



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

Secretaria Geral Parlamentar
Secretaria de Documentação
Equipe de Documentação do Legislativo

PARECER Nº 1640/2017 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 0225/17.

Trata-se de projeto de lei, de autoria da Nobre Vereadora Isa Penna, que "dispõe sobre a reserva às pessoas transgêneras (mulheres e homens transexuais e travestis), de 2% das vagas oferecidas nos concursos públicos no âmbito da administração pública municipal, das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pelo município e dá outras providências".

Não obstante os elevados propósitos de sua autora, a propositura não reúne condições para prosseguir em tramitação, haja vista que afronta a iniciativa privativa do Prefeito para projetos de lei que regulem tal matéria.

Contudo, inicialmente, algumas considerações preliminares devem ser realizadas.

A adoção das medidas e objetivos da presente propositura reflete a adoção, por parte do Poder Legislativo Municipal, do instituto das ações afirmativas, que surgem em um ambiente em que o princípio da igualdade passa a ser visto sob uma nova ótica, em que o dogma da proibição de edição de normas que desigualem os cidadãos passa a ser superado, dando lugar a uma concepção que prima pela igualdade de chances ou oportunidades, prevalecendo a igualdade material ou substancial.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3330/DF enunciou que:

Essa possibilidade de o Direito legislado usar a concessão de vantagens a alguém como uma técnica de compensação de anteriores e persistentes desvantagens factuais não é mesmo de se estranhar, porque o típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. É como dizer: a lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. O que ela (a lei) não pode é incidir no "preconceito" ou fazer "discriminações", que nesse preciso sentido é que se deve interpretar o comando constitucional de que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". O vocábulo "distinção" a significar discriminação (que é proibida), e não enquanto simples diferenciação (que é inerente às determinações legais). (<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3330CB.pdf>)

Em seu voto, lembrou ainda o Ministro Carlos Britto, relator da ação, que a Constituição da República consagrou valores humanistas, que estariam bem sintetizados no objetivo fundamental de construir uma sociedade justa, livre e solidária, destacando ainda no julgamento da respectiva Ação Direta de Inconstitucionalidade que:

Logo, somente é de ser reputado como válido o critério legal de diferenciação que siga na mesma direção axiológica da Constituição. Que seja uma confirmação ou uma lógica derivação das linhas mestras da Lex Máxima, que não pode conviver com antinomias normativas dentro de si mesma nem no interior do Ordenamento por ela fundado. E o fato é que toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos.

(<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3330CB.pdf>)

Diante desse panorama, o Plenário do Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB), julgando improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, por unanimidade.

Já no tocante a questão objeto da presente proposta, verifica-se que, embora o contexto jurisprudencial tenha evoluído no sentido de resguardar cotas para segmentos sociais minoritários e/ou marginalizados (como o público alvo do projeto), o mesmo entendimento não pode ser aplicado para garantir mecanismo similar para os concursos públicos na Administração Direta e Indireta por um impeditivo relativo à iniciativa da proposta.

Com efeito, lei que disponha sobre provimento de cargos de servidores públicos municipais e/ou de empregos públicos é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, na clara dicção do art. 37, § 2º, inciso III, da Lei Orgânica do Município, abaixo reproduzido:

Art. 37 (...)

§ 2º - São de iniciativa privativa do Prefeito as leis que disponham sobre: (...)

III – servidores públicos municipais, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (grifo nosso)

Observe-se que o dispositivo acima está em consonância com a alínea "c", do inciso II, do § 1º, do art. 61 da Constituição Federal, restando claro, portanto, que a propositura representa ingerência indevida do Legislativo em âmbito de atuação reservado exclusivamente ao Poder Executivo.

