



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Câmara Municipal de Birigüi - SP



PROCOLO GERAL 1038/2021
Data: 31/03/2021 - Horário: 16:45
Legislativo - PARJU 28/2021

Birigüi, 18 de março de 2021.

Parecer 28/2021

Solicitante: **CESAR PANTAROTTO JÚNIOR**

Presidente da Câmara Municipal de Birigüi

Assunto: Projeto de Lei 06/2021 – “Dispõe sobre a Obrigatoriedade de Exames Toxicológicos Semestrais para Vereadores e Assessores de Relações Parlamentares”.

Senhor Presidente:

Conforme determinado por Vossa Excelência, estamos enviando parecer sobre o projeto em epígrafe, de autoria da Vereadora Sidnei Maria Rodrigues, que recebeu a adesão dos Vereadores Marcos Antonio Santos e Paulo Sérgio de Oliveira, dispondo sobre a realização de exames toxicológicos, nos termos que especifica. Projeto registrado no Protocolo Geral desta Casa sob número 0268/2021, em 29 de janeiro de 2021. Despachado para parecer em 5 de fevereiro de 2021. Recebido para parecer em 5 de fevereiro de 2021.

O Projeto aqui analisado, dada a sua amplitude e repercussão, assim como pelos inúmeros vícios que apresenta, mereceu um detalhado estudo por parte desta assessoria jurídica, razão pela qual, faremos a abordagem das questões de forma individual, para melhor compreensão da conclusão final, como subsídio para a apreciação do mérito pelo Plenário da Casa.



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

I – Do Vício de Competência.

1. Do Estatuto Jurídico dos Vereadores.

Todos aqueles que se vinculam juridicamente à Administração Pública, em sentido amplo, são denominados agentes públicos. Segue-se uma subdivisão de tais agentes, que são classificados em agentes políticos, administrativos, temporários e honoríficos, o que é de extrema importância, porquanto, cada categoria tem o seu próprio estatuto jurídico.

No caso dos Vereadores, o regime jurídico que a eles se aplica está alocado na Constituição Federal, mais especificamente no artigo 29, com destaque para o inciso IX do dispositivo, que remete aos artigos 53, 54 e 55 do texto constitucional, determinando a aplicação aos edis das regras impostas aos Deputados Federais e Senadores da República.

Por força do princípio da simetria, as disposições dos artigos 53, 54 e 55, da Carta da República, foram reproduzidos nos artigos 13 a 20, da Lei Orgânica do Município de Birigüi, evidente que com o mesmo teor da redação constitucional.

Significa dizer, que os deveres e obrigações para os detentores de mandato eletivo no âmbito municipal, estão restritos àqueles elencados na Constituição Federal, entre os quais não consta a pretensão dos autores do presente Projeto de Lei.

Incide nesse caso, a aderência obrigatória das normas municipais, aos comandos da Carta da República.



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

A esse respeito, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, jamais alterado, remonta aos primórdios da interpretação e aplicação da Constituição de 1988, e, tampouco poderia ser diferente, considerando a elevação do Município a ente federativo, em que pesem algumas opiniões em sentido contrário, que não encontraram nenhum respaldo.

Importante que se reproduza aqui a ementa do acórdão que pacificou a questão no contexto nacional:

“O art. 29 da Carta Política promulgada em 1988, atribui aos municípios brasileiros a prerrogativa de regerem-se por leis orgânicas próprias, votadas pelas Câmaras respectivas, desde que atendidos os princípios estabelecidos pelo constituinte federal, aqueles adotados pela Constituição Estadual e mais os preceitos específicos dos seus incisos I a XIII”. (STF – Pleno – ADin nº 307/CE – Medida Liminar – Rel. Min. Célio Borja, Diário da Justiça, 28 set. 1990. Ementário STF, nº 1.596-1) (grifamos)

Na linha do acórdão acima transcrito, o Parlamento de Birigüi, ao pretender criar novos deveres aos detentores de mandato eletivo, estaria atuando como se legislador constituinte fosse, o que de resto é absolutamente inaceitável, caracterizando afronta direta ao texto constitucional.

Só por esse motivo, o Projeto em questão sequer pode ir a Plenário, porquanto, a simples discussão da proposta já é vedada implicitamente pelos artigos 53, 54 e 55 da Constituição Federal, e, explicitamente, pelo artigo 60, § 4º, inciso III, do texto constitucional.



