



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

Processo nº 3755/2021

Interessado: Comissão de Justiça e Redação

Autoria do Projeto: Poder Executivo

Assunto: VETO PARCIAL ao Projeto de Lei nº 17/2021, que dispõe sobre a reorganização administrativa da Fundação de Assistência à Infância de Santo André - FAISA, com alteração do nome, da natureza jurídica e das competências e altera as Leis nº 2.600, de 21 de dezembro de 1966 e nº 7.717, de 31 de agosto de 1998, e dá outras providências

À

Comissão de Justiça e Redação

Senhor Presidente,

1. RELATÓRIO

Em análise o veto parcial de fls., apresentado pelo Prefeito através do PC nº 172.09.2021, referente ao Autógrafo nº 57/2021, em relação ao Projeto de Lei nº 17/2021, que dispõe sobre a reorganização administrativa da Fundação de Assistência à Infância de Santo André - FAISA, com alteração do nome, da natureza jurídica e das competências e altera as Leis nº 2.600, de 21 de dezembro de 1966 e nº 7.717, de 31 de agosto de 1998, e dá outras providências

Conforme consta da justificativa, a propositura visa a reestruturação da Fundação de Assistência à Infância de Santo André - FAISA, passando a ser entidade com personalidade jurídica de direito privado, de interesse e de utilidade públicas, com autonomia gerencial, patrimonial, orçamentária e financeira, sujeita ao regime jurídico próprio das entidades privadas sem fins lucrativos de beneficência social quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas, tributários e fiscais, alterando ainda a sua denominação para Fundação de Assistência Integral à Saúde de Santo André – FAISA.

Após a regular tramitação do Projeto de Lei pelo Parlamento Municipal, o mesmo foi aprovado, com Emendas Aditivas, dentre elas, uma que acrescentou o §1º ao art. 8º e outra que acrescentou o parágrafo único ao art. 26, da proposta legislativa. Seu texto





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

final foi enviado para preparar o Autógrafo e encaminhar ao Chefe do Poder Executivo Municipal, que houve por bem **vetá-lo parcialmente**, nos termos do §1º, do art. 46, da Lei Orgânica do Município, em face da sua inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público.

Em suas argumentações, o Alcaide alega que a Constituição Federal, a exemplo de suas antecessoras, dispôs em seu art. 2º que são poderes da União independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Alega que, atos típicos de gestão administrativa, que envolvem o planejamento, a direção, a organização e a execução de atos de governo cabem exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo, pois cabe a ele eleger, no desenvolvimento de seu programa de governo, prioridades e decidir se executará esta ou aquela ação governamental, de forma que a matéria se insere no rol da chamada “Reserva da Administração”.

Argumenta que, cada um dos poderes tem seu campo de atuação delimitado por meio da repartição constitucional de competências que lhes são atribuídas em função de alcançar sempre o interesse comum e que num sistema de freios e contrapesos, o princípio da separação dos poderes busca limitar as competências para garantir a democracia, impedindo que um poder se sobreponha a outro.

Aduz que, não cabe ao Poder Legislativo interferir na nomeação do Diretor Geral, submetendo-o à sabatina e posterior aprovação, por maioria simples, dos membros da Câmara Municipal. Vale dizer que o Diretor Geral compõe a Diretoria Executiva que é o órgão superior de administração da Fundação de Assistência Integral à Saúde de Santo André – FAISA.

E ainda que, tal medida, trazida pela referida emenda, fere a harmonia e a independência entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo e interfere na gestão administrativa do Município, em ato de competência reservada ao Chefe do Poder Executivo, violando o princípio da Reserva da Administração, prevista nos incisos II, XIV e XIX do art. 47, da Constituição Estadual.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

Alega que, dessa maneira, impõe-se reconhecer que o autógrafo, no que se refere ao §1º, do art. 8º, representa interferência indevida do Poder Legislativo na seara do Poder Executivo e conseqüente violação ao princípio constitucional da Separação dos Poderes, conforme art. 5º da Constituição Estadual.

Argumenta que, a Constituição Federal reservou ao Chefe do Executivo a iniciativa privativa das leis que versem sobre a criação, estruturação e atribuições dos órgãos da Administração Pública. Sendo uma norma de reprodução obrigatória por parte dos Estados e Municípios, a nossa Lei Orgânica em seu art. 42, inciso VI, estabelece:

“Art. 42. É da competência exclusiva do Prefeito a iniciativa dos projetos de lei que disponham sobre:

.....

VI – criação, estruturação e atribuições das secretarias e órgãos da Administração.”