Em discussão do tema, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.061, o eminente Ministro Carlos Britto preleciona que: o § 1º do art. 61 da Lei Republicana confere ao Chefe do Poder Executivo a privativa competência para iniciar os processos de elaboração de diplomas legislativos que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração Direta e Autárquica, o aumento da respectiva remuneração, bem como os referentes a servidores públicos da União e dos Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria (alíneas "a" e "c" do inciso II do art. 61). Insistindo nessa linha de opção política, a mesma Lei Maior de 1988 habilitou os presidentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça a propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de cargos e remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízes que lhes forem vinculados, tudo nos termos da alínea "b" do inciso II do art. 96. A jurisprudência desta Casa de Justiça sedimentou o entendimento de ser a cláusula de reserva de iniciativa, inserta no § 1º do artigo 61 da Constituição Federal de 1988, corolário do princípio da separação dos Poderes. Por isso mesmo, de compulsória observância pelos estados, inclusive no exercício do poder reformador que lhes assiste. (grifo nosso)

A matéria, há tempos, possui uma sedimentação jurisprudencial neste sentido, tanto no STF, como no Tribunal de Justiça de São Paulo:

STF: (...) Processo legislativo: normas de lei de iniciativa parlamentar que cuidam de jornada de trabalho, distribuição de carga horária, lotação dos profissionais da educação e uso dos espaços físicos e recursos humanos e materiais do Estado e de seus municípios na organização do sistema de ensino: reserva de iniciativa ao Poder Executivo dos projetos de leis que disponham sobre o regime jurídico dos servidores públicos, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria (art. 61, II, § 1º, c). (ADI 1895/SC, Relator Min. Sepúlveda Pertence, grifo nosso).

TJSP: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal nº 3.593, de 17 de outubro de 2012, que dispõe sobre reserva de vagas para negros, índios e quilombolas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal dos Poderes Executivo e Legislativo e das entidade da administração indireta do Município de Ubatuba - Projeto de Lei apresentado por membro da Câmara Municipal – Violação da competência privativa de iniciativa do Chefe do Poder Executivo para tratar do regime jurídico dos servidores públicos municipais (arts. 24, § 2o, item 4, e 144, da CESP) - Vício formal de inconstitucionalidade.

(ADI nº 0015852-16.2013.8.26.0000, Relator(a): Roberto Mac Cracken; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 24/07/2013; Data de registro: 09/08/2013, grifo nosso).

Assim, resulta violado o princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes, previsto no art. 2º da Carta Magna, no art. 5º da Constituição do Estado de São Paulo e no art. 6º de nossa Lei Orgânica, já sendo entendimento pacífico em nossa jurisprudência que nem mesmo a sanção tem o condão de afastar a inconstitucionalidade formal decorrente do vício de iniciativa (Adin nº 13.882-0, TJESP; Adin nº 1.070, STF, j. 23.11.94).

Ante o exposto, somos pela INCONSTITUCIONALIDADE, sem prejuízo do prosseguimento deste projeto na hipótese de recurso provido pelo Plenário desta Casa, nos termos do art. 79 do Regimento Interno.

Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, em 14/11/2017.

Mario Covas Neto - PSDB - Presidente

Caio Miranda Carneiro - PSB

Claudinho de Souza - PSDB

Rinaldi Digilio - PRB

Sandra Tadeu - DEM

**VOTO VENCIDO DO RELATOR REIS DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO,
JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº
0225/17.**

Trata-se de projeto de lei, de autoria da Nobre Vereadora Isa Penna, que "dispõe sobre a reserva às pessoas transgêneras (mulheres e homens transexuais e travestis), de 2% das vagas oferecidas nos concursos públicos no âmbito da administração pública municipal, das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pelo município e dá outras providências".