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Raciocínio diverso, levaria à insólita conclusão de que tanto o legislador estadual, como o municipal poderiam promover alterações na Constituição Federal, hipótese que levaria, ao fim e ao cabo, ao próprio desaparecimento da República.

Ao final, daremos a solução quanto à tramitação do presente Projeto de Lei.

2. Do Estatuto Jurídico dos Assessores de Relações Parlamentares.

Este é outro caso de regime jurídico específico. Os Assessores de Relações Parlamentares ocupam os chamados cargo de provimento em comissão, previstos no artigo 37, incisos II e V da Constituição Federal.

Os cargos de provimento em comissão, ou de confiança, como se queira, são criados por lei específica, e a regência dos mesmos é dada pelo regime jurídico adotado para os demais servidores do Município, sendo que, no caso de Birigüi, optou-se pelo regime jurídico estatutário, por meio de Lei Municipal 3.040/93.

Aliás, a Lei Municipal 3.040/93 é expressa quanto a ser ela a disciplinadora dos direitos e deveres dos servidores que ocupam cargos de provimento em comissão, o que se extrai dos artigos 4º e 5º do citado diploma legal:

“ART. 4º - Os cargos públicos são isolados ou de carreira.

§ 1º - Os cargos de carreira são sempre de provimento efetivo.



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

§ 2º - Os cargos isolados são de provimento efetivo ou em comissão, conforme dispusera lei ou resolução que os criar.

ART. 5º - As atribuições dos titulares dos cargos públicos serão estabelecidas na lei ou resolução que criar os cargos ou em decreto regulamentar". (grifamos)

Tendo em vista que os cargos de provimento em comissão, também são regidos pelas regras gerais da Lei 3.040/93, temos aí um novo problema de competência, pois, a iniciativa dos projetos relativos ao regime jurídico dos servidores públicos municipais é privativa do Prefeito Municipal, conforme expressamente previsto no artigo 40, inciso III, da Lei Orgânica do Município de Birigüi:

"Art. 40 - Compete privativamente ao Prefeito a iniciativa dos projetos de lei que disponham sobre:

III - regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria dos servidores públicos"; (grifamos)

Como o Projeto em questão cria novos deveres para os ocupantes de cargos de provimento em comissão, e, considerando que somente o respectivo regime jurídico pode fazê-lo, caso da Lei Municipal 3.040/93 e legislação extravagante, que também tratam de regras atinentes ao regime jurídico, falece competência à Câmara Municipal para a iniciativa de tais proposituras, como é o caso desta.

O acervo jurisprudencial a respeito deste tema, além de pacificado de há muito é colossal, em todas as Cortes de Justiça do País.



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

O entendimento é tão remoto, que lançamos mão de decisão do Supremo Tribunal Federal que já ultrapassou mais de 20 (vinte) anos de vigência:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 6.065, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1999, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, QUE DÁ NOVA REDAÇÃO À LEI 4.861, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1993. ART. 4º E TABELA X QUE ALTERAM OS VALORES DOS VENCIMENTOS DE CARGOS DO QUADRO PERMANENTE DO PESSOAL DA POLÍCIA CIVIL. INADMISSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA. OFENSA AO ART. 61, § 1º, II, A e C, da CF. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA. ADI JULGADA PROCEDENTE.

I - É da iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo lei de criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, bem como que disponha sobre regime jurídico e provimento de cargos dos servidores públicos.

II - Afronta, na espécie, ao disposto no art. 61, § 1º, II, a e c, da Constituição de 1988, o qual se aplica aos Estados-membros, em razão do princípio simetria.

III - Ação julgada procedente”. (STF – ADin 2192/ES, Medida Liminar, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 10/04/2000

Como se vê, não há espaço para que a Câmara Municipal crie direitos e deveres no regime jurídico do Município.



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Nem se argumente que os cargos aqui relatados foram criados pela Câmara Municipal, pois, o Legislativo cria, mas o regime jurídico aplicável ao cargo criado é o do Município, ou seja, a Lei Municipal 3.040/93, cuja iniciativa é da competência do Prefeito Municipal, repita-se.

Como a iniciativa aqui é de Vereadores, a inconstitucionalidade é patente.

II – Da Despesa Imprópria.

A Câmara Municipal, embora seja um ente despersonalizado, conta com orçamento próprio, por meio dos duodécimos enviados pelo Poder Executivo, já que o tesouro municipal é único.