Aduz que, o vício de iniciativa macula de nulidade todo o processo legislativo, que nem mesmo a aquiescência do Chefe do Executivo, por meio da sanção, tem o poder de convalidar a norma inconstitucional, como se infere do entendimento firmado no STF.

Alega ainda que, no que se refere à emenda que acrescentou o parágrafo único ao art. 26, do presente autógrafo, tampouco poderá prosperar, pois referido dispositivo, acrescentado por essa Casa de Leis, que prevê que “Fica garantida a manutenção de Faculdade de Medicina ABC para aprendizagem nas unidades de saúde (Hospitais e Unidades Básicas de Saúde)” colide com o disposto no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que apresenta expressamente o princípio da isonomia, onde “todos são iguais perante a lei”, sendo o objetivo de o texto mostrar que não haverá distinção entre as pessoas para a aplicação dos direitos e deveres apresentados na legislação brasileira.

Argumenta ainda que, o princípio da isonomia é fundamental para o funcionamento dos mecanismos do ordenamento jurídico de qualquer país democrático. É a partir do princípio da igualdade que a aplicação das legislações brasileiras se dão para todos os cidadãos do país, independente das suas particularidades ou diferenças econômicas, sociais, de gênero ou religiosas ou para entidades/cooperativas/instituições.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

Aduz ainda que, a Faculdade de Medicina do ABC, em que pese ser uma instituição de ensino de grande relevância nacional, não será alijada do processo de concessão de vagas de estágio ou residência multidisciplinar quando da retirada do parágrafo único do art. 26, acrescido por essa Casa de Leis.

Por fim, com a exclusão, haverá a distribuição uniforme de vagas a outras instituições, concorrendo de igual forma, afastando, assim, qualquer possibilidade de exclusividade que se conferiu à referida faculdade.

Ao final resolve vetar o §1º do art. 8º e ao parágrafo único do art. 26, da propositura, em face da inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público, devolvendo a matéria para deliberação da Casa Legislativa.

É o relatório.

Passemos à análise.

2. ANÁLISE JURÍDICA

2.1. Da Regularidade do Veto

Quanto à regularidade do veto parcial oposto, o §1º do art. 46 da Lei Orgânica do Município de Santo André, prescreve que:

“Art. 46. Aprovado o projeto de lei, na forma regimental, será enviado ao Prefeito que, aquiescendo, o sancionará.

*§1º Se o Prefeito considerar e julgar o projeto, no todo ou em parte, **inconstitucional** ou **contrário ao interesse público**, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente a Câmara, os motivos do veto.”*

Vê-se, assim, que o veto poderá resultar de um juízo de reprovação concernente à compatibilidade entre a lei e a Constituição (entendimento de que há inconstitucionalidade formal ou material da lei) ou de um juízo negativo do conteúdo da lei





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

quanto a sua conveniência aos interesses da coletividade, ou à oportunidade de sua edição (contrariedade ao interesse público), por parte do Prefeito. No primeiro caso (inconstitucionalidade), estaremos diante do chamado veto jurídico; no segundo (contrariedade ao interesse público), do veto político.

O veto constitui ato político do Chefe do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, para o fim de controle judicial. Assim, não se admite o controle judicial das razões do veto, em homenagem ao postulado da separação de Poderes (essa restrição aplica-se tanto ao denominado veto político quanto ao veto jurídico), dessa forma, as formalidades legais foram atendidas, a teor do disposto no §1º do art. 46 da Lei Orgânica do Município de Santo André.

2.2. Da Inconstitucionalidade alegada

Em suas razões de veto parcial, o Alcaide argumenta que a Constituição Federal, a exemplo de suas antecessoras, dispôs em seu art. 2º que são poderes da União independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Alega que, atos típicos de gestão administrativa, que envolvem o planejamento, a direção, a organização e a execução de atos de governo cabem exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo, pois cabe a ele eleger, no desenvolvimento de seu programa de governo, prioridades e decidir se executará esta ou aquela ação governamental, de forma que a matéria se insere no rol da chamada “Reserva da Administração”.

Argumenta que, cada um dos poderes tem seu campo de atuação delimitado por meio da repartição constitucional de competências que lhes são atribuídas em função de alcançar sempre o interesse comum e que num sistema de freios e contrapesos, o princípio da separação dos poderes busca limitar as competências para garantir a democracia, impedindo que um poder se sobreponha a outro.

