

PUBLICADO DOC 23/09/2006

PARECER N.º 1261/2006 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA SOBRE O PROJETO DE LEI N.º 0338/2005.

Trata-se de projeto de Lei de autoria da Nobre Vereadora Claudete Alves, que cria a obrigatoriedade de cotas para portadores de necessidades especiais no preenchimento dos cargos em comissão da administração pública direta, indireta e dá outras providências. O projeto deve prosperar, pois encontra-se lastreado nos fundamentos legais que veremos a seguir:

A Constituição Federal da República nos artigos 3.º, inciso IV e 5.º, caputI é clara ao dizer:

“ Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação.”

“ Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:”

MAS NO QUE CONSISTE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE???

O conceito de igualdade provocou posições extremadas. Há os que sustentam que a desigualdade é a característica do universo. Assim, os seres humanos, ao contrário as afirmativa do art. 1.º da Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão de 1.789, nascem e perduram desiguais.

Uma posição, dita realista , reconhece que os homens são desiguais sob múltiplos aspectos, mas também entende ser supremamente exato descreve-los como criaturas iguais, pois, em cada um deles, o mesmo sistema de características inteligíveis proporciona, à realidade individual, aptidão para existir. Em essência, como seres humanos, não se vê como deixar de reconhecer igualdade entre os homens.

Não fosse assim, não seriam seres da mesma espécie. A igualdade aqui se revela na própria identidade de essência dos membros da espécie. Isso não exclui a possibilidade de inúmeras desigualdades entre eles. Mas são desigualdades fenomênicas: naturais, físicas, morais, políticas, sociais etc., e “ não se aspira (lembra Carmem Lúcia Antunes Rocha) uma igualdade que fruste e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz no seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embasa a realização de todas as desigualdades humanas e faça suprimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativa de caminhos singulares a cada ser humano único.”

Aristóteles vinculou a idéia de igualdade a idéia de justiça , mas, nele, trata-se de igualdade de justiça relativa que dá a cada um o seu, uma igualdade – como nota Chomé – impensável sem a desigualdade complementar e que é satisfeita se o legislador tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais. Cuida-se de um justiça e de uma igualdade formais, tanto que não seria injusto tratar diferentemente o escravo e seu proprietário; sê-lo-ia, porém, se os escravos, ou seus senhores, entre si, fossem tratados desigualmente. No fundo, prevalece, nesse critério de igualdade, uma injustiça real. Essa verificação impôs a evolução do conteúdo de igualdade e de justiça, a fim de se ajustarem às concepções formais e reais ou materiais.

A justiça formal consiste em “ um princípio de ação, segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”. Aí a justiça formal se identifica com a igualdade formal. A justiça concreta ou material seria, para Perelmam, a especificação da justiça formal, indicando a característica constitutiva da categoria essencial,

chegando-se às formas: a cada segundo a sua necessidade; a cada um segundo seus méritos; a cada um a mesma coisa. Por que existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça, daí por que o legislador, sob "o impulso das forças criadoras do direito (como nota George Sarotte), teve progressivamente de publicar leis setoriais para poder levar em conta diferenças nas formações e nos grupos sociais: o direito do trabalho é um exemplo típico".

Pois, como diz Carmem Lúcia Antunes Rocha:

"Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental".

O eminente mestre do Direito Constitucional, Doutor José Afonso da Silva, nos traz clara comparação entre a Isonomia formal e isonomia material, assim dispondo:

"A afirmação do art. 1.º da Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem iguais em direito. Mas aí firmara a igualdade jurídico-formal no plano político, de caráter puramente negativo, visando a abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe. Esse tipo de igualdade gerou as desigualdades econômicas, porque fundada "numa visão individualista do homem, membro de um sociedade liberal relativamente homogênea".

Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciando que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5.º, caput, não deve ser assim tão estreita. O interprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, conforme apontamos supra e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social. Considerá-lo-emos, como isonomia formal para diferencia-lo da isonomia material, traduzido no art. 7.º, XXX e XXXI, que já indicamos no n. 1 supra.

A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também igualdade entre homens e mulheres e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação"

O mesmo Mestre ainda, ao discorrer sobre o sentido da expressão igualdade perante a lei" assim leciona:

"Mas, como já vimos, o princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os "iguais" podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. Esse julga, assim, como "essenciais" ou "relevantes", certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por consequência, as pessoas que apresentam aspectos "essenciais" previstos por essas normas são consideradas encontrar-se nas "situações idênticas", ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos. Nesse sentido, já se pronunciou, também, Seabra Fagundes, para lembrar que os "conceitos de igualdade e de desigualdade são relativos, impõem a confrontação e o contraste entre duas ou várias situações, pelo que onde uma só existe não é possível indagar tratamento igual ou discriminatório".