Os valores enviados à Câmara Municipal, que estão contidos nas leis orçamentárias do Município, com previsão expressa de receitas e despesas, tem por finalidade propiciar ao Legislativo o cumprimento de suas funções institucionais, expressão esta que deve ser interpretada de forma restrita, sob pena de se desvirtuar a função constitucional das Casas Legislativas.

O Projeto, de forma expressa, em seu artigo 4º, determina que os custos com a realização dos exames serão da responsabilidade da Câmara Municipal, surgindo daí dois problemas: Existe previsão orçamentária para a realização de tal despesa? Esta despesa poderia ser inserida no orçamento do Legislativo?

Quanto a primeira indagação a resposta é negativa, logo, não existem recursos para cumprir o objeto proposto.



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Tampouco seria o caso de se promover qualquer alteração no orçamento da Câmara Municipal, tendo em vista que a competência de iniciativa para projetos que tenham por objeto as leis orçamentárias são da iniciativa privativa do Prefeito Municipal.

A mais disso, qualquer alteração nas leis orçamentárias acarretariam o aumento da despesa prevista, fato que entra em colisão direta com o artigo 42, e seus incisos, da Lei Orgânica do Município de Birigüi:

“Art. 42 - Não será admitido aumento da despesa prevista:

I - **nos projetos de iniciativa exclusiva do Prefeito**, ressalvado o disposto nos parágrafos 3º e 4º do artigo 132;

II - **nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara**”. (grifamos)

Na parte do custeio dos exames, é exatamente disto que trata o Projeto: aumento da despesa em matéria de iniciativa privativa do Prefeito Municipal; despesas relacionadas aos serviços administrativos da Câmara Municipal.

Quanto a segunda indagação, referente a possibilidade de inserção futura de dotação orçamentária para a realização de exames toxicológicos periódicos, a dificuldade reside exatamente nesta periodicidade, que ainda não recebeu o devido tratamento da doutrina e da jurisprudência.

Vejamos o que existe de concreto.



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Ocorre no Município um vácuo normativo, já que a Lei Municipal 3.040/93, que é o regime jurídico dos servidores públicos de Birigüi, em todo o capítulo em que trata do tema (artigos 96 a 121) é absolutamente silente a respeito do assunto.

Portanto, impõe-se a busca em legislação correlata, de elementos para a aferição da legalidade, sendo que, no caso, nos valem da Lei 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, diploma esse semelhante à Lei Municipal 3.040/93.

No artigo 14, da Lei 8.112/90, encontramos a seguinte previsão estatutária:

“Art. 14. A posse em cargo público dependerá de prévia inspeção médica oficial.

Parágrafo único. Só poderá ser empossado aquele que for julgado apto física e mentalmente para o exercício do cargo”.

Com base nesse dispositivo, tem-se exigido, **ao tempo da posse** do servidor, a realização de exame toxicológico, desde que essa determinação tenha sido expressamente prevista no Edital. A propósito, segue julgado:

“APELAÇÃO – Mandado de Segurança - Concessão da segurança para determinar que a entidade coatora classifique o impetrante para a próxima fase do concurso, concedendo novo prazo para a entrega do Laudo Toxicológico - Candidato considerado inapto ao concurso de Guarda Civil –



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Não cumprimento das regras do edital – Irresignação – Manutença - Ausência de configuração do direito líquido e certo - Correta a desclassificação de candidato, ante a entrega incompleta dos Laudos Médicos, sob pena de violação do princípio da legalidade e da isonomia frente aos demais candidatos concorrentes. Sentença mantida. Recurso negado”. (TJSP – 1ª Câmara de Direito Público, Ap. 1004725-67.2019.8.26.0319, Rel. Des. Danilo Panizza, j. 01/06/2020) (grifamos)

No mesmo sentido, acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. ACÓRDÃO A QUO APOIADO EM ANÁLISE PROBATÓRIA E EM FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL.

1. No caso, o Tribunal de origem, ponderando a respeito dos princípios da exigência do concurso público, da vinculação ao edital, da isonomia e da razoabilidade, reconheceu o direito da recorrida de participar do Curso de Formação e ser nomeada com a observância à ordem de classificação, **por considerar que o não cumprimento de regra editalícia (entrega de exame toxicológico no prazo estipulado) não se deu por culpa sua, mas por culpa do laboratório indicado pela organização do concurso.** (...)