Aduz que, não cabe ao Poder Legislativo interferir na nomeação do Diretor Geral, submetendo-o à sabatina e posterior aprovação, por maioria simples, dos membros da Câmara Municipal. Vale dizer que o Diretor Geral compõe a Diretoria Executiva que é o





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

órgão superior de administração da Fundação de Assistência Integral à Saúde de Santo André – FAISA.

E ainda que, tal medida, trazida pela referida emenda, fere a harmonia e a independência entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo e interfere na gestão administrativa do Município, em ato de competência reservada ao Chefe do Poder Executivo, violando o princípio da Reserva da Administração, prevista nos incisos II, XIV e XIX do art. 47, da Constituição Estadual.

Alega que, dessa maneira, impõe-se reconhecer que o autógrafo, no que se refere ao §1º, do art. 8º, representa interferência indevida do Poder Legislativo na seara do Poder Executivo e conseqüente violação ao princípio constitucional da Separação dos Poderes, conforme art. 5º da Constituição Estadual.

Argumenta que, a Constituição Federal reservou ao Chefe do Executivo a iniciativa privativa das leis que versem sobre a criação, estruturação e atribuições dos órgãos da Administração Pública. Sendo uma norma de reprodução obrigatória por parte dos Estados e Municípios, a nossa Lei Orgânica em seu art. 42, inciso VI, estabelece:

“Art. 42. É da competência exclusiva do Prefeito a iniciativa dos projetos de lei que disponham sobre:

.....

VI – criação, estruturação e atribuições das secretarias e órgãos da Administração.”

Aduz que, o vício de iniciativa macula de nulidade todo o processo legislativo, que nem mesmo a aquiescência do Chefe do Executivo, por meio da sanção, tem o poder de convalidar a norma inconstitucional, como se infere do entendimento firmado no STF.

Alega ainda que, no que se refere à emenda que acrescentou o parágrafo único ao art. 26, do presente autógrafo, tampouco poderá prosperar, pois referido dispositivo, acrescentado por essa Casa de Leis, que prevê que “Fica garantida a manutenção de Faculdade de Medicina ABC para aprendizagem nas unidades de saúde (Hospitais e Unidades Básicas de Saúde)” colide com o disposto no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que apresenta





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

expressamente o princípio da isonomia, onde “todos são iguais perante a lei”, sendo o objetivo de o texto mostrar que não haverá distinção entre as pessoas para a aplicação dos direitos e deveres apresentados na legislação brasileira.

Argumenta ainda que, o princípio da isonomia é fundamental para o funcionamento dos mecanismos do ordenamento jurídico de qualquer país democrático. É a partir do princípio da igualdade que a aplicação das legislações brasileiras se dão para todos os cidadãos do país, independente das suas particularidades ou diferenças econômicas, sociais, de gênero ou religiosas ou para entidades/cooperativas/instituições.

Aduz ainda que, a Faculdade de Medicina do ABC, em que pese ser uma instituição de ensino de grande relevância nacional, não será alijada do processo de concessão de vagas de estágio ou residência multidisciplinar quando da retirada do parágrafo único do art. 26, acrescentado por essa Casa de Leis.

Por fim, com a exclusão, haverá a distribuição uniforme de vagas a outras instituições, concorrendo de igual forma, afastando, assim, qualquer possibilidade de exclusividade que se conferiu à referida faculdade.

2.2.1. Do princípio da separação e harmonia entre os Poderes – limites ao poder de emenda do Legislativo

A Constituição da República de 1988, assim como as Cartas Políticas anteriores, abraçou a consagrada teoria de Montesquieu, na clássica obra “O espírito das Leis”, sobre a separação dos Poderes, conforme preconiza o seu art. 2º.

O Barão de Montesquieu propôs a criação de órgãos distintos e independentes uns dos outros para o exercício de certas e determinadas atividades estatais.

Foi observando a sociedade (século XVIII) que o autor verificou a existência de 03 (três) funções básicas: **uma, produtora do ato geral; outra, produtora do ato especial e uma terceira solucionadora de controvérsias.** As duas últimas aplicavam o disposto no ato geral. Seus objetivos, porém, eram diversos: uma, visando a executar, administrar, a dar o disposto no ato geral para desenvolver a atividade estatal; outra,





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

também aplicando ato geral, mas com vistas a solucionar controvérsias entre os súditos e o Estado ou entre os próprios súditos.

Por essas razões é que a doutrina constitucionalista constrói a concepção da criação de órgãos independentes, uns dos outros, para o exercício daquelas funções. E, ainda, esses órgãos, bem como os seus integrantes, submetiam-se ao disposto no ato geral que, por sua vez, haveria de ser fruto da “vontade geral”.