Esses fundamentos é que permitem, à legislação, tutelar pessoas que se achem em posição econômica inferior, buscando realizar o princípio da igualização, como salienta Pontes de Miranda, em sua obra Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.1 de 1969, t. IV/689, in verbis:

“ A desigualdade econômica não é, de modo nenhum, desigualdade de fato, e sim, resultante, em parte, de desigualdades artificiais, ou desigualdades de fato mais desigualdades econômicas mantidas por leis. O direito que em parte as fez, pode amparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu. Exatamente aí é que se passa a grande transformação da época industrial, com a tendência a maior igualdade econômica, que há de começar, como já começou em alguns países, pela atuação mais ou menos extensa das desigualdades”.

O portador de necessidade muitas vezes tem as portas do mercado de trabalho, de cargos e posições na sociedade, pois de maneira preconceituosa suas necessidades são associadas à idéia de incompetência ou debilidade, o que não é verdadeiro. Na maioria dos caso ocorre o contrário, o portador de alguma necessidade especial, compensa aquela necessidade, com uma maior habilidade em outras funções.

Ainda que se argumente que o Cargo de comissão é de livre escolha, tal argumento não é absoluto, uma vez que muitas são as pessoas capacitadas intelectualmente e envolvidas em suas áreas de domínio, que estão na sociedade e se relacionam com todos, sejam portadores de necessidades ou não, sendo difícil achar alguém que não conheça portadores de necessidades especial.

Ademais a aprovação desta propositura estimulará uma maior integração e convívio dos próprios agentes publico com pessoas portadoras de necessidades especiais.

Indispensável ainda, se faz consignar o que dispõe a Lei Federal n.º 8.213 de 1.991 que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e outras providências, dispõe no art. 93, que a empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas.

Desta forma, se ao setor privado é obrigatória a inserção do portador de necessidades especiais e reabilitados ao trabalho, seria um contra senso o Poder Publico, em qualquer das suas instâncias furtar-se das políticas de empregabilidade, socialização e cidadania dos portadores de necessidades especiais.

Quanto às normas Municipais, dentro da autonomia constitucionalmente garantida ao Município, dispõe o artigo 13, inciso I da Lei Orgânica do Município:

“ Art. 13 – Cabe à Câmara, com Sanção do Prefeito, não exigida esta para o específico no artigo 14, dispor sobre as matérias de competência do Município, especialmente:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

(...) ”

Quanto a iniciativa, a presente propositura encontra total embasamento legal, uma vez que reza o artigo 37, “caput” da Lei Orgânica do Município:

Artigo 37, “ caput”

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

Sob o aspecto jurídico, a matéria ampara-se no Art. 3.º, inciso IV e Art. 5.º, caput da Constituição Federal e Arts. 13, inciso I e 37, “caput”, da Lei Orgânica do Município de São Paulo.

Opina-se, portanto,

PELA LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE

Sala da Comissão de Constituição e Justiça, em 20/9/06

João Antonio – Presidente

Ademir da Guia

Farhat

Jorge Borges

Kamia

((TITULO))VOTO VENCIDO DO RELATOR VEREADOR CARLOS A. BEZERRA JR. E DO VEREADOR TIÃO FARIAS DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 0338/05.

((TEXTO))Trata-se de Projeto de Lei, de autoria da Nobre Vereadora Claudete Alves, que cria a obrigatoriedade de cotas para portadores de necessidades especiais no preenchimento dos cargos em comissão da Administração Pública Direta e Indireta.

A propositura versa sobre duas situações:

I – reserva de percentual de cargos de provimento em comissão para deficientes físicos, com paridade entre homens e mulheres, e

II – obrigatoriedade de exigência para participação nas licitações e nos contratos, convênios e parcerias firmados pelo Poder Público que as licitantes/contratadas possuam em seus quadros, em todos os níveis hierárquicos, 10% (dez por cento) de empregados deficientes físicos, com paridade entre homens e mulheres.

A propositura viola o art. 37, § 2º, III, da Lei Orgânica, segundo o qual são de iniciativa privativa do Prefeito as leis que disponham sobre servidores públicos municipais, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria.

Resulta daí violado o princípio da independência e harmonia entre os poderes, inserto no art. 6º, da LOM, art. 5º da Constituição Estadual e art. 2º da Constituição Federal.

Em outro aspecto, o projeto tem por objetivo impor requisito para a contratação por parte da administração direta, indireta ou fundacional, requisito este que consiste na exigência da licitante/contratada possuir em seus quadros, em todos os níveis hierárquicos, 10% (dez por cento) de empregados deficientes físicos, com paridade entre homens e mulheres.