3. Agravo regimental não provido”. (STJ – 1ª Turma, AgRg no AREsp 233265/CE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 21/02/2013) Grifamos)



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Dos acórdãos acima, obtém-se duas certezas: o exame toxicológico só pode ser exigido uma única vez ao tempo da posse, se houver previsão no Edital para a sua realização; ressalvadas algumas categorias na área da segurança pública em sentido amplo.

Tanto é verdadeiro, que o artigo 206-A, da Lei 8112/90, introduzido pela Lei 11.907/2009, determinou que todos os servidores sejam submetidos a exames periódicos.

Esta Lei deu origem ao Decreto 6.856/2009, que elencou quais exames devem ser realizados, e em que espaço de tempo.

No artigo 6º do Decreto 6.856/2009, estão listados todos os exames aos quais os servidores públicos devem se submeter, e, entre eles, não consta o exame toxicológico, exigível apenas na posse.

E aqui existe uma agravante com relação ao Projeto de Lei 06/21, pois, ainda que possível a exigência de exame toxicológico para a posse, com prévia determinação editalícia, essa regra só é aplicável para cargos de provimento efetivo, ou seja, aqueles que são providos por meio de concurso público.

Vereadores, e servidores que ocupam cargos de provimento em comissão não prestam concurso público, o que de resto é óbvio, logo, em relação a eles, salvo disposição legal (entenda-se por disposição legal, a lei em sentido estrito, obedecida, em qualquer caso a competência de iniciativa), deles não pode ser exigido, em tese, sequer o exame toxicológico para a posse, como no caso dos demais servidores.



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Em linha de conclusão, considerando a ausência de previsão legal de exame toxicológico periódico para Vereadores e servidores com cargos de provimento em comissão, a inserção de dotação orçamentária para a realização de tais exames seria considerada despesa imprópria, ou irregular, e, por certo, seria glosada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Logo, também por esse prisma, a propositura aqui apresentada também é ilegal.

III – Da Lei Municipal 5.754/2013.

A Lei Municipal 5.754/2013 foi editada com o claro propósito de regulamentar o artigo 7º inciso V, da Lei Municipal 3.040/93, porém, o fez de forma incompleta, e não é aplicável à hipótese que aqui se analisa.

Vejamos o texto:

“ART. 1º. Esta lei institui a obrigatoriedade dos candidatos a **cargos e empregos públicos** serem submetidos a exames clínicos toxicológicos.

ART. 2º. É requisito para a posse e exercício em **cargo, emprego ou função pública** na administração pública, direta e indireta do Município, a realização de exame toxicológico para a detecção da presença de substâncias psicotrópicas proibidas”.

Como se vê, a Lei em contemplação apenas os cargos efetivos e empregos públicos, e não os comissionados.



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

A disposição do artigo 1º vem reforçada pelo artigo 2º, que se refere a cargo, emprego ou função pública, mesmo porque, os cargos de provimento em comissão são criados por lei específica, seguindo a distinção feita pela própria Constituição Federal, que trata dos cargos efetivos no seu artigo 37, inciso I, e os cargos de provimento em comissão no inciso V.

Além do que, no inciso II, do artigo 37, do texto constitucional, existe uma distinção expressa entre cargos e cargos de provimento em comissão, confira-se:

“II - a investidura em **cargo** ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para **cargo em comissão** declarado em lei de livre nomeação e exoneração”; (grifamos)

Desta forma, quando a lei se refere a cargos, está se reportando àqueles providos por meio de concurso, não sendo lícito englobar na expressão “cargos”, aqueles que são de provimento em comissão, na medida em que eles têm tratamento jurídico diverso.

A seu turno, com toda a obviedade, a Lei Municipal 5.754/2013 não pode ser aplicada aos Vereadores, tendo em vista, conforme já dito acima, que o regime jurídico dos membros das Casas Legislativas municipais está na Constituição Federal, e não nos diplomas legais que versam sobre o regime jurídico de servidores públicos, até porque, Vereadores são agentes políticos e não administrativos.



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Por fim, como se não bastasse, a simples leitura do artigo 2º, da Lei Municipal 5.754/2013, demonstra sua inaptidão para dar lastro jurídico a esta propositura, pois, sua aplicabilidade **se restringe ao momento da “posse”**, enquanto que o Projeto visa alcançar agentes em pleno exercício, ou seja, que já passaram pelo ato jurídico da posse.