O mérito da doutrina de Montesquieu está na proposta de um sistema em que cada órgão desempenhasse função distinta e, ao mesmo tempo, que a atividade de cada qual caracterizasse forma de contenção da atividade de outro órgão do poder. É o sistema de independência entre os órgãos do poder e inter-relacionamento de suas atividades. É a fórmula dos “*freios e contrapesos*” a que alude a doutrina americana.

Tem-se, portanto, que o ordenamento constitucional pátrio pauta-se, expressamente, na importância capital de se observar e preservar **os limites das competências entre os órgãos do Estado, permanecendo, desse modo, assegurado o respeito, dentro dos postulados constitucionalmente assentados, ao princípio da independência e harmonia dos Poderes. Conseqüência disso é que cada Poder instituído possui um rol de competências próprias quanto ao exercício de suas funções.**

No âmbito municipal, ainda que não figurando o Poder Judiciário em sua composição, é de se assentir que, de igual modo, a independência e harmonia entre os Poderes concretiza-se mediante o entrelaçamento dos Poderes Executivo e Legislativo, quer participando o Executivo da feitura de leis através de atos próprios, quer fiscalizando a Câmara Municipal os atos daquele.

A iniciativa das leis está prevista no art. 61 da Constituição Federal, art. 24 da Constituição do Estado de São Paulo e art. 42 da Lei Orgânica do Município de Santo André, em decorrência do princípio da simetria constitucional.

Nessa perspectiva, permito-me ressaltar que a Constituição da República outorga ao Chefe do Poder Executivo, em caráter de privatividade, a prerrogativa de





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

deflagrar o processo legislativo de leis que disponham sobre ***criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta ou autárquica e que fixem ou aumentem a sua remuneração; criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administrativa pública***, entre outros. É o que esta expresse nas alíneas do inciso II, § 1º do art. 61, da Carta Política.

Cabe ressaltar, que a Lei Orgânica do Município de Santo André, nos incisos do art. 42, reforçou a privatividade do Chefe do Poder Executivo Municipal, para a iniciativa de leis, que disponham sobre a matéria avençada, acolhendo em seu texto o disposto no art. 61, § 1º, II, da Carta Política.

Nesse contexto, a Lei Fundamental da República elegeu determinados núcleos temáticos para o efeito de, ao discriminá-los de modo taxativo, submetê-los, em regime de absoluta exclusividade, à iniciativa de determinados órgãos ou agentes estatais.

A cláusula de reserva pertinente ao poder de instauração do processo legislativo traduz postulado constitucional de observância compulsória, cujo desrespeito precisamente por envolver usurpação de uma prerrogativa não compartilhada configura vício jurídico.

É inquestionável, portanto, que a matéria objeto da proposta legislativa em apreço é de iniciativa legiferante privativa do Alcaide Municipal, por tratar-se de normas-disposições que disciplinam sobre a **reorganização administrativa da Fundação de Assistência à Infância de Santo André - FAISA, com alteração do nome, da natureza jurídica e das competências e altera as Leis nº 2.600, de 21 de dezembro de 1966 e nº 7.717, de 31 de agosto de 1998, e dá outras providências**

Como o processo legislativo referente ao Projeto de Lei nº 17/2021, foi deflagrado pelo Chefe do Poder Executivo, faz-se necessário delimitar-se o alcance do Poder de Emenda do Legislativo aos projetos de iniciativa privativa do Poder Executivo.

Num sistema constitucional democrático como o nosso, em que os 03 (três) Poderes constituídos são dotados de autonomia e têm estabelecidas atribuições distintas e específicas que lhes garantem a necessária independência e relacionamento harmonioso,





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

seria totalmente afrontoso ao Legislativo se a própria Constituição Federal impusesse, de um lado, a aprovação de projetos de lei, e impedisse, de outro lado, que emendas viessem a adequá-los na conformidade do consenso dos parlamentares, visto que isto significaria subtrair do Legislativo importante parcela de sua mais expressiva e relevante função, ou seja, a legislativa.

Contudo, quando o projeto a ser emendado pelo Legislativo é de competência constitucional atribuída, com exclusividade, a sua iniciativa, ao Chefe do Executivo, toda cautela faz-se necessária para que, a título de emendar (acrescentando, suprimindo ou modificando), não transforme o Legislativo no titular daquela iniciativa que a Carta Política e a Lei Orgânica do Município reservou ao Executivo, ou, em outras palavras, a título de emendar não acabe o legislador por substituir o projeto inicial.

A apresentação de emendas, encarada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *“como uma iniciativa acessória ou secundária, segundo o direito positivo brasileiro é a proposta de direito novo já proposto, sendo reservado aos membros do Poder Legislativo o poder de emendar”*¹.

