



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000362229

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2212052-78.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JOANÓPOLIS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JOANÓPOLIS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. TORRES DE CARVALHO (COM DECLARAÇÃO) E LUCIANA BRESCIANI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE, vencedor, TORRES DE CARVALHO, vencido, RICARDO ANAFE (Presidente), LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, POÇAS LEITÃO, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, CRISTINA ZUCCHI, JAMES SIANO E COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 11 de maio de 2022

RICARDO ANAFE
RELATOR DESIGNADO
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2212052-78.2021.8.26.0000

Requerente: Prefeito do Município de Joanópolis

Requerido: Presidente da Câmara Municipal de Joanópolis

TJSP – (Voto nº 31.754)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 2.063, de 01 de setembro de 2021, do Município de Joanópolis, que “dispõe sobre a autorização do fornecimento gratuito de fraldas descartáveis para pessoas com deficiência e idosos” – Lei 'autorizativa' que, em verdade, contém determinação – Gestão de políticas públicas – Iniciativa parlamentar – Inadmissibilidade – Matéria relativa à Administração Municipal, de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo – Vício de iniciativa – Ofensa ao princípio da harmonia e independência dos Poderes – Violação aos artigos 5º, 47, incisos II e XIV, e 144 da Constituição do Estado.

Pedido procedente.

1. *Ex ante*, cumpre destacar a adoção do relatório elaborado, bem como a excelência do voto do eminente Relator Desembargador Torres de Carvalho, mas por convencimento ousou divergir.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Joanópolis visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 2.063, de 01 de setembro de 2021, do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Município de Joanópolis, que “dispõe sobre a autorização do fornecimento gratuito de fraldas descartáveis para pessoas com deficiência e idosos”, porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 5º, 47, incisos II e XIV, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

A Lei nº 2.063, de 01 de setembro de 2021, do Município de Joanópolis, tem a seguinte redação:

Art. 1º - Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a fornecer, gratuitamente, fraldas descartáveis para idosos e pessoas com deficiência no Município de Joanópolis.

§ 1º São pessoas idosas, para efeitos desta Lei, aquelas definidas pelo Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003.

§ 2º São pessoas com deficiência, para efeitos desta Lei, aquelas definidas no Decreto Federal nº 3.298/1999, suas alterações e, no que couber, a Lei nº 13.16/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Art. 2º - Serão beneficiadas as pessoas com deficiência e idosos que necessitem do material de higiene pessoal para uso contínuo ou temporário, desde que sejam residentes do Município de Joanópolis e estejam inscritas no Cadastro Único de Assistência Social (CAD Único);

Art. 3º - O número de fraldas a serem fornecidas será estabelecido por prescrição médica, limitado ao máximo de 120 (cento e vinte) fraldas por mês,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

por pessoa.

Parágrafo único. As fraldas descartáveis se destinam ao beneficiário e ao seu uso exclusivo, sendo que o desvio da destinação ou a negociação dos produtos importará no cancelamento do benefício, sem prejuízo de outras sanções legais.

Art. 4º - As despesas decorrentes da execução da presente Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, a serem suplementadas se necessário.

Art. 5º - Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a regulamentar a presente Lei, no que for necessário.

Art. 6º - Esta Lei entra em vigor em 180 dias após a sua publicação.

A respeito da competência privativa do Poder Executivo municipal, o Supremo Tribunal Federal consignou, em sede de repercussão geral:

“Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido” (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 878.911/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 30.09.2016).

Na hipótese, entretanto, *mutatis mutandis* desse entendimento, de se reconhecer a invasão do Poder Legislativo local na esfera privativa de competência do Prefeito.

Por mais nobre que seja o escopo da lei, que visa o fornecimento ou distribuição gratuita de fraldas a idosos e pessoas com deficiência, certo é que o Poder Legislativo não pode impor ao Poder Executivo, ato normativo consubstanciado em violação ao princípio da separação de Poderes, previsto no artigo 5º, e artigo 47, incisos II e XIV, da Constituição do Estado, aplicáveis aos Municípios por força do artigo 144 da Carta Paulista.