Note-se que o projeto vai além do que já determina a Lei Federal nº 8.213/91 que, em seu art. 93, estipula essa reserva de vagas de 2% a 5% e restringe a sua aplicação às empresas com 100 (cem) ou mais empregados, nos seguintes termos:

“Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I – até 200 empregados	2%
II – de 201 a 500	3%
III – de 501 a 1000	4%
IV – de 1001 em diante	5%

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

§ 1º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.”

Com efeito, na medida em que impõe requisito para as licitações e contratações da administração direta, indireta e fundacional, majorando, inclusive, o disposto em lei federal, o projeto cuida de matéria relativa a licitação e contratos, sobre a qual compete à União estabelecer regras gerais, aplicáveis também aos Estados, Municípios e Distrito Federal, nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, resultando daí a edição da Lei Federal n. 8.666/93, alterada pela Lei n. 8.883/94.

Ficam assim os demais entes da federação obrigados a seguir, na legislação federal sobre licitações e contratos, o que for efetivamente norma geral, restando-lhes, quanto ao mais, poder regulatório próprio.

O Município de São Paulo, ao dispor sobre o assunto, deve portanto obediência aos princípios contidos na Constituição Federal e nas normas gerais da Lei Federal n. 8.666/93, dispondo neste sentido o art. 129 de nossa Lei Orgânica.

A Lei Federal nº 8.666/93 estabelece em seu art. 27 que:

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I – habilitação jurídica;

II – qualificação técnica;

III – qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”

A Lei Federal restringiu, dessa forma, aos cinco tópicos acima enumerados, a finalidade a ser buscada pela Administração na eleição dos documentos a serem exigidos dos interessados a contratar com a Prefeitura.

Não pode, portanto, a lei municipal exigir outros requisitos não previstos na regra geral.

De fato, o Município no exercício de sua competência legislativa suplementar (art. 30, II, CF), pode tão-somente editar regras que dêem maior eficácia aos princípios da licitação, sem contudo conflitar com as normas gerais contidas no diploma nacional.

Tal entendimento é esposado, também, pela Procuradoria Geral do Estado que, em parecer publicado no DOE de 13/08/93, a respeito da aplicabilidade da Lei Estadual de Licitações nº 6.544/89 frente à nova Lei Federal nº 8.666/93, assim se pronunciou:

“O Estado dispõe de competência legislativa suplementar em matéria de licitação e contrato administrativo (CF, art. 24, § 2º). Assim, pode editar regras sobre o assunto, desde que respeitadas as normas gerais contidas na lei nacional (CF, art. 22, XXVII). Por isso, o advento da LF não revogou a lei estadual paulista nº 6.544/89 (LE) nem os decretos que a regulamentaram. Esses diplomas continuam em vigor, no que não conflitem com as normas gerais contidas no diploma nacional.

Para identificação do possível conflito, que importa na ineficácia do dispositivo estadual, deve-se atentar que, no uso de sua competência legislativa suplementar, o Estado pode ampliar as hipóteses de exigência de licitação (eliminando casos de dispensa, p. ex.), ampliar a participação no certame (elevando o número de participantes ou restringindo as exigências de habilitação, p. ex.), restringir o prazo dos contratos aquém dos limites dispostos na lei nacional, ou intensificar o controle sobre as licitações (impondo a participação da sociedade civil nas comissões de licitação, p. ex.). Regras desse teor não conflitam com as normas gerais da LF, por que editadas justamente para dar maior eficácia aos princípios da licitação”.

Veja-se sobre o tema trecho das razões de veto ao PL 1585/95, que também tinha por objeto aumentar as condições para habilitação dos licitantes, publicadas no DOM de 24/04/96:

“De fato, as normas sobre habilitação têm caráter de normas gerais de licitação e, como tais, são de competência legislativa da União, conforme determina o artigo 22, XXVII, da Constituição Federal. Assim, no concernente às condições do direito de licitar, deve seguir-se estritamente o disposto nos artigos 27 e seguintes da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Essa assertiva se confirma pela leitura do Relatório do Grupo de Trabalho constituído pela Portaria 289, de 24 de agosto de 1993, para análise da legislação municipal existente sobre licitações e contratos, em face das alterações introduzidas pela Lei Federal nº 8.666/93 – publicado no Diário Oficial do Município de 8 de dezembro de 1993, pgs. 1 e 2.

Cumprindo que esse grupo deu especial atenção à identificação das normas gerais, afastando-se, de pronto, do ‘entendimento de serem gerais todas as normas da Lei Federal nº 8.666/93’. E concluindo que a rigor ‘poucas são as normas gerais detectadas’, inseriu entre essas os requisitos genéricos para habilitação (art. 27)”.

Pelo exposto, somos pela INCONSTITUCIONALIDADE e ILEGALIDADE.

Sala da Comissão de Constituição e Justiça, em 20/9/06

Carlos A. Bezerra Jr. - Relator

Soninha (abstenção)

Tiã Farias