Por ser o Legislativo o veiculador da vontade popular, a ele é conferido como função típica e exclusiva, o poder de emendas aos projetos cuja iniciativa seja ou não de sua competência. É o Texto Constitucional da República que assegura o poder de emenda, ao mesmo tempo que o limita em determinadas hipóteses, nos termos do art. 63.

O direito de emendar constitui parte fundamental do poder de legislar; sem ele o Legislativo se reduziria a um simples ratificador da vontade do titular da iniciativa ou em simples votante.

Porém, algumas questões vêm à tona quando se trata do poder de emendar os projetos de lei cuja, iniciativa é reservada ao Poder Executivo.

Fundamenta-se essa regra de reserva não apenas no princípio de separação dos poderes, mas também num critério de conveniência e oportunidade administrativa.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

A exclusividade da iniciativa atinge a matéria e os interesses a ela vinculados. É de se ter em mente, que o interesse da Administração Pública é que constitui a *ratio essendi* primordial da reserva de iniciativa ao Executivo.

O Prefeito é, além do Chefe do Poder Executivo, também o Chefe da Administração Pública local, por cujos interesses tem que zelar, e só ele está em condição de saber quais são esses interesses e como agir para resguardá-los.

Se a exclusividade é conferida também quanto à regulamentação dos interesses referentes à matéria reservada, claro está que o poder de emenda do Legislativo encontra aí um limite de atuação.

O Ministro do Supremo Tribunal federal, Alexandre de Moraes indica o limite genérico a que se submetem as emendas parlamentares em projetos de iniciativa reservada:

***“Os projetos de lei enviados pelo Presidente da República a Câmara dos Deputados, quando de sua iniciativa exclusiva, em regra, poderão ser alterados, por meio de emendas apresentadas pelos parlamentares, no exercício constitucional da atividade legiferante, própria ao Poder Legislativo.*”**

Ha, entretanto, exceção ao texto constitucional (...) as emendas parlamentares devem guardar pertinência temática com o projeto de lei apresentado, e não pode, pois, haver a desnaturação da proposta original.”² (g/n)

Inácio Magalhães Filho em artigo intitulado “Limites ao Poder de Emendar” ressalta os limites as emendas parlamentares balizadas pelo aumento de despesas e desfiguração da iniciativa, nas seguintes palavras:

***“Observe-se que, ao votar Projeto Substitutivo ao Projeto de Lei de autoria da governadora do DF, os parlamentares usufruíram de seu poder de emenda, constitucionalmente assegurado, todavia, esse poder de emendar, sofre limitação no próprio texto constitucional, quando da apreciação de leis cuja competência seja do chefe do Poder Executivo.*”**

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, pg. 203.

² MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada**, 2º ed., São Paulo: Atlas, 2003, pg. 1148.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

Essa restrição a atuação parlamentar ocorre, notadamente, quando da emenda do legislativo deflui aumento de despesas, nos moldes do inc. I do art. 63 da Constituição...

*Entretentes, convêm aduzir, também, que **o poder de emenda dos parlamentares, na apreciação de leis de iniciativa privativa do governador, como no caso presente, não pode ocasionar modificação de tal sorte substancial que altere de forma irrecuperável o projeto original emanado do Poder Executivo.***³ (g/n)

Podemos concluir que em relação à abrangência e às limitações a este poder, identificam-se basicamente 02 (dois) tipos de restrições às emendas parlamentares **(a) a proibição de emendas que aumentem despesas (art. 63, inc. I); (b) a exigência de demonstração de relação de pertinência temática (correspondente lógico) entre a emenda e a natureza do ato normativo (construção jurisprudencial).**

Analisando o Projeto de Lei nº 17/2021, as emendas aditivas apresentadas demonstram relação de pertinência temática, pois versam sobre o mesmo assunto e não vislumbramos modificação substancial na proposta original apresentada pelo Poder Executivo, que caracteriza-se usurpação da competência.

Dessa forma, as emendas aditivas apresentadas e aprovadas pelo Legislativo Andreense sobre essa perspectiva são constitucionais.

A questão, portanto, não está relacionada a uma suposta **inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa**, mais sim de uma suposta **inconstitucionalidade material**.

2.2.2. Da natureza jurídica da Fundação de Assistência Integral à Saúde de Santo André – FAISA

A Administração Pública Indireta ou Descentralizada é composta por pessoas jurídicas autônomas com **natureza de direito público ou de direito privado**.

