



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

Secretaria Geral Parlamentar
Secretaria de Documentação
Equipe de Documentação do Legislativo

PARECER Nº 1790/2017 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA AO PROJETO DE LEI Nº 0511/17.

Trata-se de projeto de lei, de autoria do nobre Vereador Claudinho de Souza, que dispõe sobre a obrigatoriedade de a rede pública e privada de saúde oferecer leite separado para mães de natimorto e/ou mães com óbito fetal, e dá outras providências.

De acordo com a justificativa do projeto, tal medida visa à saúde e ao bem estar da mãe em um momento difícil, que requer atenção especial no que tange à sua saúde física e psicológica.

Sob o aspecto jurídico, a propositura reúne condições para prosseguir em tramitação, na forma do Substitutivo ao final apresentado.

Com efeito, o comando normativo dirigido aos privados é hígido do ponto de vista constitucional e legal.

Quanto aos entes privados, o projeto encontra fundamento no Poder de Polícia do Município, poder inerente à Administração Municipal para restringir ou limitar direitos em benefício da coletividade, cuja definição nos é dada pelo art. 78 do Código Tributário Nacional:

"Art. 78 - Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos."

Segundo ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, "pelo poder de polícia o Estado, mediante lei, condiciona, limita, o exercício da liberdade e da propriedade dos administrados, a fim de compatibilizá-las com o bem-estar social. Daí que a Administração fica incumbida de desenvolver certa atividade destinada a assegurar que a atuação dos particulares se mantenha consoante com as exigências legais, o que pressupõe a prática de atos, ora preventivos, ora fiscalizadores e ora repressivos" (in Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 5ª ed., pág. 353).

A Carta Magna dispõe, ainda, ser competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, inciso XII), e também dos Municípios, eis que a eles cabe suplementar a legislação federal e estadual no que couber, nos limites do interesse local (art. 30, incisos I e II).

A Lei Orgânica do Município, por seu turno, ao tratar da saúde, determina ser atribuição do Município assegurar à mulher a assistência integral à saúde, pré-natal, no parto e pós-parto (art. 216, inciso VI).

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê no seu § 4º do art. 8º que incumbe ao Poder Público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, finalidade que também é alcançada com a medida adotada nesta propositura.

Ressalte-se que a proposta não incide em vício de iniciativa na medida em que não cogita da criação de serviço público, nem interfere com a sua prestação, mas apenas institui regra geral sobre a prestação desse serviço público.

Há que se ressaltar, ainda, importante alteração em nossa Lei Orgânica efetivada por meio da Emenda nº 28/06 que, ao alterar a redação do art. 37, § 2º, inciso IV da Lei Orgânica, excluiu o serviço público das matérias reservadas à iniciativa legislativa do Chefe do Executivo, espelhando, assim, o disposto na Constituição Federal e na Constituição do Estado de São Paulo.

Não obstante o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo seja bastante restritivo acerca da iniciativa para legislar sobre a prestação de serviços públicos, porque é matéria atinente à organização administrativa, de iniciativa legislativa privativa do Prefeito (art. 37, § 2º, IV, da LOM), o Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADIN 3394-8, firmou o seguinte entendimento :

« AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 1º, 2º E 3º DA LEI N. 50, DE 25 DE MAIO DE 2.004, DO ESTADO DO AMAZONAS. TESTE DE MATERNIDADE E PATERNIDADE. REALIZAÇÃO GRATUITA. EFETIVAÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE CRIA DESPESA PARA O ESTADO-MEMBRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO ACOLHIDA. CONCESSÃO DEFINITIVA DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. QUESTÃO DE ÍNDOLE PROCESSUAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO ARTIGO 2º. SUCUMBÊNCIA NA AÇÃO INVESTIGATÓRIA. PERDA DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO III DO ARTIGO 2º. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINAR O RESSARCIMENTO DAS DESPESAS REALIZADAS PELO ESTADO-MEMBRO. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO IV DO ARTIGO 2º. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 61, § 1º, INCISO II, ALÍNEA "E", E NO ARTIGO 5º, INCISO LXXIV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL .

1. Ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local. Não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em numerus clausus, no artigo 61 da Constituição do Brasil --- matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Precedentes.

2. Reconhecimento, pelas Turmas desta Corte, da obrigatoriedade do custeio do exame de DNA pelo Estado-membro, em favor de hipossuficientes.

3. O custeio do exame pericial da justiça gratuita viabiliza o efetivo exercício do direito à assistência judiciária, consagrado no artigo 5º, inciso LXXIV, da CB/88.

()

7. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucionais os incisos I, III e IV, do artigo 2º, bem como a expressão "no prazo de sessenta dias a contar da sua publicação", constante do caput do artigo 3º da Lei n. 50/04 do Estado do Amazonas ».

(ADI 3394-8, Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Eros Grau, Acórdão, DJ 24.08.2007) (grifamos)

Vê-se que o STF, diante de caso concreto similar ao ora em análise, afastou o vício de iniciativa para garantir a assistência judiciária gratuita consagrada pelo texto constitucional no que entendeu ser o seu grau mínimo de efetividade.

