

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA
2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL**

Processo n. 070.053.04.001753-5 - Ação Civil Pública

A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por seu procurador, nos autos da Ação Civil Pública em que contende com SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa. apresentar seu recurso de APELAÇÃO, consoante anexas razões.

Pede, nestes termos, deferimento.

São Paulo, 10 de março de 2005

CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO

Procurador do Estado

OAB/SP nº 114.625

RAZÕES DE APELAÇÃO

APELANTE: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADOS: SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO
ESTADO DE SÃO PAULO

EGRÉGIO TRIBUNAL!

COLENDAS CÂMARAS!

Trata-se de ação de caráter coletivo, proposta por entidade sindical, com o fim de ver anuladas diversas normas constantes das Resoluções SE nº 134/2003 e 135/2003, normas essas referentes ao processo de atribuição de aulas para os professores da rede de ensino público do Estado.

Pleiteava também a anulação de todos os atos já praticados com base nas referidas resoluções e na reversão de todas as situações individuais já em curso, pleiteando-se também a “regularização” da situação funcional dos professores que se considerassem prejudicados, com os respectivos reflexos pecuniários. Era o pedido, em breve suma.

A r. sentença de primeira instância houve por bem julgar parcialmente procedente a demanda, para o fim de:

- declarar nulas as seguintes normas: parágrafos 6º e 8º do art. 4º, bem como parágrafos 11 e 18 do art. 10º, todos da Resolução SE 134/2003;

- declarar o direito dos atingidos pelas nulidades a habilitar seus interesses em sede de liquidação do julgado;
- condenar a ré em obrigação de fazer, consistente em editar nova resolução, para atribuição de aulas no ano de 2006, escoimada dos dispositivos anulados;
- fixar multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) pelo eventual descumprimento da obrigação de fazer acima mencionada.

A mencionada decisão não poderá prevalecer, *data maxima venia*, pois fere diversas normas e princípios do nosso ordenamento. É o que se demonstrará a seguir.

I – PRELIMINAR: DA LEGITIMAÇÃO DA AUTORA

Espera-se aqui ver acolhida a preliminar levantada pela Fazenda em sua defesa e que foi injustamente rechaçada pelo MM. Juízo de primeiro grau.

Isso porque é inquestionável a carência da autora, por falta de legitimação *ad causam*.

Essa conclusão decorre da leitura do que dispõe o artigo 2º-A da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, em sua redação atual:

“Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Artigo incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001)

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.” (NR) (Parágrafo incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001).

Esclareça-se que, ao contrário do afirmado pelo MM. Juízo em sua sentença, tal dispositivo não perdeu vigência com o advento da Emenda Constitucional n.º 32/2001.

Isso porque dispõe o art. 2º da Emenda Constitucional 32/2001:

“Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.”

Essa é justamente a situação da Medida Provisória 2.180-35 que incluiu o dispositivo mencionado e que, segundo a sentença, teria perdido vigência. Obser-

ve-se que ela foi editada em 24/08/2001 e colhida pelos efeitos do art. 2º da EC n.º 32, que foi publicada em 11/09/2001.

Confirmada a vigência do dispositivo, cumpre esclarecer que a lei, no caso, apenas deu aplicação ao disposto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXI, que dispõe:

“Art. 5º ...

XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extra-judicialmente”

No caso, a figura processual prevista no art. 5º, XXI é a de representação e não de substituição processual, motivo pelo qual a autorização expressa para o ajuizamento da ação é imprescindível.

Observe-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA COLETIVA: LEGITIMAÇÃO: ENTIDADE DE CLASSE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA. C.F., art. 5º, XXI. I. - Porque a recorrente é entidade ou associação de classe, e porque tem-se, no caso, ação ordinária coletiva, é aplicável a regra do art. 5º, XXI, da C.F.: exigência de autorização expressa dos filiados. II. - Agravo não provido.

(RE 225965 AgR / DF – 2ª Turma - Relator Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 15/12/1998 – DJU 05.03.99)

Esse entendimento apenas foi corroborado pela explícita previsão legal contida na Lei 9.494/97, em sua atual redação, repita-se, em plena vigência.

Portanto, deveria ter o MM. Juízo decretado a EXTINÇÃO desta ação, sem julgamento do mérito, pela aplicação combinada dos arts. 283 e 267, VI do Estatuto Processual.

II – CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O MÉRITO

Na improvável hipótese de não ser acolhida nesta Corte a preliminar levantada, a ré passa a examinar o *meritum causae*.

Antes de analisar pormenorizadamente os dispositivos normativos anulados pela sentença, cabe fazer algumas considerações introdutórias sobre a lógica que permeia toda a propositura desta ação.

A ótica trazida pela autora e lamentavelmente acolhida pela sentença encara o processo anual de atribuição de aulas como um procedimento feito com o mero intuito de acomodar os interesses de natureza individual dos professores ante a Administração Estadual, visto que desse processo resulta a carga de trabalho a ser por eles desempenhada e, por consequência, a remuneração de que disto advirá.

Nessa linha de argumentação, as normas mencionadas na sentença estariam afrontando princípios contidos na Constituição e no caso o Estatuto do Magistério Estadual – lei que teria esgotado o assunto referente à atribuição de aulas.

Dá-se a impressão, que o referido Estatuto é um diploma de conteúdo meramente funcional, editado com o intuito de arbitrar as relações entre uma classe de indivíduos – os professores – e a Administração Pública. Desvia-se assim o foco de um aspecto essencial, qual seja: o Estatuto e as regras nele insertas são instrumentos para atingir um fim maior: a prestação adequada do serviço educacional pelo Estado.

Não há dúvida que o interesse individual dos professores há que ser contemplado, na devida medida, desde que não colidentes com o interesse público, que é justamente o de propiciar o acesso à educação de qualidade aos cidadãos e seus filhos. Esse princípio basilar do Direito Administrativo – a supremacia do interesse público – não pode ser afastado de maneira afoita, a pretexto de garantir o interesse de uma classe de cidadãos, interesse esse que não tenha também ele alcançado o foro de interesse público.