³ MAGALHÃES FILHO, Inácio. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, 34 jan./dez. 2008, pg. 37.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

A natureza jurídica de direito público ou de direito privado determina diversas características normativas, **definindo qual o regime jurídico aplicável.**

Além disso, as pessoas jurídicas de direito público são criadas por lei (art. 37, XIX, da CF), o que significa dizer que o surgimento da personalidade jurídica ocorre com a entrada em vigor da lei instituidora, sem necessidade de registro em cartório (devido processo legal público de criação). Se não houver previsão de *vacatio legis*, a entrada em vigor da lei instituidora ocorre na data de sua publicação da lei. Se existir previsão de *vacatio legis*, a personalidade jurídica surge somente após o encerramento do intervalo entre a publicação e a entrada em vigor.

Já as pessoas jurídicas de direito privado são autorizadas por lei (arts. 37, XIX, da CF, 3º e 4º da Lei nº 13.306/2016), ou seja, é publicada uma lei permitindo a criação, depois o Executivo expede um decreto regulamentando a criação e, por fim, a personalidade nasce com o registro dos atos constitutivos em cartório (devido processo legal privado de criação, atendendo ao disposto no art. 45 do Código Civil).

De acordo com o art. 4º, II, do Decreto-lei nº 200/1967, a Administração Indireta compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas, como faz questão de consignar a lei, de personalidade jurídica própria: **as autarquias; as empresas públicas; as sociedades de economia mista; e as fundações públicas.**

É correto, pois, afirmar que, se encontrarmos uma dessas categorias de entidades, estaremos diante de uma pessoa integrante de alguma Administração Indireta, seja ela da União, seja dos Estados, Distrito Federal ou Municípios. Com essa qualificação, estará ela, com toda a certeza, vinculada à respectiva Administração Direta. Esse é o ponto principal do tema em foco, com a ressalva das situações anômalas que vez ou outra aparecem, mais em decorrência da desordem administrativa do que de um sistema lógico que deve presidir a Administração Pública.

A circunstância de que a entidade se enquadra numa das categorias jurídicas acima confere certeza suficiente e indiscutível para ser considerada como integrante da Administração Indireta da respectiva pessoa federativa, e isso independentemente de prestar serviço público ou exercer atividade econômica de natureza empresarial. Não é o fim





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

a que se destina a entidade que a qualifica como participante da Administração Indireta, mas sim a natureza de que se reveste.

A **fundação**, como pessoa jurídica oriunda do direito privado, se caracteriza pela circunstância de ser atribuída personalidade jurídica a um patrimônio preordenado a certo fim social. Trata-se de uma das categorias das pessoas jurídicas de direito privado, estando reguladas nos arts. 62 a 69 do Código Civil. Esse tipo de entidade não pode abstrair-se da figura daquele que faz a dotação patrimonial – o instituidor – e, embora a lei civil não seja expressa, é também inerente às fundações sua finalidade social, vale dizer, a perseguição a objetivos que, de alguma forma, produzam benefícios aos membros da coletividade.

Essa finalidade as distancia de alvos que visem à percepção de lucros, deixando-as em agrupamento diverso daquele em que se encontram, por exemplo, as sociedades comerciais. Pode mesmo dizer-se que são essas as características básicas das fundações: **1ª) a figura do instituidor; 2ª) o fim social da entidade; e 3ª) a ausência de fins lucrativos.**

Foi com esse parâmetro que nasceram as **fundações públicas**, sem alteração, inclusive, dos citados elementos básicos caracterizadores. Mudança, na verdade, temos apenas na natureza do instituidor, que agora passou a ser o Estado. Desse modo, podemos considerar, já de início, uma primeira divisão para as fundações: **as fundações privadas, instituídas por pessoas da iniciativa privada; e as fundações públicas, quando o Estado tiver sido o instituidor.**

A grande discussão que se tem travado, há algum tempo, sobre as fundações públicas diz respeito à natureza jurídica das entidades. Está longe ainda o momento de pacificação dos diversos pensamentos que tratam da questão da personalidade jurídica das fundações instituídas pelo Poder Público.

Há duas correntes sobre a matéria.

