

Vitória, 23 de dezembro de 2008.

Mensagem n ° 306 / 2008

Senhor Presidente:

Comunico a V. Exa. que **vetei totalmente**, por *inconstitucionalidade* o **Projeto de Lei nº 259/2008**, que deu origem ao Autógrafo de Lei nº 317/2008, depois de sua aprovação nessa Casa de Leis.

É autor da proposição o Deputado Cláudio Vereza, cujo teor é o seguinte: “*Cria, no Estado do Espírito Santo, o Programa de Apoio à Empregabilidade de Pessoas com Deficiência, através de convênios ou parcerias com empresas privadas, e dá outras providências*”.

Submetido à audiência da Procuradoria do Estado, assim se manifestou aquele órgão, cujo parecer aprovo e adoto:

“Da violação do princípio da reserva de administração e da afronta ao princípio da harmonia entre os poderes – art. 84, II e VI, “a” da Constituição Federal; e art. 91, I e V da Constituição Estadual.

Note-se que ao criar o “*Programa de Apoio à Empregabilidade de Pessoas com Deficiência*”, o legislador estadual determina que este seja realizado “**através de convênios ou parcerias com empresas privadas**” (art. 1º).

Inicialmente, destacamos que Convênio “*é uma acordo de vontades, em que pelo menos uma das partes integra a Administração Pública, por meio do qual são conjugados esforços e (ou) recursos, visando disciplinar a atuação harmônica e sem intuito lucrativo das partes, para o desempenho de competências administrativas.*”¹ O art. 241 da Carta da

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. Pág. 661.

República² incentiva a prática dos convênios, e o art. 116 e seus parágrafos da Lei nº 8.666/93³ traz as normas gerais acerca deste ajuste.

Já a parceria a que se refere o art. 1º do Autógrafo pode ser interpretada como “*reunião de indivíduos para alcançar um objetivo comum; companhia, sociedade*”⁴, que

² Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

³ Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

§ 2º Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.

§ 3º As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes:

I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas;

III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.

§ 4º Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês.

§ 5º As receitas financeiras auferidas na forma do parágrafo anterior serão obrigatoriamente computadas a crédito do convênio e aplicadas, exclusivamente, no objeto de sua finalidade, devendo constar de demonstrativo específico que integrará as prestações de contas do ajuste.

§ 6º Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.

⁴ Dicionário eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa versão 1.0.

quando adicionado à este conceito o fato de uma das partes necessariamente ser o Poder Público, cairemos novamente na necessidade de formalização do instrumento através de convênio, ou, ainda, pode-se entender que o dispositivo se refere às parcerias público-privadas de que cuida a Lei nº 11.079/2004, que em seu art. 2º define “*parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa*” (interpretação autêntica)⁵.

Assim, em ambas as hipóteses do Autógrafo – convênio ou parceria – para que estes instrumentos se aperfeiçoem temos a necessidade de que seja emanado um ato administrativo, entendido este como uma “*declaração do Estado [ou de quem lhe faça as vezes – como por exemplo, um concessionário de serviço público], no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional*”⁶.

A prerrogativa do Poder Executivo para firmar atos administrativos adstritos à sua competência constitucional não pode ser subtraída por lei infraconstitucional, já que é determinada a competência constitucional do Poder Executivo para tal. Seja porque convênio ou parceria são firmados por atos administrativos exclusivos do Poder Executivo (quando cuida da gestão do Estado - atividade típica), seja porque a matéria do autógrafo cuida de política pública (que também se inclui dentro do âmbito da competência privativa do Poder Executivo para cuidar da administração estadual).

Assim, o legislador estadual intenciona interferir na gestão do Estado, usurpar competência típica do Poder Executivo para emanar atos administrativos e para eleger e promover alguma política pública, intrometendo-se na direção superior da Administração do Estado.

O Poder Executivo possui como função típica gerir toda a máquina administrativa. Assim, à exceção das atividades administrativas próprias dos Poderes Judiciário e Legislativo, a gestão do Estado é de competência do Poder Executivo, e qualquer interferência nesta gestão caracteriza violação ao princípio da indisponibilidade de competências⁷, no caso, pelo Poder Legislativo.

Ademais, para atender ao disposto no art. 8º do autógrafo, será necessário que o Poder Executivo promova “campanhas de incentivo e divulgação dos convênios e

⁵ No caso, de acordo com o objeto deste autógrafo, a parceria a ser firmada seria na modalidade administrativa de que trata o §2º do art. 2º da Lei nº 11.045/2004.

⁶ Conceito de ato administrativo explicitado por Celso Antônio Bandeira de Melo em Curso de Direito Administrativo, 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pág. 374.

⁷ “(...) traduz a idéia de que as competências constitucionalmente fixadas não podem ser transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem a Constituição as atribuiu” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. “Direito Constitucional 14ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. pág. 169).

parcerias de que trata esta Lei”.