Não há dúvida de que o foco do processo educacional deve estar centrado nas necessidades dos educandos, sob pena de serem invertidos meios e fins. Aliás, essa ótica é bem ressaltada por MARIA SYLVIA DI PIETRO:

“Com efeito, há uma valorização da figura do cidadão usuário do serviço público. Nas palavras de Jacques Chevalier (*Revista do Serviço Público*, v. 120:42-43), “a reforma do Estado modifica a ordem das prioridades”, à medida que busca “recolocar o usuário no centro da administração” ou ainda “situar o cidadão no coração do serviço público”. Aponta ele os vários novos perfis do usuário que implicam “representações diferentes do administrado e desembocam em diferentes perspectivas de reformas: o usuário protagonista, dotado de um poder de intervenção no andamento dos serviços (de onde decorre o tema da participação); o usuário parceiro, capaz de se colocar como um interlocutor de serviços (daí o tema da transparência); o usuário cliente, cujas aspirações devem ser satisfeitas pelos serviços públicos (donde o tema da qualidade)”.” (*Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1998*. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 2001, p. 55).

Portanto, enquadrada a questão dentro da ideia de Estado Democrático de Direito – evolução do chamado Estado Social – o exercício, pela Administração, de sua atividade deve ser direcionada à satisfação das necessidades consideradas de interesse público, sendo que na prestação de serviços – como é o caso da prestação educacional – não é concebido o atendimento a tal interesse sem que sejam atendidas as necessidades dos usuários-educandos.

Invertendo-se, portanto, a ótica proposta pela inicial e parcialmente acolhida na sentença recorrida, cumpre questionar então se as Resoluções editadas pela Secretaria de Educação atendem aos fins legais, vale dizer, ao fim constantes das normas constitucionais, das normas federais de caráter geral acerca da Educação e por fim do próprio Estatuto do Magistério.

É sabido que a lei não pode dispor sobre tudo. O legislador não é onisciente e onipresente. Do conteúdo de generalidade e abstração da lei decorre a necessidade, para o corpo social, da atuação dos demais operadores do Direito, dentre os quais está a própria Administração, que por meio de seu **poder normativo**, preenche as reticências deixadas pelo legislador ordinário, sem poder, no entanto, se afastar das balizas por ele estabelecidas.

Portanto, trata-se do exercício de uma competência discricionária, que na magistral lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, se revela antes como um dever discricionário:

“Na ciência do Direito Administrativo, erradamente e até de modo paradoxal, quer-se articular os institutos do direito administrativo, inobstante ramo do direito público, em torno da ideia de poder, quando o correto seria articulá-los em torno da ideia de *dever*, de finalidade a ser cumprida. Em face da finalidade, alguém – a Administração Pública – está posta numa situação que os italianos chamam de “*doverosità*”, isto é, sujeição a esse dever de atingir a finalidade. Como não há outro meio para se atingir esta finalidade, para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém certo poder *instrumental*, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como *mera decorrência*, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõem-se, para qualquer agente público, como um ímã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico.” (*Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 14-5).

A lição do grande publicista nos revela que o poder (ou melhor, dever) discricionário advém justamente da necessidade de adotar os procedimentos instrumentais necessários para alcançar as finalidades apontadas pela lei – lei em sentido amplo, que obviamente compreende também as normas constitucionais e os princípios gerais deduzíveis do ordenamento constitucional e legal.

Sem dúvida, o exercício desse dever-poder, pressupõe não apenas a aplicação mecânica (subsunção), a exemplo das atuações de natureza rigidamente vinculada. Antes supõe a necessidade de criação de uma norma jurídica concreta – como no caso do mero ato discricionário – ou mesmo de uma norma jurídica abstrata, porém complementar e integrativa em relação àquela que a precede no ordenamento jurídico – caso dos atos normativos da Administração.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO bem percebeu essa característica “criativa”, por assim dizer, do ato discricionário, ao conceituar a discriciona-

riedade como “a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública, para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico”.

E complementa o autor:

“A discricionariedade é, portanto, uma *competência* que é cometida à Administração, em grau e modo que venham a ser indispensáveis para **integrar** a vontade da lei no atendimento de suas funções de executá-la concretamente.

A *definição de resíduo de legitimidade* indica, nesse conceito, que o exercício da discricionariedade tem a natureza *material* de uma opção política, sendo, portanto, **um ato de criação** e não de mera *execução*, pois nela ocorre também, ainda que de forma derivada, uma *alocação autoritária de valores*, o que satisfaz o conceito eastoniano de política. O ato de execução puro, este sim, dispensaria” (*Legitimidade e discricionariedade*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 33 – grifos nossos).

Nesse quadro, o poder normativo da Administração se revela, pois, como uma modalidade de exercício desse dever-poder discricionário, que é evidentemente condicionado pelo Direito vigente, mas indispensável ao atendimento das crescentes demandas sociais, objeto de preocupação desse mesmo Direito. Se a lei (o Direito, melhor dizendo) dá os fins, deve dar necessariamente os meios.

É curioso que uma das maiores administrativistas brasileiras, ODETE ME-DAUAR, ao relacionar a ideia de discricionariedade ao poder normativo da Administração, venha a se utilizar de um exemplo que muito se assemelha à situação aqui tratada:

“Embora seja impossível arrolar todas as matérias em que o legislador confere margem de escolha à autoridade administrativa, algumas atividades ensejam o exercício mais frequente do poder discricionário.

Assim, a atividade normativa, nos casos de inexistência de lei disciplinadora da matéria ou de lei que somente atribui a competência para disciplinar a matéria. Por exemplo: um Secretário da Educação ao fixar normas para distribuição de aulas excedentes a professores, inexistindo norma de lei a respeito; uma Congregação de Faculdade oficial que estabelece regras para revisão de provas.” (*Direito Administrativo Moderno*. 7ª ed. rev. atual. São Paulo, RT, 2003, p. 124 – grifos nossos)

A ilustre jurista coloca de maneira exemplar a relação do poder normativo com a questão da legalidade, evitando o equívoco cometido pela demandante ao colocar como tese principal um conceito de *legalidade* equivocado, pois erroneamente equiparado ao conceito de *reserva de lei*.