Em suma: a Lei Municipal 5.754/2013, invocada como fundamento da propositura, não dá suporte jurídico algum à pretensão esposada neste Projeto de Lei.

IV - Do Princípio do Devido Processo Legal.

Ainda que se admitisse a constitucionalidade/legalidade do Projeto de Lei em questão, o que é inverossímil e despropositado, o mesmo postula pela adoção de um rito de apuração e sanção que faz lembrar o expurgado e nefasto instituto da “verdade sabida”.

Em seu artigo 1º, nos parágrafos 1º ao 5º, o Projeto “criou” um desconhecido rito sumário de apuração e sanção dos agentes públicos, de contornos, a toda evidência, teratológicos, fazendo *tabula rasa* de uma das mais caras garantias constitucionais, que é o princípio do devido processo legal, contido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal:

“LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”;



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Essa garantia constitucional só se pode considerar satisfeita quando presentes o direito à ampla defesa e ao contraditório, institutos que se desdobram em subprincípios, e que estão previstos em todos os diplomas legais tendentes à apuração e punição de agentes públicos, notadamente na Lei 9.784/99, que trata do processo administrativo, como também na Lei Municipal 3.040/93 e no Decreto-lei 201/67, que interessam particularmente ao caso presente.

A doutrina, aqui representada por ALEXANDRE DE MORAES¹, não deixa dúvidas quanto a extensão do princípio/garantia do devido processo legal:

“O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes em processo judicial criminal e civil ou em procedimento administrativo, inclusive nos militares, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso. Assim, embora no campo administrativo não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa”. (grifamos)

O Supremo Tribunal Federal tem firme posicionamento quanto a obrigatoriedade de observância do devido processo legal e seus corolários diretos: a ampla defesa e o contraditório:

1 - “Constituição do Brasil Interpretada”, Ed. Atlas, 9ª ed., São Paulo, 2013, pág.309/310



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

“Depreende-se do excerto acima transcrito que o Tribunal de Justiça concluiu, com fundamento nos fatos e nas provas dos autos, que o agravado era estável ao tempo da exoneração e que o seu desligamento do serviço público se deu sem a instauração de prévio procedimento em que fossem asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa, motivos pelos quais determinou sua reintegração ao cargo. Desse modo, conforme expresso na decisão agravada, é certo que o Tribunal de origem decidiu em conformidade com o entendimento desta Corte, que, em inúmeros julgados, afirmou a necessidade da observância do devido processo legal para a anulação de ato administrativo que tenha repercussão no campo de interesses individuais de servidor público, no caso dos autos, a própria investidura do servidor no cargo público. Mais recentemente, o Plenário desta Corte, ao apreciar o mérito do RE 594.296/MG, de minha relatoria, cuja repercussão geral havia sido reconhecida, **concluiu que qualquer ato da Administração Pública que repercute no campo dos interesses individuais do cidadão deve ser precedido de prévio procedimento administrativo no qual se assegure ao interessado o efetivo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, garantias previstas no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. [RE 590.964 AGR, rel. min Dias Toffoli, 1ª T, j. 16-10-2012, DJE 222 de 12-11-2012.] (grifamos)**

Os parágrafos 1º a 5º, do Projeto de Lei 06/21, criam um esdrúxulo procedimento inquisitorial sumário, absolutamente incompatível com a garantia constitucional do devido processo legal, prevendo: limitação de prova; punição antecipada; providências de natureza penal, entre outras impropriedades.



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Examinemos todos esses parágrafos de forma individualizada.

O § 1º, do artigo 1º, determina a possibilidade da produção de apenas uma prova, que é a contraprova do exame toxicológico positivo, o que leva a conclusão do ressuscitamento da prova tarifada, cuja utilização se encerrou em meados do século XX, com o fim da vigência das Ordenações Manuelinas, Afonsinas e Filipinas, diplomas portugueses que vigoravam no Brasil desde o descobrimento.

Como já se viu, o princípio da ampla defesa veda a finitude da prova, considerando que todos meios cabíveis em Direito são instrumentos aptos a serem utilizados na defesa, não se podendo, sob nenhuma circunstância, limitar seu manuseio.