De início, cabe ressaltar que as medidas objeto da presente propositura refletem a adoção, por parte do Poder Legislativo Municipal, do instituto das ações afirmativas, que surgem em um ambiente no qual o princípio da igualdade passa a ser visto sob uma nova ótica, em que o dogma da proibição de edição de normas que desigualem os cidadãos passa a ser superado, dando lugar a uma concepção que prima pela igualdade de chances ou oportunidades, prevalecendo a igualdade material ou substancial.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3330/DF enunciou que:

Essa possibilidade de o Direito legislado usar a concessão de vantagens a alguém como uma técnica de compensação de anteriores e persistentes desvantagens factuais não é mesmo de se estranhar, porque o típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. É como dizer: a lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. O que ela (a lei) não pode é incidir no "preconceito" ou fazer "discriminações", que nesse preciso sentido é que se deve interpretar o comando constitucional de que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". O vocábulo "distinção" a significar discriminação (que é proibida), e não enquanto simples diferenciação (que é inerente às determinações legais). (<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3330CB.pdf>)

Em seu voto, lembrou ainda o Ministro Carlos Britto, relator da ação, que a Constituição da República consagrou valores humanistas, que estariam bem sintetizados no objetivo fundamental de construir uma sociedade justa, livre e solidária, destacando ainda no julgamento da respectiva Ação Direta de Inconstitucionalidade que:

Logo, somente é de ser reputado como válido o critério legal de diferenciação que siga na mesma direção axiológica da Constituição. Que seja uma confirmação ou uma lógica derivação das linhas mestras da Lex Máxima, que não pode conviver com antinomias normativas dentro de si mesma nem no interior do Ordenamento por ela fundado. E o fato é que toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos.

(<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3330CB.pdf>)

Diante desse panorama, o Plenário do Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB), julgando improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, por unanimidade. A Constituição Federal estabelece em seu art. 23, inciso X, a competência comum de todos os entes da Federação para "combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos". Tal dispositivo corretor de injustiças engloba também as pessoas de que trata o projeto.

Some-se a isso a competência específica dos Municípios para "legislar sobre assuntos de interesse local" (art. 30, I, da Constituição Federal), evidenciado, no caso, diante do fato de o Município de São Paulo abrigar elevado número de travestis e transexuais em situação de vulnerabilidade social.

A propositura atende também ao art. 221, inciso II, da Lei Orgânica do Município, que, ao tratar da promoção e assistência social, dispõe competir ao Município "garantir políticas de proteção social não contributivas através de benefícios, serviços, programas e projetos que assegurem a todos os cidadãos mínimos de cidadania, além dos obtidos pela via do trabalho, mantendo sistema de vigilância das exclusões sociais e dos riscos sociais de pessoas e segmentos fragilizados e sem acesso a bens e serviços produzidos pela sociedade".

Merece ser ressaltado que o projeto confere efetividade aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e da igualdade (art. 5º, "caput"), tanto no que diz respeito ao combate dos fatores de marginalização social, quanto ao reconhecimento da parcela da população nele abrangida como sujeito de direitos no contexto de uma sociedade plural. Essa foi a diretriz adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao reconhecer, no ano de 2011, a compatibilidade da união homoafetiva com nosso ordenamento jurídico:

"Reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade familiar. O STF – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria CR (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. (...) O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. (...) O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana."

(RE 477.554-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, DJE de 26-8-2011)

Dessa forma, com fundamento no princípio da igualdade material que determina a adoção de medidas concretas que visem à redução de toda e qualquer desigualdade, é possível sustentar, sob o aspecto estrito da legalidade, que a propositura reúne condições de prosseguimento, cabendo a análise do mérito da proposta às Comissões pertinentes, nos termos do art. 48 do Regimento Interno.

Para a sua aprovação, o projeto dependerá do voto favorável da maioria absoluta dos membros da Câmara, nos termos do art. 40, § 3º, XII, da Lei Orgânica do Município.

Ante o exposto, somos pela LEGALIDADE.

Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, em 14/11/2017.

Mario Covas Neto - PSDB - Presidente - Contrário

Caio Miranda Carneiro - PSB - Contrário

Claudinho de Souza - PSDB - Contrário

Reis - PT - Relator

Rinaldi Digilio - PRB - Contrário

Sandra Tadeu - DEM - Contrário

Soninha Francine - PPS - Com restrições

Este texto não substitui o publicado no Diário Oficial da Cidade em 23/11/2017, p. 72

Para informações sobre o projeto referente a este documento, visite o site www.camara.sp.gov.br.