JOSÉ AFONSO DA SILVA adverte sobre tal confusão:

“A doutrina não raro confunde ou não distingue suficientemente o *princípio da legalidade* e o da *reserva de lei*. O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. Embora às vezes se diga que o princípio da legalidade se revela como um caso de *reserva relativa*, ainda assim é de reconhecer-se diferença entre ambos, pois que o legislador, no caso de reserva de lei, deve ditar uma disciplina mais específica do que é necessário para satisfazer o princípio da legalidade.

Em verdade, o problema das relações entre os princípios da legalidade e da reserva de lei resolve-se com base no Direito Constitucional positivo, à vista do poder que a Constituição outorga ao Poder Legislativo. Quando essa outorga consiste no poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relações, como vimos antes, tem-se o princípio da legalidade. Quando a Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei, encontramos-nos diante do princípio da reserva legal.” (*Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 421 – grifos nossos).

O mesmo é lecionado por MARIA SYLVIA DI PIETRO, tratando especificamente da atividade de Administração:

“Em primeiro lugar, cabe ressaltar que o princípio da legalidade não significa que, para cada ato administrativo, cada decisão, cada medida, deva haver uma norma legal expressa vinculando a autoridade em todos os aspectos. O princípio da legalidade tem diferentes amplitudes, admitindo maior ou menor rigidez e, em consequência, maior ou menor discricionariedade. Não é por outra razão que se distingue legalidade e reserva da lei, a primeira admitindo que o legislador estatua de forma mais genérica, deixando maior discricionariedade à Administração Pública para regular a matéria, e, a segunda, exigindo legislação mais detalhada, com pouca margem de discricionariedade administrativa; neste caso, fala-se em legalidade estrita, tendo em vista que a Constituição é que reserva a matéria à competência do legislador.” (*Op. cit.*, p. 59 – grifos nossos).

Assim, tanto a suplicante quanto a d. sentença se equivocaram em supor que todas as respostas sobre o assunto em questão se encontram no art. 45 do Estatuto do Magistério (Lei Complementar nº 444/85), e que a Administração estaria impedida de dispor a respeito de situações não previstas pelo referido dispositivo, amesquinha claramente o conceito de legalidade de nosso ordenamento, reduzindo-o a um só artigo de uma só lei.

Ora, e as exigências da Constituição Federal, que foram posteriores à edição do referido Estatuto? Exigências que impõem ao Administrador, entre outras tarefas: promover o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício

da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205); a prestação do ensino com pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III); a garantia de padrão de qualidade (art. 206, VII); a oferta de ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria (art. 208, I); o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência (art. 208, III); o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade (art. 208, IV); atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (art. 208, VII); o ensino religioso facultativo (art. 210, § 1º) e o ensino indígena, a ser ministrado na língua materna da comunidade autóctone. Como ficam todas essas exigências?

E as exigências da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996)?

Essa norma de caráter geral (CF, art. 24, § 1º), a par das solicitações do constituinte, acresce outras: o estabelecimento de avaliação contínua, com a possibilidade de aceleração para os alunos com atraso escolar e a obrigatoriedade de estudos de recuperação para os casos de baixo rendimento escolar (art. 24, V); a oferta de educação básica para a população rural, com o calendário e a metodologia adaptados às peculiaridades regionais (art. 28); a oferta de educação supletiva (art. 38); a oferta de educação técnica e profissional (art. 39); a oferta de educação especial, destinada a pessoas com necessidades especiais (art. 58); a oferta de ensino intercultural e bilíngue às comunidades indígenas (art. 79); o desenvolvimento de programas de ensino à distância e de educação continuada (art. 80); o estabelecimento de cursos ou instituições experimentais (art. 81).

Isso sem falarmos em outro diploma legal de caráter geral que também deve ser observado: o Plano Nacional de Educação (Lei 10.172/2001), que também estabelece uma série de exigências referentes à adequada prestação do serviço educacional pelo Poder Público.

Acresça-se a tudo isso o dever de concretizar essa legislação educacional em uma rede de cerca de 5.500 escolas, contemplando cerca de cinco milhões de educandos (dados extraídos do *site* do SEADE – www.seade.gov.br).

Como se vê, a tarefa a cargo do Administrador Público, na esfera educacional é tudo, menos simples. E cabe a ele usar da discricionariedade para, como diz CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, adotar a melhor solução possível, atendendo assim à finalidade da lei (*Op. cit.*, p. 32).

Esse foi o esforço da Administração Estadual, pelos órgãos de direção da Secretaria da Educação, culminando na edição das Resoluções impugnadas na presente ação. Vê-se que se trata de processo complexo, resultado de estudos e debates, concretizando-se em decisão que se configura como verdadeiro exercício de discricionariedade técnica.

Observe-se o seguinte trecho das informações anexadas a essa defesa:

“Há que se saber, ainda, que a elaboração de proposta de Resoluções do titular da Pasta, relativas ao processo em questão, não é incumbência de um grupo qualquer de tecnocratas aleatoriamente designados, não compromissados e alheios à matéria, mas, sim, resultado do trabalho de uma grande equipe, ativamente participativa do Processo, que abrange desde Dirigentes Regionais e Supervisores de Ensino, até Diretores de Escola e professores da rede, cujas opiniões, críticas e sugestões são ouvidas, analisadas, copiladas e finalmente transcritas em dispositivos (da minuta) da legislação, após estudos aprofundados de uma comissão central, constituída de pessoal integrante do Quadro do Magistério desta Secretaria, detentor de larga experiência no assunto, enfocado sob três grandes prismas: administrativo, jurídico e, sobretudo, pedagógico.

