSÃO, QUE INTEGRAM ESTE JULGADO, À unanimidade: Conhecido o recurso de PREFEITO MUNICIPAL DE SANTA TERESA e provido.” (TJES, Classe: Direta de Inconstitucionalidade Nº 0004354-16.2016.8.08.0000, Relator: DESª. ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 06/03/2017, Data da Publicação no Diário: 06/03/2017)

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL – REGULAMENTAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO DO SANDUÍCHE – ATIVIDADE COMERCIAL DESEMPENHADA POR PARTICULAR – ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA – FISCALIZAÇÃO - CÓDIGO DE POSTURAS MUNICIPAL – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – VÍCIO DE INICIATIVA – COMPETÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – LIMINAR INDEFERIDA.

1) (...), **a Lei impugnada impõe à Administração Direta obrigações referentes à fiscalização que são de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo Municipal**.

2) A Lei Municipal combatida invade o espaço de competência do chefe do poder Executivo pois a norma impugnada indubitavelmente constitui um ato concreto de administração, eis que dispõe sobre permissão de uso do espaço público, curso básico de higienização, **aplicação de multa**, ineficácia de eventuais multas aplicadas pelo Poder Executivo, **o que invade a esfera de gestão administrativa**.

3) **O artigo 63, parágrafo único, incisos III e IV, da Constituição do Estado do Espírito Santo delimita a competência do chefe do Poder Executivo para legislar acerca da forma de organização**

administrativa e dos servidores, incluindo os que realizam a fiscalização, objeto este da Lei nº 3.631 de 09 de outubro de 2013, e que em observância ao princípio da simetria, ou paralelismo, deve ser de aplicação cogente no Âmbito municipal.

4) Ação direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar inconstitucional a Lei n.º 3.631/2013 do Município de Guarapari-ES, com efeitos ex tunc.” (TJES, Classe: Direta de Inconstitucionalidade, 100140005271, Relator: ADALTO DIAS TRISTÃO, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 12/02/2015, Data da Publicação no Diário: 19/02/2015).

(TODOS OS NEGRITOS E GRIFOS DESTES JULGADOS SÃO NOSSOS)

A inteligência sinérgica da jurisprudência nacional aponta para um gabarito permissivo em parte para a iniciativa legislativa parlamentar disparar o processo legislativo de projetos instituidores de Poder de Polícia Administrativo. Fica claro que há dominância de entendimento sob os seguintes parâmetros:

Se o projeto de lei, que instituir o Poder de Polícia Administrativo, tratar de fiscalização ou multa de natureza fiscal (tributária), a condição desta específica natureza implica em permissão para a iniciativa parlamentar (STF: ADIs 2659; 724; 2304; 2392), inclusive na redução de valores de multa já instituída por lei anterior.

As restrições do parágrafo único, do artigo 61, da Constituição da República, conformam exceções (contexto restritivo) à regra que é a permissão de iniciativa parlamentar. Em outros termos, se já existir lei que preveja atribuição de Poder de Polícia Administrativo para determinado órgão público do poder executivo, o projeto de lei de iniciativa parlamentar que aderir a esta atribuição será válido juridicamente, ou seja, se legislativamente só vai ocorrer à condição de persistir a obrigação de fiscalizar (hipótese da obrigação de fiscalizar ser antecedente à pretensa legislação), não há que se falar em criação de atribuições para o Poder Executivo – não haverá incrementação efetiva de atribuição, mas somente reflexo de atribuição já existente de certo órgão público, pois, certamente, toda e qualquer normatização, direta ou indiretamente, sempre repercutirá em atividade do Poder Executivo.

Outrossim, a vedação para a iniciativa parlamentar fica adstrita a norma que acrescentar atividade/atribuição efetiva para órgão público do Poder Executivo que não tem prévia ação de Poder de Polícia, ou mesmo que tenha, mas a nova atribuição não é razoável quando em cotejo com a estrutura do órgão incumbido de fiscalizar, pois a ampliação demasiada da fiscalização implicaria em ingerência obrigatória de cunho de *organização administrativa* e de *servidores públicos* do Poder Executivo – inclusive, quanto a este último ponto tem-se o norteamento do Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade que proíbe tais projetos de lei que impor objeto normativo tão extenso que criaria impossibilidade fática de seu atendimento e de sua fiscalização (*teleologia impossível por falta de razoabilidade e capacidade fática estrutural e de pessoal do órgão público*); inclusive, esses axiomas são normas implícitas da Constituição Federal e normas expressas na Constituição do Estado do Espírito Santo (art. 32, *caput*, e art. 45, §2º).

4. Conclusão

Em defesa de livre fruição dos direitos, das pessoas físicas e/ou jurídicas privadas, atinentes as suas atividades e patrimônio, deve-se realizar adequado diagnóstico da legitimidade jurídica da ação estatal de Poder de Polícia Administrativa proveniente de lei de origem parlamentar. Esta análise feita em cada caso concreto irá sustentar juridicamente a arguição de ingerência indevida (ou de ingerência devida), por parte do Estado, em face deste molde acima especificado. Em outros termos, a atuação decorrente de Poder de Polícia, previsto em lei de iniciativa parlamentar, será válida se for de natureza tributária ou quando já existir lei anterior a esta que preveja tal atribuição para o órgão público fiscalizador, observado, ainda, que esta inovadora lei não pode ampliar a atribuição de forma desarrazoada em referência a estrutura presente do órgão incumbido de fiscalizar, dado que a ampliação demasiada da fiscalização resultaria em condição obrigatória para a *organização administrativa* e para os *servidores públicos* do Poder Executivo.

Esses linhas firmam a condição jurídica de validade (ou não) para o exercício do Poder de Polícia Administrativa instituído por lei de iniciativa parlamentar. Reflexo a isto, a defesa jurídica das pessoas físicas e/ou jurídicas privadas destinatárias se valerão satisfatoriamente da arguição da análise em suas causas de pedir das medidas administrativas e judiciais pertinentes; e, por sua vez, o Estado trará em sua manifestação, se for o caso de validade, os parâmetros permissivos arrolados.

5. Referências

- BOBBIO, Noberto. *Teoria da norma jurídica*. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2001
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. rev., ampl. e atual. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração pública*. Tomo I. atual. 11 ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros: 2006.
- Site do Supremo Tribunal Federal - www.stf.jus.br/
- Site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – www.tjsp.jus.br/
- Site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – www.tjrj.jus.br/
- Site do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – <https://www.tjpr.jus.br/>
- Site do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/
- Site do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo – www.tjes.jus.br/