Isso porque cabe exclusivamente ao Poder Executivo a instituição de política pública de assistência social, bem como a gestão dos serviços de saúde, envolvendo o fornecimento de fraldas descartáveis para idosos e pessoas com deficiência de baixa renda que necessitam do produto de higiene pessoal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

De um modo geral, pode a Câmara, por deliberação do Plenário, indicar medidas administrativas ao Prefeito *adjuvandi causa*, isto é, a título de colaboração e sem força coativa ou obrigatória para o Executivo. A propósito ensina Hely Lopes Meirelles:

“A atribuição típica e predominante da Câmara é normativa, isto é, a de regular a administração do Município e a conduta dos munícipes no que afeta aos interesses locais. A Câmara não administra o Município; estabelece, apenas, normas de administração (...). De um modo geral, pode a Câmara, por deliberação do plenário, indicar medidas administrativas ao prefeito *adjuvandi causa*, isto é, a título de colaboração e sem força coativa ou obrigatória para o Executivo; o que não pode é prover situações concretas por seus próprios atos ou impor ao Executivo a tomada de medidas específicas de sua exclusiva competência e atribuição. Usurpando funções do Executivo, ou suprimindo atribuições do prefeito, a Câmara praticará ilegalidade reprimível por via judicial” (*in* “Direito Municipal Brasileiro”, Malheiros Editores, São Paulo, 15ª ed., pp. 605/606).

E, ainda, sobre o processo legislativo, destaca-se trecho da obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *in verbis*: **“... as regras de fixação de competência para a iniciativa do processo legislativo têm como corolário o princípio da separação dos poderes, que nada mais é**



do que o mecanismo jurídico que serve à organização do Estado, definindo órgãos, estabelecendo competências e marcando relações recíprocas entre esses mesmos órgãos” (Cf. “Do Processo Legislativo”, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ed. Saraiva, p. 111/112).

O princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania tem uma função de garantia da Constituição, pois os esquemas de responsabilidade e controle entre os vários órgãos transformam-se em relevantes fatores de observância da Constituição (J.J. Gomes Canotilho, *in* Direito Constitucional, ed. 1991, p. 321 e 695).

Sobre o tema, esclarece Dalmo Dallari que **“o sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como *sistema de freios e contrapesos*”** (*in* Elementos de Teoria Geral do Estado, p. 193).

E, segundo o princípio tradicional de balança de *poderes e contrapesos constitucionais*, cada um dos Poderes serve de limitação do arbítrio dos outros simplesmente por exercer sua ação constitucional dentro dos limites intransponíveis de sua *própria competência* (Eusébio de Queiroz Lima, *in* Teoria do Estado, p. 307). E, na prática de atos, **“se houver exorbitância de qualquer dos Poderes surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando a cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência”** (Dalmo Dallari, *in* ob. cit., p. 193).

A instituição de programas destinados à execução de políticas públicas executados direta ou indiretamente pelo Poder Público, bem como a organização e funcionamento da Administração Pública, situam-se no domínio da reserva da Administração, espaço conferido com exclusividade ao Chefe do Poder Executivo no âmbito de seu poder normativo imune a interferências do Poder Legislativo, e que se radica na gestão ordinária dos negócios públicos, como se infere dos artigos 5º e 47, incisos II, XIV e XIX, a, da Constituição do Estado, aplicável na esfera municipal por força de seu artigo 144.

Assim, “Ives Gandra Martins, referindo-se aos atos típicos de administração, ensina que **'sobre tais matérias tem o Poder Executivo melhor visão do que o Legislativo, por as estar gerindo. A administração da coisa pública, não poucas vezes, exige conhecimento que o Legislativo não tem, e outorgar a este Poder o direito de apresentar os projetos que desejasse seria oferecer-lhe o poder de ter iniciativa sobre assuntos que refogem a sua maior especialidade'** ('Comentários à Constituição do Brasil', 4º vol. Tomo I, 3ª ed., atualizada, São Paulo, Saraiva, 2002).”¹

No que tange à lei autorizativa, bem destacou o eminente Desembargador Damião Cogan, no julgamento da ADI nº 2203824-17.2021.8.26.0000, em 23 de março de 2022, cujo trecho peço vênia para transcrever, *in verbis*:

“Acerca da arguição de lei autorizativa cumpre

¹ ADI nº 2047125-42.2014.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 22/10/2014.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

destacar que é inadmissível tal justificativa para suprir o vício de iniciativa, por afronta ao princípio da Separação de Poderes.