Conhecer a complexidade do Processo de Atribuição de Classes e Aulas, em suas inúmeras facetas, acompanhar sua evolução, buscando o perfeito equilíbrio entre a garantia de direitos ao professor e a qualidade de ensino ao aluno, é trabalho árduo cujo desempenho veio aprimorando as legislações concernentes, gradativamente, ano a ano, havendo culminado com a atual Resolução SE-134/2003, prevista para vigor por longo prazo, ou seja, perdurar sua aplicação por vários anos, pelo menos enquanto não venha a se constatar, futuramente, genuína necessidade de ser revogada, para eventual atualização que se justifique por completo.

Isto porque, em toda a rede de ensino, uma das críticas mais severas ao processo de atribuição de classes e aulas sempre foi, exatamente, a publicação periódica de novas resoluções, o que significava frequentes alterações no processo, às vezes mínimas, às vezes radicais, mas sempre alterações, a cada ano letivo, dificultando sobremaneira e em todos os níveis que a rede viesse a assimilar a legislação, não apenas nas mudanças, como também em conceitos elementares e imutáveis. Há que se recordar, ainda, que na expectativa dessas alterações anuais, criava-se uma situação de insegurança e ansiedade impeditiva ao professor de, sob vários aspectos, programar sua vida profissional para o ano letivo seguinte, o que certamente deixará de acontecer com a legislação básica agora vigendo por um prazo bem mais longo.

Assim, é absolutamente sensato e verdadeiro afirmar que a Resolução SE-134/2003, que disciplina o Processo regular de Atribuição de Classes e Aulas, bem como a Resolução SE-135/2003, que especifica a atribuição de classes, turmas e aulas de projetos da Pasta e outras modalidades de ensino, ambas questionadas na presente demanda, são resultado de um trabalho evolutivo de grande responsabilidade que, emanado das bases educacionais, buscou suprir suas necessidades e atender, ao máximo possível, seus anseios, sem perder de vista os interesses do Ensino e da Educação.” (grifos nossos).

Essas informações, quase um testemunho da autoridade subscritora, demonstram a plena satisfação do requisito de legitimidade do ato discricionário, que se deduz pelo alcance das finalidades apontadas no ordenamento (DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETTO, *op. cit.*, p. 28-9).

Porém, o acolhimento parcial da pretensão da autora obriga a recorrente a analisar os itens que foram objeto de crítica pela decisão recorrida, de molde a demonstrar a plena validade desses dispositivos regulamentares.

IV – DA ANÁLISE DOS SUPOSTOS VÍCIOS DA RESOLUÇÃO 134/2003

a) o § 6º do art. 4º da Resolução 134/2003

Entendeu o *decisum* apelado que o referido dispositivo era nulo, por supostamente extravasar os limites de regulamentação que a lei – o Estatuto do Magistério – conferiu ao administrador.

Esclareça-se que o dispositivo em epígrafe busca regulamentar o art. 22 da Lei Complementar 444/85. Reproduzimos o dispositivo original, para melhor apreciação:

“Artigo 22 – Observados os requisitos legais, haverá substituição durante o impedimento legal e temporário dos docentes e especialistas de educação do Quadro do Magistério.

§ 1º – A substituição poderá ser exercida, inclusive por ocupante de cargo da mesma classe, classificado em área de jurisdição de qualquer Delegacia de Ensino.

§ 2º – O ocupante de cargo de Quadro do Magistério poderá, também, exercer cargo vago da mesma classe, nas mesmas condições do parágrafo anterior.

§ 3º – O exercício de cargos nas condições previstas nos parágrafos anteriores será disciplinado em regulamento”.

Chamamos a atenção desta C. Câmara para alguns aspectos fundamentais do texto legal em comento:

- O *caput* permite a substituição, desde que “*observados os requisitos legais*”. No caso, essa ressalva visa evitar que se desobedeça a legislação educacional – permitindo, por exemplo, que um Professor de Português venha a concorrer à substituição na vaga de um Professor de Matemática. Ou que um Professor de Educação Básica I venha a pleitear a substituição de um Professor de Educação Básica II.

- As normas dos parágrafos 1º e 2º utilizam o mesmo operador deôntico ou *funtor*: “*poderá*”. Isso é suficiente para caracterizá-las como *norma permissiva de competência* (TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ, *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo, Atlas, 1988, p. 125-6). Ou seja, do gênero de norma que possibilita o exercício da ação nela prevista – não a proíbe nem a determina para todos os casos.

- O parágrafo 3º é por assim dizer a chave para a aplicação das normas previstas no *caput* e nos demais parágrafos. Ali está dito que o exercício das possibilidades previstas naquele artigo depende de critérios previstos em regulamento.

Conforme se observa, a lei atribuiu uma competência – no caso, à autoridade – de definir pelas normas regulamentares os critérios para exercícios dessa faculdade – a substituição.

No exercício dessa competência, deve “*observar os requisitos legais*” – como lembra o próprio *caput* – e também deve atentar para os princípios de moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, etc.

Pois bem, o disposto no artigo 4º, em seu parágrafo 6º, nada mais fez do que **regulamentar** a referida substituição, usando de critérios que obedecem fielmente os princípios já mencionados.

Vejamos a explicação fornecida pela Secretaria da Educação:

“Neste sentido, cabe à Administração, à vista de seus dignos interesses, regulamentar com maior autonomia o disposto no § 1º do citado artigo 22, vez que se trata de mera possibilidade, de uma concessão administrativa para a qual justifica-se plenamente a restrição prevista no § 6º do artigo 4º da Resolução SE-134/2003. Isto porque possui a referida concessão um operacional de difícil aplicação, tendo em vista conexões legais e garantias de direitos, segundo as quais, as oportunidades de atribuição, de cargo vago ou de substituição de titular de cargo, a um (outro) docente efetivo, totalizam um número muito reduzido, entendendo, portanto, a Administração que cabe destinar tais oportunidades a docentes com comprovada necessidade desta atribuição.