A primeira, hoje **dominante**, defende a existência de **dois tipos de fundações públicas: as fundações de direito público e as de direito privado, aquelas**





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

ostentando personalidade jurídica de direito público e estas sendo dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Por esse entendimento, as fundações de direito público são caracterizadas como verdadeiras autarquias, razão por que são denominadas, algumas vezes, de fundações autárquicas ou autarquias fundacionais. Seriam elas uma espécie do gênero autarquias⁴

O Supremo Tribunal Federal optou por esse entendimento, quando deixou assentado que *“nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o § 2º do art. 99 da Constituição Federal”*.⁵

A segunda corrente advoga a tese de que, mesmo instituídas pelo Poder Público, as fundações públicas têm sempre personalidade jurídica de direito privado, inerente a esse tipo de pessoas jurídicas. O fato de ser o Estado o instituidor não desmente a caracterização dessas entidades, até porque é o Estado quem dá criação a sociedades de economia mista e a empresas públicas, e essas entidades, têm personalidade jurídica de direito privado.

Em virtude da posição dicotômica majoritária não teremos outra forma de tratar das fundações, que não a de sempre distinguir as fundações públicas de direito privado, de um lado, e as de direito público, de outro, estas últimas consideradas como espécies das autarquias.

Não restam dúvidas, portanto, de que a FAISA, pertence a Administração Pública Indireta, vinculada a Administração Pública Direta que a criou, ou seja, o Município de Santo André, e dessa forma, **aplica-se o Princípio da Reserva de Administração.**

2.2.3. Do Princípio da Reserva de Administração

⁴ É o entendimento de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO; MARIA SYLVIA DI PIETRO; DIÓGENES GASPARINI; MIGUEL REALE; CRETILLA JR., entre outros.

⁵ STF, Agr. no RE nº 219.900, julgado em 04.6.2002.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

A **reserva de Administração** em sentido estrito tem por função a proteção da Administração Pública, **visando resguardar o núcleo central da função administrativa** contra indevidas ingerências. Tutela, assim, **o mérito administrativo**.

Desta forma, vedam-se indevidas ingerências tanto de entidades do Legislativo como do Judiciário nesse campo atribuído à Administração para o exercício da função principal. Tal proteção não favorece somente ao Poder Executivo, mas sim à Administração Pública como um todo.

Por meio dessa reserva, é defeso ao Poder Legislativo (ou quem exerça atipicamente a função legislativa) invadir o campo da execução de lei, próprio da Administração Pública. **Em outras palavras, não é possível, a pretexto de se exercer a função legislativa, a invasão do espaço da função administrativa, seja pela utilização desnecessária e abusiva de leis de efeito concreto ou leis de caráter específico (afastando-se do caráter geral e abstrato dos atos legislativos), seja pela regulamentação legal exacerbadamente minuciosa nos campos em que se requer maior margem de atuação da Administração – por atos abstratos ou mesmo concretos.**

Logo, extrai-se da reserva de Administração em sentido estrito um impedimento ao legislador de editar uma lei com descrição normativa excessivamente detalhada a ponto de inviabilizar o exercício da função administrativa, seja engessando indevidamente a atuação da Administração Pública em concreto (não dando abertura para a atuação do poder discricionário, quando recomendável), seja por perder a lei, sem motivo justificável, seu caráter material de ato geral e abstrato, ou ainda por restringir o campo do poder regulamentar, quando esse for recomendável.

Evidentemente, a tarefa de saber se a lei ultrapassou esses limites apresenta-se bastante complicada. Além da subjetividade do interprete, tem-se uma ausência de critérios prévios para análise – ou mesmo inviabilidade ou dificuldade prática em estabelecê-los. É uma tarefa a ser desenvolvida, em boa parte, casuisticamente. Essa função de controle poderá ser exercida pelo Judiciário, órgão alheio ao conflito, inclusive no âmbito do controle de constitucionalidade.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

No que tange à **reserva de Administração** em sentido estrito, o Supremo Tribunal Federal reconheceu sua existência como um **princípio constitucional**, de modo a impedir a ingerência normativa do Poder Legislativo em determinadas matérias de competência administrativa exclusiva do Poder Executivo, senão vejamos:

*“Dessa forma, o entendimento adotado pelo acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência dominante desta Suprema Corte, **no sentido da impossibilidade de o Poder Legislativo iniciar projeto de lei em matéria de reserva de administração**, a qual, conforme bem assevera Gomes Canotilho, consiste em ‘um núcleo funcional da administração ‘resistente’ à lei, ou seja, um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento’ (Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003, 7ª edição, p. 739). **Por força desse princípio, o Poder Legislativo sofre determinadas limitações quanto à edição de leis que exerçam ingerência em assuntos que são, tipicamente, de administração**. (...) Assevere-se, ainda, que a iniciativa privativa de leis por parte do Presidente da República está prevista no artigo 61, §1º, da Constituição da República. Nada obstante, apesar de a Constituição retratar essas situações como de iniciativa privativa do Presidente da República, por força do princípio da simetria, tal prerrogativa se estende aos Chefes do Executivo das outras Unidades Federativas. Consectariamente, as leis decorrentes das situações previstas no rol do mencionado artigo que forem editadas sem a devida iniciativa do Chefe do Poder Executivo são inconstitucionais, por vício formal de iniciativa. (...)”⁶ (g/n)*