Sérgio Resende de Barros a respeito da inconstitucionalidade das leis autorizativas ensina que: 'Como ocorre na federação para os entes federativos, igualmente na separação de poderes a competência básica de cada Poder é fixada pela ordem constitucional, integrada pelas constituições federal e estaduais e leis orgânicas municipais. Aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, compete o que a ordem constitucional lhes determina ou autoriza. Fixar competência dos Poderes constituídos, determinando-os ou autorizando-os, cabe ao Poder Constituinte no texto da constituição por ele elaborada. A ordem constitucional é que fixa as competências legislativa, executiva e judiciária. Pelo que, se uma lei fixa o que é próprio da Constituição fixar, pretendendo determinar ou autorizar um Poder constituído no âmbito de sua competência constitucional, essa lei é inconstitucional. Não é só inócua ou rebarbativa. É inconstitucional, porque estatui o que só o Constituinte pode estatuir, ferindo a Constituição por ele estatuída. O fato de ser mera autorização não elide o efeito de dispor, ainda que de forma não determinativa, sobre matéria de iniciativa alheia aos parlamentares.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Vale dizer, a natureza teleológica da lei o fim: seja determinar, seja autorizar - não inibe o vício de iniciativa. A inocuidade da lei não lhe retira a inconstitucionalidade. A iniciativa da lei, mesmo sendo só para autorizar, invade competência constitucional privativa'.²

A propósito, a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal:

“RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO E SEPARAÇÃO DE PODERES. - O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. Precedentes. Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, deconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão

² (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2203824-17.2021.8.26.0000; Rel. Des. Damião Cogan; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo, j. 23/03/2022)



funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação *ultra vires* do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais” (ADI-MC 2.364-AL, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/08/01).

Esse entendimento já foi proclamado por este Órgão Especial:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 14.595/2021 DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO – LEI SUPOSTAMENTE AUTORIZATIVA QUE IMPÕE À ADMINISTRAÇÃO A DISTRIBUIÇÃO, PELA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE, DE ITEM ESPECÍFICO DE HIGIENE PESSOAL A PARCELA ESPECÍFICA DE MUNÍCIPES DO SEXO FEMININO – OFENSA À RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO – GESTÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE CONSTITUI COMPETÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Lei nº 14.595, de 25 de agosto de 2021, do Município de Ribeirão Preto, que supostamente autoriza o Administrador a distribuir absorventes higiênicos a alunas matriculadas na rede municipal de ensino.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Desnecessidade de autorização legislativa. Admitir a autorização pressupõe admitir também a desautorização, o que é impensável e evidencia a invasão das competências administrativas e ofensa ao postulado da separação de Poderes. 2. Sob o manto da autorização, a lei impõe verdadeira obrigação à Administração Pública ("o Poder Executivo por meio da Secretaria Municipal da Educação fornecerá..."), modificando o rol de atribuições de órgão público. Intromissão em atos de gestão e gerência de políticas públicas. Ofensa à reserva da Administração. Precedentes do STF e do Órgão Especial. Incompatibilidade da lei local com os artigos 5º, 47, II e XIV, e 144, da Constituição Estadual. Ação direta de inconstitucionalidade procedente.” (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2226355-97.2021.8.26.0000; Relator: Décio Notarangeli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 20/04/2022; Data de Registro: 25/04/2022).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 5.449, de 18 de fevereiro de 2019, do Município de Mauá, de iniciativa parlamentar com integral veto do Prefeito, que autoriza a doação de aparelhos auditivos aos alunos matriculados na rede de ensino público, com outras providências - Alegação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de usurpação da competência privativa do Poder Executivo, violando a separação os poderes - VÍCIO DE INICIATIVA – Projeto apresentado por parlamentar direcionado a autorizar a doação, pelo Poder Executivo, de aparelhos auditivos mediante prévio exame audiométrico por médico vinculado à Secretaria Municipal de Saúde, bem como destinação do benefício apenas para famílias com renda abaixo de 2 (dois) salários-mínimos – Descaracterização da natureza autorizativa em função de diretrizes que colocam obrigatoriedades a serem cumpridas pelo Poder Executivo, além de limitar o exercício da sua discricionariedade para ampliação do programa – Inexistência, ainda, de Lei Federal ou Estadual que insira a obrigatoriedade da realização desse exame aos alunos da rede pública de ensino – Não caracterização da competência suplementar dos Municípios para autorizar a atuação concorrente do Poder Legislativo na defesa da saúde e da infância e juventude, na forma dos artigos 24, incisos XII e XV, e 30, inciso I e VII, da Constituição Federal – ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA – Impossibilidade do Poder Legislativo, ainda que no exercício da competência concorrente, adentrar em matéria de gestão administrativa, de iniciativa privativa do Poder Executivo – Lei objurgada que cria critérios para atuação dos profissionais (otorrinolaringologistas)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