A própria Lei Municipal 3.040/93, que é o regime jurídico dos servidores públicos do Município de Birigüi, na parte em que trata do procedimento disciplinar, contém regramento expresso a respeito do devido processo legal:

“ART. 194 - A autoridade que tiver ciência ou notícia de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a apuração dos fatos e a responsabilidade, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, sendo neste assegurado ao funcionário o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

São tantas as inconstitucionalidades e ilegalidades do § 1º, do artigo 1º, que sua enumeração demandaria um verdadeiro “tratado” sobre a prova.



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

No §§ 2º e 3º, o Projeto prevê a possibilidade de afastamento do Vereador e do servidor, sem remuneração, na hipótese de teste toxicológico positivo, o que é totalmente descabido, pois, nesses casos, como regra, a decisão fica a cargo do Poder Judiciário, normalmente na aplicação da legislação penal e de improbidade.

Mesmo nos diplomas legais que tratam do processo administrativo disciplinar, os casos de afastamento estão condicionados a possibilidade de que o servidor possa a vir influir na apuração da irregularidade, o que convenhamos, no caso do presente Projeto de Lei é impossível.

E mais, mesmo que fosse possível, o que só se admite para fins acadêmicos, jamais poderia haver prejuízo da remuneração do investigado, outra heresia desta propositura. Confira-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO MANDADO DE SEGURANÇA -
SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL CABREÚVA
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR
**AFASTAMENTO PREVENTIVO DO CARGO, COM PREJUÍZO
DOS VENCIMENTOS** - Decisão agravada que indeferiu a liminar
pleiteada para determinar a recondução da impetrante ao cargo,
bem como a imediata conclusão do processo administrativo -
Decisão agravada que comporta reforma parcial - Necessário o
restabelecimento do pagamento da remuneração da agravante -
Presença dos requisitos legais - **Pelo critério da ponderação, o
princípio da presunção de inocência prepondera à regra
infraconstitucional municipal, revestida de inegável caráter
punitivo - É indevida a supressão dos vencimentos do**



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

servidor público antes da condenação administrativa transitada em julgado - O pedido de conclusão do processo administrativo restou prejudicado, ante o deferimento pelo Juízo a quo Recondução da agravante ao cargo que invade o mérito administrativo se analisada pelo Judiciário - Agravo provido em parte". (TJSP - 8ª Câmara de Direito Público - Agravo de Instrumento 2189672-61.2016.8.26.0000, Rel. Des. Ponte Neto, j. 29/03/2017) (grifamos)

Como se nota, a previsão do Projeto não tem respaldo legal.

No que diz respeito aos Vereadores, ainda no tema do afastamento e do prejuízo do subsídio, o Projeto invadiu competência da União, na medida em que a infrações cometidas por Vereadores são disciplinadas pelo Decreto-lei 201/67, e o Município não tem competência para legislar sobre a matéria, nos termos da Súmula Vinculante 46, do Supremo Tribunal Federal.

A partir do Decreto-lei 201/67, ambas as medidas postuladas em relação aos Vereadores (afastamento e prejuízo do subsídio) são impossíveis, pois, o § 2º, do artigo 7º, do referido diploma legal, que previa essa hipótese, foi revogado pela Lei 9.504/97.

Fundamentar mais, teria o efeito de apenas acrescer folhas.

Quanto ao §§ 4º e 5º, e o artigo 3º, considerando a invasão de matéria privativa da União (legislação penal e crimes de responsabilidade), faremos os devidos comentários a seguir.



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

V – Da Invasão de Competência Federal.

1. Lei 11.343/2006

O exame toxicológico aventado no Projeto de Lei 06/21, está diretamente ligado à questão das drogas, que é tema afeto ao direito penal, cuja competência, na forma do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, é da União.

Em substituição a antiga Lei 6.368/76, foi promulgada a Lei 11.343/2006 que, revogando a lei anterior, dispôs sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, prescrevendo e esgotando, completamente, as normas sobre drogas ilícitas.

Portanto, não cabe à Câmara Municipal inovar a ordem jurídica em matéria que é da competência privativa da União, e sequer estabelecer medidas paralelas aos termos da Lei 11.343/2006.