Em interessante decisão, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar em 01/02/2005 o Recurso Extraordinário nº 302.803-1/RJ, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, reconheceu a inconstitucionalidade, por violação **do princípio da separação de poderes e do princípio da reserva de administração, de lei municipal do Rio de Janeiro**. Tal lei determinava que as “ruas de vilas” fossem reconhecidas como logradouros públicos (passando tais áreas, anteriormente de domínio privado, para o domínio público) e impunha ao Poder Público o dever de prestar serviços públicos nessas localidades – incrementado assim a despesa administrativa sem indicar contrapartida orçamentária. **Entendeu a corte que o Poder Legislativo, ao determinar drásticas alterações na política urbanística local, usurpou função administrativa atribuída ao Poder Executivo local**. Além disso, argumentou-se (assim como nos julgados já mencionados) vício de iniciativa da lei.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

No caso sob exame, o Poder Legislativo não pode interferir na nomeação do Diretor Geral, submetendo-o à sabatina e posterior aprovação, por maioria simples, dos membros da Câmara Municipal. **Importante ressaltar que o Diretor Geral compõe a Diretoria Executiva que é o órgão superior de administração da Fundação de Assistência Integral à Saúde de Santo André – FAISA.**

Há ofensa ao **princípio da separação de poderes** ao invadir o espaço denominado **Reserva de Administração**, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo para **a prática de atos de direção superior da Administração e mesmo atos ordinários, insuscetíveis de interferência ou invasão pelo Parlamento.**

Sob essa perspectiva, a Emenda Aditiva aprovada que acrescentou o §1º, ao art. 8º, ao Projeto de Lei nº 17/2021 é inconstitucional.

2.2.4. Do Princípio da Impessoalidade

Princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteados a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas.

A Constituição vigente, ao contrário das anteriores, dedicou um capítulo à Administração Pública (Capítulo VII do Título III) e, no art. 37, deixou expressos os princípios a serem observados por todas as pessoas administrativas de qualquer dos entes federativos. Convencionamos denominá-los de princípios expressos exatamente pela menção constitucional. Revelam eles as diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só se poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles.

O **princípio da igualdade** de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui reflete a

⁶ STF, RE 722101 AgR/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17/09/2018.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

aplicação do conhecido princípio da finalidade, sempre estampado na obra dos tratadistas da matéria, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória.⁷

Assim, portanto, deve ser encarado o princípio da impessoalidade: **a Administração há de ser impessoal, sem ter em mira este ou aquele indivíduo de forma especial.**

Em razão desse princípio, **não fica a Administração proibida de estabelecer discriminações**, mas tão somente aquelas que se **justifiquem em vista do interesse público.**

No caso presente, não há uma justificativa, nos autos, para o tratamento privilegiado, inserido pelo parágrafo único do art. 26, ao Projeto de Lei nº 17/2021, portanto, *a priori*, ocorre infringência ao **princípio da igualdade**, gerando uma **inconstitucionalidade material.**

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, com fundamento nos argumentos de autoridade acima colocados, entendemos que as Emendas Aditivas apresentadas e aprovadas pelo Legislativo, ao Projeto de Lei nº 17/2021, de iniciativa do Poder Executivo, ao acrescentarem o §1º ao art. 8º e o parágrafo único ao art. 26, são **inconstitucionais**.

Entretanto, a deliberação quanto à rejeição ou manutenção do veto parcial oposto ao Projeto de Lei nº 17/2021 é exclusiva dos nobres Parlamentares.

Quanto ao processo legislativo e ao *quórum* atinentes à matéria, prevê o § 4º do art. 46 da Lei Orgânica Municipal que ***“o veto será apreciado em sessão única, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Vereadores”***.

⁷ Impessoal é “o que não pertence a uma pessoa em especial”, ou seja, aquilo que não pode ser voltado especialmente a determinadas pessoas.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

É o nosso parecer de natureza meramente opinativa e informativa, que submetemos a superior apreciação dessa Douta Comissão de Justiça e Redação, sem embargo de opiniões em contrário, que sempre respeitamos.

Santo André, 05 de outubro de 2021.

Ivan Antonio Barbosa
Diretor de Apoio Legislativo
OAB/SP 163.443