e direcionamento para determinada classe socioeconômica quando da constatação de problema na acuidade auditiva do aluno - Ofensa aos artigos 5º; 47, incisos II, XIV e XIX, alínea 'a'; e 144 da Constituição Estadual – CUSTEIO – Não indicação durante a tramitação legislativa que implica apenas na inexecutabilidade do programa enquanto não houver dotação prevista no orçamento vigente - Ação julgada procedente.” (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2297426-96.2020.8.26.0000; Relator: Jacob Valente; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 30/06/2021; Data de Registro: 05/07/2021).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI Nº 3.692, DE 15 DE OUTUBRO DE 2019, DO MUNICÍPIO DE HORTOLÂNDIA QUE 'DISPÕE SOBRE A IMPLANTAÇÃO DE DISPOSITIVO CHAMADO BOCA DE LOBO INTELIGENTE, NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE HORTOLÂNDIA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS' - MATÉRIA TÍPICA DE GESTÃO ADMINISTRATIVA, QUE INCUMBE EXCLUSIVAMENTE AO PREFEITO - LEI DE NATUREZA AUTORIZATIVA - INADMISSIBILIDADE - PREFEITO NÃO PRECISA DE AUTORIZAÇÃO DO LEGISLATIVO PARA O EXERCÍCIO DE ATOS DE SUA EXCLUSIVA OU MESMO CONCORRENTE COMPETÊNCIA - DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA RESERVA



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DE ADMINISTRAÇÃO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - OFENSA AOS ARTIGOS 5º, 47, INCISOS II, XIV E XIX, LETRA 'A', E 144, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - INEXISTÊNCIA, CONTUDO, DE AFRONTA AO ARTIGO 25 DA CARTA BANDEIRANTE - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA - AÇÃO PROCEDENTE". "O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo". "Nos termos do artigo 5º, *caput*, da Constituição Bandeirante, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si. Disso decorre que o Prefeito goza de autonomia e independência em relação à Câmara Municipal, que não podem ser violadas mediante elaboração legislativa que tenha por escopo autorizar o Alcaide a desempenhar atribuição já assegurada pela própria ordem constitucional". "A ausência de dotação orçamentária apenas conduz à inexecutabilidade da norma no ano em que foi aprovada, não traduzindo infringência ao disposto no artigo 25 da Constituição Estadual." (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2288284-05.2019.8.26.0000; Relator: Renato Sartorelli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

15/07/2020; Data de Registro: 16/07/2020).

Nesse diapasão, com a devida vênua do entendimento do eminente Relator, impõe-se a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 2.063, de 01 de setembro de 2021, do Município de Joanópolis, por afronta aos artigos 5º, 47, incisos II e XIV, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

2. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido, nos termos suso alinhavados.