De qualquer sorte, necessário que se aprofunde um pouco na avaliação do Projeto, visando demonstrar mais uma de suas impropriedades insanáveis, partindo-se do princípio que o Projeto tem por alvo encontrar eventuais “usuários” de substâncias entorpecentes no âmbito da Câmara Municipal, e aí começa o problema: **o uso de drogas ilícitas é crime?**

Na sua atual redação, a Lei 11.343/2006, em seus artigos 27/29, trata dos usuários de drogas em capítulo separado dos crimes de tráfico e afins, contendo o artigo 28 a seguinte redação, e cominações legais:



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

“Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, **para consumo pessoal**, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar **será submetido às seguintes penas:**

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. (grifamos)

A quem defenda que, pela ausência de penas privativas de liberdade, restritivas de direito e multa, no preceito secundário do tipo penal, o consumo pessoal não seria crime.

O argumento não se sustenta, porquanto, o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, contém previsão expressa das seguintes penas, no sistema normativo brasileiro:

“XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos”; (grifamos)

Logo, o consumo pessoal, até o momento, é crime sim, só que punido de forma mais branda.



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

No entanto, tramita pelo Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário, número 635659/SP, já com repercussão geral reconhecida, onde se discute, exatamente, a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal, inclusive, com três votos favoráveis pela descriminalização do porte para consumo, o que significa que o próprio uso não será mais crime, se ao final for dado provimento ao recurso.

Se isto ocorrer, nenhuma medida mais poderá ser tomada contra o usuário, quer seja no campo penal ou administrativo, ou seja, se o tratamento previsto nos §§ 4º e 5º, do artigo 1º, do Projeto de Lei já é ilegal, porque se trata de medida compulsória que só o Poder Judiciário pode aplicar, com base na Lei 11.343/2006, mais ainda o será com a descriminalização da conduta.

Significa dizer: não há como salvar este Projeto de Lei, que sequer deveria tramitar.

2. Do Decreto-lei 201/67.

O artigo 3º, do Projeto de Lei 06/21, cria um crime de responsabilidade, ou infração-político administrativa para os Vereadores que se recusarem a fazer o exame toxicológico, invadindo competência da União, e violando frontalmente a Súmula Vinculante 46, do Supremo Tribunal Federal.

Diz a Súmula Vinculante 46:

“A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são de competência legislativa privativa da União”.



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Desta forma falece à Câmara Municipal competência para editar conduta típica não prevista no Decreto-lei 201/67. Antes mesmo da Súmula Vinculante, o entendimento já era nesse sentido:

“A definição das condutas típicas configuradoras do crime de responsabilidade e o estabelecimento de regras que disciplinem o processo e julgamento dos agentes políticos federais, estaduais ou municipais envolvidos são da competência legislativa privativa da União e devem ser tratados em lei nacional especial (art. 85 da Constituição da República)”.
[ADI 2.220, rel. min. **Cármen Lúcia**, P, j. 16-11-2011, DJE 232 de 7-12-2011.]

Da mesma forma, quanto ao ocupante de cargo de provimento em comissão, a Câmara Municipal não detém poder de iniciativa para projetos que digam respeito ao regime jurídico dos servidores públicos municipais, seja a Lei Municipal 3.040/93, ou outro diploma legal que veicule normas relacionadas aos agentes administrativos.

Também aqui, ainda que possível a criação de tal punição, aceitando momentaneamente a possibilidade apenas para fins de argumentação, a competência seria do Prefeito Municipal.

Voltando brevemente ao tema da exigência do exame toxicológico, cabível apenas no momento da posse, se houver lei em sentido estrito a exigi-lo, no caso dos Vereadores isto sequer é possível, porquanto a origem do vínculo jurídico que se forma entre aqueles e o Estado tem por suporte a legislação eleitoral.



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Vereadores são eleitos, segundo um processo eleitoral, previsto no Código Eleitoral, Lei 9.504/97, legislação eleitoral extravagante, e nas Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral.

Sagrando-se vencedor, e ausente qualquer impugnação, são diplomados pela Justiça Eleitoral, e, tomam posse na Câmara Municipal, momento em que apenas é exigida a declaração de bens (não confundir com a declaração do imposto de renda), inexistindo qualquer determinação quanto a exame toxicológico.

Portanto, apenas a legislação eleitoral poderia dispor sobre a realização de tal exame, e, como é sabido, a competência sobre esta matéria é da União, admitindo o Código Eleitoral que ela possa ser veiculada por Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, porém, jamais pela Câmara Municipal.

Conclui-se que o Projeto de Lei 06/21 é, no seu todo, inconstitucional e ilegal.

VI – Considerações Complementares.