Assim, embora em regra a imposição de prestações materiais seja questão adstrita à esfera administrativa do Executivo, que é quem exerce os atos de governo, o STF tem assegurado o atendimento dessas prestações materiais no que entende ser o seu grau mínimo de efetividade, conforme se extrai da lição do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

"A Constituição brasileira acolheu essa garantia do mínimo social. O art. 201, § 5º, da Constituição, estabelece o salário mínimo como piso dos benefícios previdenciários, e o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência sedimentada no sentido de que essa norma é auto-aplicável.

...

A jurisprudência do STF também registra precedentes em que, para se obviar que normas de cunho social, ainda que de feitio programático, convertam-se em promessa

constitucional inconsequente, são reconhecidas obrigações mínimas que, com base nelas, o Estado deve satisfazer - como nos vários casos em que se proclamou o direito de pacientes de AIDS a receber medicamentos gratuitos dos Poderes Públicos." (Direito Constitucional Brasileiro, 2ª ed., fls. 263. Grifo nosso).

No entanto, cumpre observar que o próprio Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, reconhece que a matéria é bastante polêmica já que « a despeito desse generoso engajamento, forçoso é reconhecer que a efetivação desses direitos não depende da vontade dos juristas, porque, substancialmente, está ligada a fatores de ordem material, de todo alheios à normatividade jurídica e, portanto, insuscetíveis de se transformarem em coisas por obra e graça das nossas palavras » (Curso de Direito Constitucional, 2ª ed., fls. 712).

Desse modo, a regra é deixar ao administrador a concretização desses direitos a prestações materiais.

Assim, a concretização dessas prestações materiais pelo Judiciário ou através leis de iniciativa do Parlamento ficam adstritas ao princípio da reserva do possível e limitadas ao atendimento do grau mínimo de efetividade.

Por outro lado, cumpre ressaltar, ainda, decisão exarada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, no julgamento da Adin no 067 251-0/5-00, de relatoria do Eminentíssimo Desembargador Luiz Tâmbara que, louvando-se em lição de Hely Lopes Meirelles, consignou o seguinte: "A propósito, têm decidido o STF e os tribunais estaduais que é inconstitucional a deslocação do poder administrativo e regulamentar do Executivo para o Legislativo. 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." (grifo nosso)

Dessa forma, embora a proposta, ao determinar a aplicação da norma ao serviço público de saúde, configure um ato concreto de governo, interferindo em esfera privativa do Executivo, que é quem exerce a função administrativa, certo é que, tendo em vista o bem jurídico tutelado, o projeto pode prosperar, na forma do substitutivo ao final proposto, contendo o seguinte: i) que caso haja possibilidade técnica e viabilidade econômica, a disponibilização de leito separado para mães de natimorto e/ou mães com óbito fetal dar-se-á de forma gradativa e progressiva, de modo a possibilitar o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal; ii) previsão de imposição de multa pelo descumprimento da norma para os hospitais privados, dando efetividade ao comando normativo previsto na propositura.

Trata-se de matéria sujeita ao quorum de maioria simples para deliberação, que dispensa a votação em Plenário, cabendo tal prerrogativa às Comissões Permanentes, na forma do art. 46, X, do Regimento Interno desta Casa, salvo a interposição de recurso com fundamento no art. 82 desse mesmo diploma.

Diante do exposto, na forma do Substitutivo que segue, somos pela LEGALIDADE.

SUBSTITUTIVO Nº DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA AO PROJETO DE LEI Nº 0511/17.

Dispõe sobre a obrigatoriedade de oferecimento de acomodação separada para as mães de natimorto e/ou mães com óbito fetal, e dá outras providências.

A Câmara Municipal de São Paulo DECRETA:

Art. 1º As unidades das redes pública e privada de saúde localizadas no Município de São Paulo devem oferecer às parturientes de natimorto acomodação em área separada das demais pacientes e gestantes.

§ 1º A separação de que trata o "caput" deste artigo também se estende às parturientes que tenham sido diagnosticadas com óbito fetal e estejam aguardando a retirada do feto.

§ 2º Nas unidades da rede pública de saúde o atendimento da exigência contida no caput se dará de forma progressiva, subordinado à comprovação da existência de condições técnicas e viabilidade econômica para tal, a critério do Executivo.

Art. 2º O descumprimento desta lei pelas unidades da rede privada de saúde acarretará aos infratores multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo único. A multa prevista no caput deste artigo será atualizada anualmente pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, acumulada no exercício anterior, sendo que, no caso de extinção deste índice, será aplicado outro que venha a substituí-lo.

Art. 3º As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por contas das dotações orçamentárias próprias suplementadas se necessário.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, em 06/12/2017.

Mario Covas Neto - PSDB - Presidente

Caio Miranda Carneiro - PSB

Janaína Lima - NOVO

José Police Neto - PSD

Reis - PT

Sandra Tadeu - DEM - Relatora

Soninha Francine - PPS

Este texto não substitui o publicado no Diário Oficial da Cidade em 08/12/2017, p. 105

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