Ricardo Anafe
Relator Designado



DECLARAÇÃO DE VOTO

Voto nº ADI-0159/22

ADI nº 2212052-78.2021 – Órgão Especial

Autor: Prefeito do Município de Joanópolis

Réu: Presidente da Câmara Municipal de Joanópolis

Relator - Voto vencido

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Joanópolis. LM nº 2.063 de 1º-9-2021. Autorização de fornecimento gratuito de fraldas descartáveis para pessoas com deficiência e idosos. Processo legislativo. Vício de iniciativa. Separação dos poderes. Violação aos art. 5º, 47, II e XIV e 144 da Constituição do Estado. –

1. Controle de constitucionalidade. Parâmetro. O § 2º do art. 125 da Constituição Federal preceitua que "cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão". Deste modo, o controle abstrato de constitucionalidade de ato normativo municipal deve adotar como parâmetro tão somente a Constituição Estadual, não se admitindo a inconstitucionalidade reflexa ou indireta, motivo pelo qual fica afastada a análise da Resolução CNAS nº 39 de 2010 ou de qualquer outro ato normativo infraconstitucional. –

2. Vício de iniciativa. Separação dos poderes. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara Municipal, com exceção das hipóteses taxativas em que a iniciativa legislativa é exclusiva do Chefe do Poder Executivo, cujo rol está previsto no § 2º do art. 24 da CE; e o art. 47 da CE, por sua vez, elenca as competências privativas do Chefe do Poder Executivo, sendo tais dispositivos de observância obrigatória pelos Municípios (art. 144, CE). Ainda, em 29-9-2016, ARE nº 878.911-RJ, o STF reafirmou a jurisprudência de que não usurpa a competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata de sua estrutura ou de atribuição de seus órgãos nem do regime

jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, 'a', 'c' e 'e' da CF), editando o Tema nº 917 da repercussão geral. –

3. LM nº 2.063/21. Fraldas descartáveis. Fornecimento. A lei impugnada autoriza o Poder Executivo Municipal a fornecer fraldas descartáveis para idosos e pessoas com deficiência (art. 1º), vindo a ser beneficiados aqueles que necessitarem do material para uso contínuo ou temporário, que residam no Município do Joanópolis e estejam inscritos no Cadastro Único de Assistência Social (art. 2º). A instituição em si de política pública de assistência social e à saúde a idosos e pessoas com deficiência de baixa renda, que necessitam do produto de higiene pessoal, não cria qualquer órgão do Poder Executivo ou consigna atribuição a este; tampouco disciplina a organização e a o funcionamento da Administração Pública. É hipótese que diferencia dos precedentes mencionados pelo autor, pois inexistente interferência direta na gestão administrativa. O art. 3º, ao exigir a prescrição médica e indicar o limite de 120 fraldas por mês por indivíduo, se aproxima do 'como fazer' sempre repellido pelo Órgão Especial; no entanto, é uma previsão que protege a administração e o erário ao exigir a prescrição médica e estabelecer um limite mensal, permitindo que o serviço de saúde verifique a adequação do pedido e da quantidade solicitada. Anoto que a prescrição e o limite máximo, válido na generalidade dos casos, não impedem que a administração examine casos especiais e decida o que for adequado à assistência às pessoas beneficiadas e à proteção do erário. – Ação julgada improcedente.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, proposta pelo PREFEITO MUNICIPAL DE JOANÓPOLIS, tendo por objeto a LM nº 2.063 de 1º-9-2021 do município de Joanópolis, que "dispõe sobre a autorização do fornecimento gratuito de fraldas descartáveis para pessoas com deficiência e idosos".

Suspendi a eficácia da LM nº 2.063/2021 de Joanópolis até o julgamento da ação (fls. 61/62). A Procuradoria Geral do Estado e o Presidente da Câmara Municipal de Joanópolis deixaram transcorrer 'in albis' o prazo para manifestação (fls. 73/74). A Procuradoria Geral de Justiça opina pela improcedência do pedido (fls. 79/83).

O Órgão Especial, por maioria de votos, julgou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da LM nº 2.063 de 1º-9-2021 do Município de Joanópolis, por ofensa aos art. 5º, 47, incisos II e XIV e 144 da Constituição do Estado. Exponho, respeitosamente, as razões de divergência.