A Administração considera como “*real necessidade*” do docente a questão, muito comum, da grande distância que se verifica entre sua residência e a Unidade Escolar de classificação do seu cargo, quando situada em outro município e/ou em outra Diretoria de Ensino. Isto não ocorre por opção própria do docente, mas, sim, por diversos e involuntários motivos, quais sejam: ingresso (na inexistência de vagas em seu município), remoção “*ex officio*” (na ausência de classe ou de aulas de sua disciplina na unidade de origem), transferência (em decorrência de extinção da Unidade Escolar de origem), etc.”

Vale dizer, se a Resolução 134/2003, em seu art. 4º, § 6º, estabeleceu que a inscrição na atribuição de aulas em substituição – em razão de cargos vagos ou afastamento do titular – somente seria possível em relação a outro Município ou outra Diretoria de Ensino, o fez por um motivo razoável, qual seja, o de contemplar os professores que desejam alterar o local de exercício, diminuindo a distância entre moradia e trabalho – o que, ao final, redundará também no benefício do serviço prestado, evitando-se atrasos e ausências.

Não há, nessa regra, quebra do princípio da isonomia, pois conforme a frase lapidar de RUY BARBOSA:

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam” (*Escritos e discurso seletos*. Rio de Janeiro, Aguilar, 1966, p. 1.010).

Ou ainda CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, reforçando tal ideia:

“Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequilibradas fortuitas ou injustificadas” (*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 18).

Isso porque cabe à norma, naturalmente, promover desequilibradas, desde que sejam consentâneas com os princípios e finalidades consagradas no ordenamento. Ao distribuir colchões aos flagelados de uma enchente ou ao exigir escolaridade em concurso público, a Administração necessariamente desequilibrada para os administrados. Mas nem por isso nega ou viola o princípio da igualdade: antes o realiza.

Diante de tais explicações, a apelante espera que seja reformada a sentença, declarando-se válido esse dispositivo.

b) do §8º do art. 4º e do §18º do art. 10º da Resolução 134/2003

Também essa norma foi invalidada pela sentença, sob o mesmo pretexto de que teria extravasado o poder regulamentar da Administração. Ademais, importaria em ofensa ao direito de ampla defesa e de acesso ao contraditório aos professores por ela atingidos.

O referido parágrafo dispõe sobre a situação dos professores que, ao longo do ano, abandonem ou desistam das classes ou aulas atribuídas sem motivo justificado.

É o dispositivo:

“Artigo 4º - (...)

§ 8º - O ocupante de função-atividade e mesmo o titular de cargo, relativamente à carga suplementar, que venham a apresentar, durante o ano, situação de desistência de aulas e/ou perda de classe/aulas em razão de ausências, consecutivas ou interpoladas, sem motivo justo, ficarão impedidos de participar do processo inicial de atribuição de classes e aulas do ano letivo subsequente.”

Ele é complementado pelo § 18 do art. 10º da Resolução, que estatui:

“Artigo 10 - A atribuição de classes e de aulas, no processo inicial, aos docentes inscritos e classificados nos distintos campos de atuação, consideradas as Fases 1 e 2, de Unidade Escolar e de Diretoria de Ensino, respectivamente, obedecerá a seguinte ordem sequencial de etapas :

(...)

§ 18 - O docente a que se refere o § 8º do artigo 4º desta resolução não poderá ter aulas atribuídas no processo inicial, seja como carga horária ou como carga suplementar de trabalho, conforme o caso.”

A sentença acolheu alegação da autora, no sentido de que referidos dispositivos são ilegais, por constituírem punição disciplinar não prevista em lei.

Há aqui uma lamentável confusão. Não se trata, evidentemente, de procedimento de caráter disciplinar, a resultar em sanção registrada no prontuário do servidor, entre as previstas no Estatuto do Funcionário Público Estadual (arts. 251 e ss. da Lei 10.261/68).

Ao estabelecer as referidas normas, não está a Administração regulamentando seu poder disciplinar, visto que o mesmo se encontra regulado nas normas do estatuto funcional já mencionado.

As regras impugnadas visam, sim, ao exercício do poder de gestão desse serviço público essencial, visando adequar os meios – a atribuição de aulas aos professores titulares de cargo e aos ocupantes de função – aos fins – a oferta regular de ensino aos alunos matriculados na rede educacional oficial.

Portanto, a questão não é punir o professor, mas garantir que os alunos tenham um ensino ministrado com regularidade e qualidade, que é, afinal de contas, o intuito de toda a legislação *sub examine*.

No caso, há que se observar que existem no caso duas regras, com destinatários distintos:

- para os ocupantes de função, ficam esses impedidos de participar do processo inicial de atribuição de aulas;
- para os titulares de cargos, o impedimento se refere apenas à atribuição da carga suplementar;

Antes de analisar ambas as regras, façamos uma análise do *desideratum* das normas em comento.

A situação trazida pelas normas – o abandono ou desistência injustificada das aulas/classes atribuídas – é problema que aflige o sistema educacional paulista, e que causa toda a ordem de prejuízos.

A informação anexada com a resposta da apelante pondera amplamente sobre os prejuízos trazidos por essa prática irresponsável e antiética de alguns – uma minoria, como bem observa o documento – integrantes da classe do magistério. Esse abandono é, no mais das vezes, intencional, visando apenas garantir ao professor uma carga reduzida, compatível com o exercício de outra atividade privada, sem que isso impeça a contagem do tempo para uma almejada aposentadoria pelo sistema público.

Que prejuízos traz essa prática? Em síntese:

- *prejuízos à administração escolar*, visto que o abandono/desistência obrigará os dirigentes educacionais a mobilizar os recursos humanos disponíveis para suprir a falta; não havendo quem possa assumir a aula/classe, haverá a necessidade da admissão de um novo docente, com os encargos administrativos e financeiros daí decorrentes;

- *prejuízos aos demais docentes*, que serão instados a assumir temporária ou definitivamente a aula/classe abandonada, podendo mesmo sofrer remoção *ex officio*;

- *prejuízos ao alunado*: por último, o mais grave prejuízo dessa atitude é o único realmente irreversível. Pois certamente o aluno sofrerá com a perda de aulas e de conteúdo, além do provável rodízio de professores até que se obtenha um substituto em caráter definitivo. Não é preciso dizer que esse tipo de ocorrência representa um grave desestímulo ao bom desempenho dos alunos e contribui para a diminuição da autoestima dos educandos, que devem ver no professor alguém de fato comprometido com o processo educacional – que é, para a maioria dos alunos, a única via de emancipação social e econômica.