Importante frisar que a competência para estabelecer procedimentos para os órgãos que compõem a Administração estadual, seus servidores, bem como a gestão de toda a máquina administrativa, é do Poder Executivo, e não do Legislativo, por tratar-se de competência administrativa (atividade típica do Poder Executivo). Assim, compete privativamente ao Chefe do Executivo a direção superior da Administração, nos termos do art. 84, II e VI, “a” da Constituição Federal⁸

(e art. 91, I e V, “a” da Constituição Estadual⁹
, que atende à simetria constitucional¹⁰).

Ou seja, o autógrafo em epígrafe interfere na administração do Estado, cuja competência é do Poder Executivo, incluída aí a expedição de atos administrativos e a destinação dos esforços do Estado para a consecução de políticas públicas, conforme a ordem de prioridades traçadas pelo seu chefe, o Governador do Estado, eleito legítima e democraticamente pela maioria dos cidadãos que outorgaram a este o poder de gerência do Estado.

A pretendida pretensão de usurpar a competência do Executivo para expedir atos administrativos e de interferir na forma como o Poder Executivo realiza suas políticas públicas fere o postulado constitucional da reserva da Administração (art. 84, II e VI, “a”), que impede a ingerência do Poder Legislativo na esfera de competências do Poder Executivo. Neste sentido, destacamos as lições de Joaquim Gomes Canotilho e Helly Lopes Meirelles,

⁸ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, **a direção superior da administração** federal;

(...)

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) **organização e funcionamento da administração** federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

(...)

⁹ Art. 91. Compete privativamente ao Governador do Estado:

I - exercer, com auxílio dos Secretários de Estado, **a direção superior da administração** estadual;

(...)

V - dispor, mediante decreto, sobre:

a) **organização e funcionamento da administração** estadual, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

(...)

¹⁰ “É o princípio federativo que exige uma relação simétrica entre os institutos jurídicos da Constituição Federal e as Constituições dos Estados-membros. Tem aplicação expressa, por exemplo, no art. 125, §2º, da Constituição Federal”. (Sylvio Motta *in* “Direito Constitucional” – 17ª ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pág. 19)

respectivamente:

“Por reserva de administração entende-se um núcleo funcional da administração resistente à lei, ou seja, um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento.”¹¹

“(…) A privatividade da iniciativa do Executivo torna inconstitucional o projeto oriundo do Legislativo, ainda que sancionado e promulgado pelo Chefe do Executivo, porque as prerrogativas constitucionais são irrenunciáveis por seus titulares. Trata-se do princípio constitucional da reserva de administração, que impede a ingerência do Poder Executivo em matéria administrativa de competência exclusiva do Poder Executivo (…)”¹²

No mesmo sentido nossa Corte Suprema possui vários precedentes, que dentre eles destacamos:

(…) 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, ao Poder Legislativo, sob pena de desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, 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, transgredir o princípio da divisão 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. (...).¹³

Desta forma, a Assembléia Legislativa exorbitou os limites de sua competência constitucional, interferindo no âmbito de atuação do Poder Executivo, a quem cabe gerir o Estado (exceto em relação às atividades administrativas próprias dos Poderes Judiciário e Legislativo), em clara ofensa ao postulado da reserva de administração (art. 84, II e VI, “a” da CF).

Note-se que também restou caracterizada está a **ofensa ao princípio da harmonia entre os poderes** – cláusula pétrea do sistema constitucional brasileiro – inculpidado

¹¹ Canotilho, J. Joaquim Gomes, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 6ª edição, Coimbra, 2002, pág. 733.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. “Direito Administrativo Brasileiro”. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 399-400.

¹³ ADI-MC 776 / RS - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 23/10/1992. DJ 15-12-2006 PP-00080.

no art. 2º¹⁴

, da Carta da República, haja vista a clara interferência no âmbito das atribuições de outras esferas de Poder.

Com efeito, a afronta ao princípio da harmonia entre os poderes é evidente na medida em que o Poder Legislativo pretende interferir na expedição de atos administrativos e também na gestão da Administração Pública, funções que competem ao Poder Executivo, ao impor a adoção de condutas por este para atender a programa criado pelo Legislativo, interferindo diretamente na Administração do Estado.

Da Invasão da competência privativa do Chefe do Poder Executivo para legislar sobre orçamento estadual – arts. 84, XXIII, e 165, da Constituição Federal, e aos arts. 150 e 91, XVI, da Constituição Estadual.

Extrai-se, num segundo momento, mais uma vez a usurpação por parte do Legislativo de competência que é privativa do Chefe do Poder Executivo, agora no âmbito do **orçamento estadual**. Aliás, já pronunciado anteriormente como conteúdo de um dos deveres impostos ao Executivo pelo projeto de lei em tela.

Nota-se que o art. 9º do Autógrafo de Lei nº 317/2008 determina que “*as despesas decorrentes desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, consignadas no orçamento*”, o que acarreta implicação na previsão orçamentária, cuja normatização, originariamente, compete ao Executivo.

A Constituição Federal é muito clara ao afirmar que é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo dar início ao processo legislativo em matérias orçamentárias. E certamente, sendo da competência do Executivo a programação das diretrizes orçamentárias e do próprio orçamento, que se dá por meio de complexos e infundáveis estudos, não seria condizente se permitir ao Legislativo o destino de algo tão peculiar e que não é sua função essencial.