2. Legislação. A LM nº 2.063/21 de 1º-9-2021, que dispõe sobre a autorização do fornecimento gratuito de fraldas descartáveis para pessoas com deficiências e idosos, possui o seguinte teor:

Art. 1º Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a fornecer, gratuitamente, fraldas descartáveis para idosos e pessoas com deficiência no Município de Joanópolis. **§ 1º** São pessoas idosas, para efeitos desta Lei, aquelas definidas pelo Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003. **§ 2º** São pessoas com deficiência, para efeitos desta Lei, aquelas definidas no Decreto Federal nº 3.298/1999, suas alterações e, no que couber, a Lei nº 13.16/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Art. 2º Serão beneficiadas as pessoas com deficiência e idosos que necessitem do material de higiene pessoal para uso contínuo ou temporário, desde que sejam residentes do Município de Joanópolis e estejam inscritas no Cadastro Único de Assistência Social (CAD Único);

Art. 3º O número de fraldas a serem fornecidas será estabelecido por prescrição médica, limitado ao máximo de 120 (cento e vinte) fraldas por mês, por pessoa. **Parágrafo único.** As fraldas descartáveis se destinam ao beneficiário e ao seu uso exclusivo, sendo que o desvio da destinação ou a negociação dos produtos importará no cancelamento do benefício, sem prejuízo de outras sanções legais.

Art. 4º As despesas decorrentes da execução da presente Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, a serem suplementadas se necessário.

Art. 5º Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a regulamentar a presente Lei, no que for necessário.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor em 180 dias após a sua publicação.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3. Controle abstrato de constitucionalidade. Parâmetro. O § 2º do art. 125 da Constituição Federal preceitua que "cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão". Deste modo, o controle abstrato de constitucionalidade de ato normativo municipal deve adotar como parâmetro tão somente a Constituição Estadual, não se admitindo a inconstitucionalidade reflexa ou indireta, motivo pelo qual fica afastada a análise da Resolução CNAS n° 39 de 2010 ou de qualquer outro ato normativo infraconstitucional.

4. Vício de iniciativa. Separação dos poderes. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara Municipal, com exceção das hipóteses taxativas em que a iniciativa legislativa é exclusivamente do Chefe do Poder Executivo. Nesse sentido é a dicção do 'caput' e § 2º do art. 24 da CE:

Artigo 24 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. (...) § 2º - Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre: 1 - criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração; 2 - criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX; 3 - organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União; 4 - servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; 5 - militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

da Polícia Militar; 6 - criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos.

O art. 47, por sua vez, elenca as competências privativas do Chefe do Poder Executivo; no que importa aos autos, os incisos II e XIV assim preveem:

Artigo 47 - Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição: (...) **II** - exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual; (...) **XIV** - praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;

Ainda sobre o vício de iniciativa e sobre a violação à separação dos poderes, em 29-9-2016, ARE nº 878.911-RJ, o STF reafirmou entendimento que já imperava na Corte, editando o Tema nº 917 da repercussão geral, nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido. (ARE nº 878.911-RJ, STF, Pleno, 29-9-2016, Rel. Gilmar Mendes, por maioria, Tema STF nº 917).

O 'leading case' tratava de lei do Município do Rio de Janeiro, de iniciativa parlamentar, que determinava instalação de câmeras de monitoramento nas dependências e cercanias de todas as escolas públicas municipais. No julgamento do caso, foi reafirmada a jurisprudência da Corte, no sentido de que não usurpa a competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

trata de sua estrutura ou de atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, 'a', 'c' e 'e' da CF).

5. O autor alega que a LM nº 2.063/21 de 1º-9-2021, de iniciativa da Câmara Municipal, viola os art. 5º, 'caput' e 47, II e XIV da CE, aplicáveis ao município por força do art. 144 da CE, na medida em que invade matéria reservada à administração; aduz ainda que a Constituição do Estado, em dispositivo que repete o art. 61, § 1º, II da CF, conferiu ao Chefe do Executivo a iniciativa privativa das leis que disponham sobre as atribuições da administração pública e, conseqüentemente, sobre serviços públicos; e que, nos termos da lei impugnada, o art. 1º impõe atos concretos de administração ao Poder Executivo Municipal; e o art. 2º elege os serviços que serão prestados. Sem razão.