Vê-se, à luz dessas razões, que a decisão da Administração não é persecutória ou punitiva. Trata-se de gerir adequadamente um serviço essencial – talvez o mais essencial de todos, de maneira que seja bem prestado pelos agentes que são por ele corresponsáveis.

Esclareça-se, ademais, que o impedimento se refere apenas ao processo inicial de atribuição de aulas – portanto, não há impedimento a que os interessados concorram às classes/aulas remanescentes, no decorrer do ano (art. 21 da Resolução 134/2003).

Agora vejamos a questão da adequação legal das normas que estabeleceram esse critério de atribuições.

Primeiramente, analisemos a incidência da regra sobre o ocupante de função temporária, isto é, aquele que não exerce em caráter efetivo o magistério oficial, comparecendo ao processo de atribuição de aulas para ocupar as classes/aulas remanescentes (art. 17 do Estatuto do Magistério).

Pois bem, com relação ao ocupante de função-atividade, o próprio art. 45 do Estatuto do Magistério concede à Administração a discricionariedade para dispor sobre os critérios de atribuição de aulas a esses professores, que possuem vínculo transitório com a Administração. Vejamos:

“Artigo 45 – Para fins de atribuição de classes ou aulas, os docentes do mesmo campo de atuação das classes ou das aulas a serem atribuídas serão classificados, observada a seguinte ordem de preferência:

(...)

Faixa 3: Os Servidores a que se refere o artigo 205 da Lei Complementar nº 180, de 12 de maio de 1.978, ocupantes de função-atividade, correspondente ao componente curricular das aulas ou classes a serem atribuídas, em conformidade com critérios a serem fixados em regulamento”.

Portanto, a própria legislação invocada pela autora dá respaldo à atividade regulamentar da Secretaria da Educação, pois cabe a ela estabelecer – com base

em critérios de impessoalidade, razoabilidade, moralidade, finalidade, eficiência, etc. – os critérios para a atribuição de aulas aos professores que se encontram nessa situação.

O critério eleito, no caso – impedindo a participação na atribuição inicial de aulas àqueles que desistiram/abandonaram as aulas/classes – é plenamente consentâneo com os princípios acima mencionados. Aliás, é princípio de justiça, pois sem impedir que os referidos professores venham a concorrer no decorrer do ano à atribuição de aulas/classes, dá preferência àqueles que bem cumpriram os seus deveres profissionais e aqueles que ainda não tiveram oportunidade de lecionar na rede pública.

Atende plenamente, pois, ao conceito de **isonomia** já mencionado, na forma consagrada por RUY BARBOSA e reforçada por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. Isto é, trata desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, usando-se por *discrímen* a própria satisfação da necessidade que visa a Administração suprir. Não se trata, pois, de usar de represália contra o professor faltoso, mas de bem utilizar os recursos da administração, selecionando os profissionais que melhor atenderão às necessidades da coletividade. Em suma, levar em conta o mérito na escolha dos profissionais que serão admitidos em caráter temporário – o que é plenamente admissível em qualquer processo de caráter seletivo.

Trata-se, ademais de imperativo de racionalidade, pois os recursos da Administração são escassos. Pois, tal como um empresário que deve usar dos meios disponíveis para bem gerir a sua empresa, de maneira a atingir os resultados pretendidos, o Administrador público deve usar de seus recursos com eficiência, para atingir o fim almejado pela coletividade. Pode-se admitir outros professores – inclusive aqueles que anualmente se lançam no mercado de trabalho – por que estaria a Administração obrigada a dar preferência àqueles que não cumprem seus compromissos profissionais.

Quanto à situação dos titulares de cargo, muito do que já foi falado acima também se aplica. Porém, a situação destes é diferente, pois o vínculo com a Administração é não eventual, e possuem uma jornada de trabalho, com carga horária mínima a que fazem jus, por força do cargo que ocupam.

Assim, o impedimento para os titulares de cargo se aplica apenas no que tange à carga suplementar, que é de natureza facultativa – sendo que não está a Administração obrigada a atribuir-lhes tal carga, da mesma forma que não está o empregador obrigado a atribuir horas extras ao empregado. Isso se depreende do próprio texto da Lei Complementar 836/97, que estabelece:

“Artigo 15 - Os docentes sujeitos às jornadas previstas no artigo 10 desta lei complementar poderão exercer carga suplementar de trabalho.”

Vale dizer, poderão, desde que seja também de interesse da Administração atribuir-lhes essa carga suplementar. No caso, como justificar o interesse da Administração em atribuir carga suplementar ao docente que não cumpre a carga que lhe foi atribuída anteriormente?

Por essa razão, também aos titulares de cargo, no que tange à carga suplementar de trabalho, de atribuição não obrigatória, justifica-se plenamente a solução alvitada pela resolução.

Portanto, merecem pleno prestígio as normas em questão, estando certa a recorrente de que serão restabelecidas por esta Egrégia Corte.

c) do § 11 do artigo 10 da Resolução SE-134/2003

O dispositivo trata da situação do docente que está em vias de ser readaptado e pretende concorrer à atribuição de aulas, com aumento de carga horária. O dispositivo impugnado limita a atribuição a esse docente à mesma carga horária por ele exercida no ano anterior.

Não se pode ignorar que a inscrição para atribuição de aulas corresponde a uma manifestação de vontade por parte do professor, que se compromete a exercer aquela atividade, cumprindo a carga horária por ele mesmo fixada.

Aqui, da mesma forma que na situação do professor que obtém a atribuição de uma carga horária que efetivamente não pretende cumprir – posteriormente abandonando as classes/aulas para as quais se inscreveu – ocorre o divórcio entre a vontade íntima do agente e a sua vontade manifesta. É o que, em Direito Civil se convencionou denominar reserva mental.