¹⁴ Art. 2º São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Com efeito, os art. 61, § 1º, II, 'b'¹⁵

; art. 84, XXIII¹⁶

, e art. 165, I, II, e III¹⁷

, todos da Constituição Federal, determinam que a iniciativa de leis em matéria orçamentária é exclusiva do Chefe do Poder Executivo, preceitos estes que, em decorrência do princípio da simetria constitucional¹⁸

, repetem-se nos artigos 150¹⁹

¹⁵ Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador Geral da República e aos Cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II- Disponham sobre:

(...)

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos territórios;

(...)

¹⁶ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

XXIII – enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstas nesta Constituição;

(...)

¹⁷ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I – o plano plurianual;

II – as diretrizes orçamentárias;

III – os orçamentos anuais.

¹⁸ O princípio da simetria é decorrência do princípio da separação dos Poderes, sendo uma das limitações à atuação do Poder Constituinte Estadual, haja vista que determina que os Estados-membros sigam a forma de organização do Estado acolhida pela Constituição Federal.

¹⁹ Art. 150. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

§ 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública estadual, direta e indireta, para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

§ 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública estadual, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente; orientará a elaboração da lei orçamentária anual; disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

[...]

§ 6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito sobre as receitas e despesas decorrentes de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.”

e 91, inciso XVI²⁰

, ambos da Constituição Estadual.

Isso porque cabe ao Chefe do Executivo eleger as prioridades governamentais e pôr em prática o seu plano de governo, o fazendo por meio das leis orçamentárias, onde se estima a receita, se fixa a despesa e instituem-se e efetivam-se os planos e os programas governamentais, cabendo, então, incluir ou não despesas com políticas públicas.

Veja-se, então, que a iniciativa parlamentar em projetos que, de qualquer forma, interfiram nas leis orçamentárias fora das hipóteses constitucionalmente autorizadas (art. 166, §§ 3 e 4º), seja reduzindo a receita ou aumento a despesa, subverte a sistemática constitucional em matéria orçamentário-financeira e, repita-se, usurpa a competência que foi privativamente conferida ao Chefe do Executivo.

Assim, resta evidente que o autógrafo sob análise, ao dispor sobre orçamento para viabilizar que seja instituído o “*Programa de Apoio à Empregabilidade de Pessoas com Deficiência*”, interfere diretamente na competência privativa do Chefe do Poder Executivo para legislar sobre matéria orçamentária. Daí apontar mais um vício de inconstitucionalidade.

Desta forma, o Autógrafo de Lei nº 317/2008 interfere na competência do Poder Executivo para gerir o Estado e para legislar sobre matéria de organização administrativa (art. 84, II e VI, “a” da CF; e art. 91, I e V da CE) e orçamentária (art. 84, inciso XXIII, e art. 165, incisos I, II, e III da CF; e artigos 150 e 91, inciso XVI da CE), afronta ao princípio da harmonia entre os poderes (art. 2º, CF), e padece de vício de iniciativa, que é privativa do chefe do

²⁰ Art. 91. Compete privativamente ao Governador do Estado:
(...)

XXIII – enviar à Assembléia Legislativa o plano plurianual de investimentos, o plano estadual de desenvolvimento, projeto de lei de diretrizes orçamentárias e a propostas de orçamento anual previstos nesta Constituição;

executivo (art. 61, § 1º, II, 'b'; art. 84, XXIII, e art. 165, I, II, e III da CF; e 150²¹
e 91, XVI da CE).

Os vícios de inconstitucionalidade aqui apontados, por força do nexo de absoluta interdependência lógico-jurídica com os demais dispositivos da proposição apresentada, gravam todo o Autógrafo de Lei nº 317/2008.

Acrescente-se, ainda, que o PL em referência fere, também, o artigo 37, *caput* da CF/88, como se vê:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoabilidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

Isto, porquê o convênio está regulamentado de forma genérica no artigo 16 da Lei de Licitações e Contratos e disciplinado, de forma especificada no Estado do Espírito Santo na Portaria nº 001-R / 2006 AGE / SEFAZ.

Normas estas que exigem para a celebração do contrato de convênios as formalidades e procedimentos legais que não foram observados no Projeto de Lei em exame.

Eis, pois, as razões do **veto total** que ora aponho ao PL em referência.

Esclareço, por oportuno, que o Autógrafo de Lei nº 317/2008, objeto desta apreciação é a repetição, em seu inteiro teor, do Autógrafo de Lei 245/2008, que foi objeto de veto total, por parte deste Executivo, encaminhado a essa nobre Casa de Leis com a Mensagem nº 274/2008, datada de 14 de novembro de 2008.

Atenciosamente

PAULO CESAR HARTUNG GOMES

²¹ Art. 150. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

§ 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública estadual, direta e indireta, para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

§ 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública estadual, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente; orientará a elaboração da lei orçamentária anual; disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

[...]

§ 6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito sobre as receitas e despesas decorrentes de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.”

Governador do Estado