Em que pese a decisão que deferiu a liminar, o cotejo entre a lei municipal e os parâmetros constitucionais mencionados, principalmente no que se refere à tese fixada no julgamento do Tema STF nº 917, não permite que se conclua pela alegada inconstitucionalidade. A lei impugnada autoriza o Poder Executivo Municipal a fornecer fraldas descartáveis para idosos e pessoas com deficiência, assim consideradas aquelas definidas, respectivamente na LF nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) e LF nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) (art. 1º), vindo a ser beneficiados aqueles que necessitarem do material para uso contínuo ou temporário, que residam no Município do Joanópolis e estejam inscritos no Cadastro Único de Assistência Social (art. 2º). A instituição em si de política pública de assistência social e à saúde a idosos e pessoas com deficiência de baixa renda, que necessitam do produto de higiene pessoal, não cria qualquer órgão do Poder Executivo ou consigna atribuição a este; tampouco disciplina a organização e a o funcionamento da Administração Pública. O ato normativo, ao autorizar o fornecimento do insumo, não tangenciou o núcleo de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo ou da reserva da administração, sendo hipótese que se diferencia dos precedentes deste Órgão Especial mencionados



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pelo autor, pois inexistente interferência direta na gestão administrativa. Nesse sentido é também o entendimento da Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 82/83):

Parece-me, em linha de princípio, que, atendendo-se à natureza e à extensão da divisão funcional do poder, é lícito ao Poder Legislativo – assim como ao Poder Executivo pelos instrumentos normativos à sua disposição – instituir políticas públicas desde que não tangencie o núcleo da reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo (organização e funcionamento da Administração; atribuição de competências a órgãos do Poder Executivo com geração de despesas; servidores públicos e seu regime jurídico etc.) ou da reserva da Administração (direção superior das atividades administrativas; organização e funcionamento da Administração; atribuição de competências a órgãos do Poder Executivo sem geração de despesas; prática de atos da Administração etc.), como deflui das premissas do julgamento em repercussão geral (Tema 917), considerando o caráter excepcional e restrito das reservas apontadas, de tal sorte que nessa empresa poderá valer-se de diretrizes, normas gerais etc.

Em outras palavras, ao Poder Legislativo será consentido estabelecer o que (o Poder Executivo) pode ou deve fazer, mas não como fazê-lo, porque, salvo competências constitucionalmente vinculadas, remanesce ao Poder Executivo, como órgão de governo, a escolha dos meios de cumprimento das obrigações fixadas pelo Parlamento, e que se rende ao âmbito de sua discricionariedade (escolhas, opções, alternativas) – simples ou técnica - à luz da realidade e da possibilidade da medida dos recursos (humanos, materiais) disponíveis, da influência da técnica, da ciência e da tecnologia, das condicionantes do ordenamento jurídico inteiro, e dos aspectos econômicos, financeiros e orçamentários.

Assim sendo, soa coerente com esse discurso que ao Poder Legislativo será lícito inscrever em regra jurídica a imposição da instituição de uma política pública, que vise ao fornecimento ou distribuição gratuita de fraldas a idosos e pessoas com deficiência, mas, não a especificação do modo pelo qual essa diretriz será implementada, a menos que se trate, em linha de princípio, de competência constitucional vinculada. A fórmula normativa adotada, pois, não ceifa a possibilidade de escolha que cabe à Administração Pública do melhor



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

meio de cumprimento de um dever ou órgão – enfim, do atendimento ao *dovere di buona amministrazione*.

6. O art. 3º, ao exigir a prescrição médica e indicar o limite de 120 fraldas por mês por indivíduo, se aproxima do 'como fazer' sempre repellido pelo Órgão Especial; no entanto, é uma previsão que protege a administração e o erário ao exigir a prescrição médica e estabelecer um limite mensal, permitindo que o serviço de saúde verifique a adequação do pedido e da quantidade solicitada. Anoto que a prescrição e o limite máximo, válido na generalidade dos casos, não impedem que a administração examine casos especiais e decida o que for adequado à assistência às pessoas beneficiadas e à proteção do erário.

O voto é pela **improcedência da ação**.

TORRES DE CARVALHO

Relator vencido



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	16	Acórdãos Eletrônicos	RICARDO MAIR ANAFE	1A03EB6D
17	24	Declarações de Votos	RICARDO CINTRA TORRES DE CARVALHO	1A4AC6E4

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 2212052-78.2021.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.