Ora, é evidente que o professor que, por limitações de saúde esteja em vias de ser readaptado – e que, portanto, sequer consegue cumprir as suas atuais atribuições – não pode pleitear o aumento de sua carga horária. Qualquer pretensão nesse sentido deve ser desconsiderada, pois é manifesta a impossibilidade de o professor cumprir aquilo a que se está comprometendo.

É o que revela, com acuidade, a informação da Secretaria da Educação:

“Isto porque a experiência mostra que, com bastante frequência, vinha ocorrendo na rede a seguinte situação: professor que, invariavelmente, trabalhava, ano a ano, com carga horária de média a pequena (por exemplo, 22 horas semanais), de repente, ao surgir um problema qualquer de saúde, em que se apresentasse a necessidade de readaptação, aumentava sua carga horária para a quantidade máxima permitida em lei (40 horas semanais), a fim de obter maior remuneração na nova condição de afastamento das funções docentes, situação que, a despeito de sua autenticidade, há que se reconhecer como mais cômoda e conveniente.

A Administração nada mais tenciona, neste dispositivo, que contemplar o que considera justo e correto, ou seja, remunerar o professor, no período da readaptação (que não é raro ser definitiva), pela mesma carga horária com que sempre se contentou em

trabalhar na docência; da mesma forma que não deve a Administração determinar a redução dessa carga horária, também não pode, em compensação, anuir com o pagamento do docente por uma carga horária bem maior, que estará sendo exercida em funções diversas daquelas para as quais foi legitimamente contratado.”

Observe-se que, com a edição da norma, não pretende a Administração reduzir a remuneração do professor em processo de readaptação, mas apenas mantê-la no mesmo patamar. Não pode, por outro lado, conformar-se com este “expediente” ou “jeitinho”, que jamais pode ser assimilado a um efetivo direito do servidor.

Para compreensão da opção adotada pela regulamentação, há que se compreender que a remuneração do docente pode vir a variar, de acordo com as aulas a ele atribuídas.

Essa variação da carga horária do docente baseia-se em dois fatores: a) um accidental, alheio ao docente, que é a maior/menor demanda de classes/aulas na unidade escolar e a maior/menor quantidade e qualificação de concorrentes a essas classes/aulas; b) um fator volitivo ou potestativo, relacionado ao docente, que é a intenção de acrescentar ou diminuir a sua carga horária.

Nesse quadro, cumpre analisar as situações reguladas pela Resolução 134/2003.

Primeira situação: a do docente que, encontrando-se afastado, teve sua carga horária diminuída no processo de atribuição de aulas relativa ao novo ano letivo. Seja porque pretendeu essa diminuição, seja porque essa diminuição decorreu das circunstâncias próprias ao processo de atribuição de aulas (oferta de vagas/diminuição da concorrência), é certo que a remuneração do docente afastado não poderá manter-se no mesmo patamar do ano anterior. Pois é evidente que se ele estivesse em exercício, a sua situação seria a mesma: com a redução da carga horária sofreria uma redução de sua remuneração.

Neste caso, a solução será a adequação dos vencimentos à nova carga horária atribuída, seja porque preponderou o fator accidental – a que todos os docentes estão sujeitos na atribuição de aulas –, seja porque assim o desejou e manifestou o docente, sem que houvesse gravame para a Administração.

Segunda situação: a do docente que, encontrando-se afastado, obteve o aumento de sua carga horária. Nesse caso, há que se considerar que o fator preponderante para esse evento – o aumento de carga horária – foi o fator volitivo, isto é, a intenção manifestada pelo docente de aumentar a sua carga horária, sendo que tal fator não encontrou resistência no outro, de caráter accidental.

Ora, esse acréscimo de carga horária – figure-se alguém que está pedindo: “Quero trabalhar mais!” – não corresponderá ao efetivo exercício desse trabalho, pois o docente está afastado de suas funções.

Ou seja, configurar-se-á aquilo que no direito é conhecido e repugnado como condição puramente potestativa, isto é, em que uma das partes dita, a seu talante, a prestação a que a outra parte está obrigada. Isto é, pela simples vontade

do autor, sem que dele advenha qualquer contraprestação, os seus vencimentos (= remuneração pela carga horária que devia cumprir) serão aumentados.

É cristalino que tal situação não pode prevalecer, seja sob o ângulo das relações privadas – vide, a propósito, a vedação do art. 122 do Código Civil –, seja sob a égide do direito público, sob pena de inverter-se a equação “interesse público > interesse privado”.

Como se vê, não cabe aqui o simplismo da apelada, ao afirmar que o Estado diz “quando eu puder diminuir seus vencimentos diminuirei imediatamente” enquanto “que o inverso não acontece”.

Da mesma forma que a Administração não pode se quedar inerte diante de expedientes como os já denunciados – o docente que abandona as aulas, o readaptado que pleiteia o aumento da carga horária –, não pode remunerar uma carga horária que jamais foi prestada, simplesmente porque o interessado a quis e teve a sorte de obtê-la.

V - DA IMPOSSIBILIDADE DE HABILITAÇÃO NA LIDE DOS ATINGIDOS PELOS EFEITOS DA SENTENÇA

A respeitável sentença, acolhendo os argumentos da ré, não obstante tenha declarado nulos diversos artigos de uma das resoluções impugnadas, observou o princípio da segurança jurídica e manteve as situações já consumadas com base nessa resolução.

Porém, não pode se curvar a ré com a determinação, contida na r. sentença, de que os interessados atingidos pela decisão venham a se habilitar na fase de liquidação, pleiteando nesta lide a recomposição de todos os prejuízos funcionais e patrimoniais que porventura existam.

A solução encontrada pelo MM. Juízo, *data maxima venia*, é cabível apenas nas ações civis públicas em matéria de direito do consumidor, regulada essa assistência processual nos arts. 97 e seguintes da Lei Federal n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

A presente ação se refere à matéria de natureza pública, envolvendo toda a classe de professores do Estado de São Paulo, estimada em 200.000 (DUZENTOS MIL) PROFESSORES.