Em que pese a densidade da presente manifestação, trata-se de trabalho incompleto, considerando que muito ainda poderia ser dito sobre o tema aqui aventado, o que demonstra que o domínio de uma ciência demanda tempo e dedicação para a obtenção do conhecimento mínimo, sem o qual, descambamos para as opiniões leigas ou achismos, o que é impensável em uma Casa de Leis.

Pareceres não são *commodities* que podem ser adquiridas no bar mais próximo.



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

São peças técnicas que reclamam avaliação do texto legal, da doutrina, e principalmente da jurisprudência, por meio da adoção das técnicas de interpretação, como a literal, lógica, sistemática, teleológica extensiva e restritiva, e as vezes do próprio Direito Comparado, sobre cujo subscritor, recai a responsabilidade única do arrazoado produzido.

Tendo em vista que expressões populares passaram a ser reiteradamente usadas, ousamos aqui dizer que, com o advento da facilidade de comunicação, e com a adoção do VAR nos eventos esportivos, fizemos a transição do País dos juízes e técnicos de futebol, para o País dos juristas e doutos na Ciência do Direito, muito embora, no melhor estilo Kafkaniano (recomenda-se a leitura do livro "O Processo"), a esmagadora maioria saia do nada e chegue a lugar nenhum.

Em outras palavras, vivemos um momento em cada um faz o seu "direito" e o defende com unhas e dentes, como se fosse uma revelação de deidades religiosas e pagãs, criando dogmas que em nada contribuem para o aperfeiçoamento da convivência humana, que pela sua própria natureza e densidade populacional, clama pela presença de regras homogêneas e seguras, sob pena de retornarmos aos tempos da barbárie.

Isso leva à conclusão que pau que dá em Chico, nem sempre dá em Francisco, vez que tanto um como o outro, tem que ter ao menos o pau, e por vezes não temos nem o pau, e muito menos o Chico e o Francisco.

Exemplo claro disso é o julgamento que está tramitando no Supremo Tribunal Federal que citamos linhas acima.



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

Afinal, qual a origem da discussão quanto a criminalidade, ou não, do uso de substâncias entorpecentes? A resposta está na organização que congrega as soberanias de um mundo que se considera civilizado, qual seja, a Organização das Nações Unidas.

Por meio de um de seus braços mais importantes, desde 1967, a OMS (Organização Mundial da Saúde) considera o alcoolismo uma doença e recomenda que as autoridades encarem o assunto como questão de saúde pública.

De acordo com a definição da 10ª edição da Classificação Internacional de Doenças (CID-10), da Organização Mundial da Saúde (OMS), **a dependência química consiste em uma doença considerada crônica**, e que merece o mesmo tratamento do alcoolismo.

Essa é a questão de fundo do julgamento que está sendo levado a cabo pelo Supremo Tribunal Federal, **no sentido de que doentes não podem ser punidos pela lei**, com a única exceção daqueles que trabalham na segurança pública, em sentido amplo, por razões óbvias.

Portanto, o pau aqui não estará recaindo sobre Chico ou Francisco, mas sim sobre uma pessoa doente, e nessa linha, não tardaremos a criar zonas de concentração para isolamento de pessoas portadoras das mais variadas doenças, o que é uma forma repugnante de eugenia, tal como nos leprosários de tempos idos.

Talvez fosse o caso aqui de lembrarmos da afirmação de EDWARD GIBBON², autor de uma das maiores obras historiográficas de que se tem conhecimento:



Câmara Municipal de Birigüi

Estado de São Paulo

“Os governantes eram ensinados a unir a sabedoria da serpente à inocência da pomba, porém, assim como aquela se refinou, esta foi sendo aos poucos corrompida pelos hábitos do mando”

Assim, opinamos pela inconstitucionalidade e ilegalidade da propositura, submetendo o presente à alta consideração de Vossa Excelência, e aos demais membros da Casa, para as providências que entenderem cabíveis.

É o parecer.

Wellington Castilho Filho
Procurador Jurídico

Fernando Baggio Barbieri
Advogado

jovana@camarabirigui.sp.gov.br

De: Wellington Castilho Filho <wcastilhofilho@aasp.org.br>
Enviado em: quarta-feira, 31 de março de 2021 16:21
Para: jovana@camarabirigui.sp.gov.br; jovanademarqui@hotmail.com
Assunto: Pareceres PL 06/21 e Requerimento Novel
Anexos: Parecer - PL 06-21.pdf; Parecer Requerimento Novel.pdf