A simples leitura desse número mostra que a solução alvitrada pelo Juízo levará ao tumulto desta ação na fase de execução, com a virtual paralisação do feito, pela evidente impossibilidade de se tramitar um processo com a participação de sujeitos na casa dos milhares ou dezenas de milhares.

Ademais, por se tratar de matéria de ordem pública, sendo que a eventual execução das pretensões individuais resultará em atos administrativos e também na liquidação e execução de contas e consequente expedição de precatórios relativos aos milhares de sujeitos beneficiados pela decisão, fica claro que o meio eleito pelo Ilustre Julgador trará enormes riscos ao erário e à Administração Pública.

Por todas essas razões, ainda que se mantenham as conclusões da r. sentença, deverá ser reformada essa parte do dispositivo, por evidente impossibilidade de cumprimento.

VI – DA MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER

Lamentavelmente, o MM. Juízo acolheu também o pedido de fixação de *astreintes* como forma de compelir a ré a cumprir o decidido na presente ação.

Não se pode olvidar o que a doutrina e jurisprudência já assentaram sobre o assunto, no sentido de que, em se tratando de pessoa jurídica de direito público, é inadmissível a fixação de pena pecuniária visando compeli-la ao cumprimento de decisão judicial, uma vez que não seria o agente desidioso o responsável pelo seu pagamento, mas, sim, o Erário.

O ilustre Desembargador CÔRREA VIANA, após titular tal providência de inútil, assinalou, valendo-se das lições de VICENTE GRECCO FILHO: *“a multa não tem nenhum efeito cominatório porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofres públicos, ou seja, o povo. Não tendo efeito cominatório, não tem sentido sua utilização como meio executivo”* (TJ-SP, Agr. Instr. n. 95.514-5/4, Segunda Câmara de Direito Público, j. 1.12.98, v.u.).

Outro não foi o posicionamento também externado pelo Eminent Desembargador ALBERTO GENTIL, que decidiu:

“Essa coação econômica exercida pela aplicação da multa diária à Fazenda do Estado mostra-se inócua, pois seus recursos materiais proveem da arrecadação de impostos, arcando o contribuinte, em última instância, com o pagamento da penalidade que foi imposta à agravante. Por isso, a conclusão é de que o artigo 644 do CPC não tem aplicação à Fazenda Pública.” (Quinta Câmara de Direito Público, Agr. Instr. n. 78.727-5/1, v.u.).

Veja-se ainda recentíssimo Agravo 129.764.5/5-00, da 1ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça:

“EXECUÇÃO CONTRA FAZENDA PÚBLICA. Decisão proferida nos autos de ação de indenização, julgada procedente, ora em fase de execução, para fins de determinar ao Estado que cumpra a obrigação de fazer no prazo de 30 (trinta) dias, impondo pesada multa diária ‘ex officio’. Descabimento. Possibilidade de outras medidas, inclusive de ordem penal, no caso de descumprimento da ordem. Apelação interposta. Recurso provido.” (Rel. Des. Wanderley Federighi, j. 19/08/2003).

Também em outros Tribunais estaduais esse entendimento é sufragado, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. ESTADO. REALIZAÇÃO DE EXAME. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. DESCABIMENTO.

Embora possível a cominação de multa diária visando o adimplemento das obrigações de fazer (art. 461, § 4º, do CPC), quando imposta contra a Fazenda Pública constitui ônus que será suportado por toda a sociedade, não atuando como instrumento de pressão psicológica e sendo inapta a atuar como mecanismo de coerção tendente ao cumprimento da obrigação determinada, inerentes às *astreintes*. Não há que se falar em crime de desobediência por parte de servidor público. AGRAVO PROVIDO. (Ag. 7006772990- 4ª Cam. Civ. – Rel. Des. Ângela Mª Silveira – j. 05.11.2003).

Portanto, também a acolhida desse pedido acessório também deverá ser objeto de reforma por esta C. Corte.

VII – DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS

Por último, ainda na hipótese de que se mantenha a sentença recorrida, esta deve ser reformada no que tange à atribuição de honorários.

Também aqui se equivocou o MM. Juízo ao atribuir os honorários integralmente a ré.

Cumprе observar que a ação civil pública visava à nulidade de 8 (oito) normas da Resolução 134/2003 e à nulidade integral da Resolução 135/2003.

O Juízo atendeu apenas a uma pequena parte do pedido, o que resultou na anulação de apenas 4 (quatro) normas da Resolução 134/2003.

Portanto, os honorários deveriam ter sido atribuídos em maior proporção à autora ou, no mínimo, deveria o Juízo ter compensado os honorários entre as partes, em obediência ao que dispõe o art. 21 do Estatuto Processual.

Requer, pois, a reforma da sentença, também para esse fim.

VIII – CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, requer e aguarda a Fazenda do Estado seja reformado, “in totum”, o R. Decisum monocrático, e, conseqüentemente, seja EXTINTO O FEITO, em razão da preliminar arguida, ou julgada TOTALMENTE IMPROCEDENTE a presente ação, condenando a autora nos ônus da sucumbência, como medida de DIREITO e JUSTIÇA!

Nestes Termos,
Pede deferimento.

São Paulo, 10 de março de 2005.

CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO
Procurador do Estado
OAB/SP nº 114.625

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO ACÓRDÃO/DECISÃO MONO-
CRÁTICA REGISTRADO(A) SOB Nº 02944490**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 994.06.057574-2, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes APEOESP SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUIZO EX-OFFICIO sendo apelados, FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e APEOESP SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU. V. U de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GONZAGA FRANCESCHINI (Presidente) e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 28 de abril de 2010.

OSWALDO LUIZ PALU
RELATOR

9ª Câmara de Direito Público

VOTO Nº 1.407

APELAÇÃO CÍVEL Nº 519.272.5/6-8

COMARCA: SÃO PAULO

APELANTES E RECIPROCAMENTE APELADOS: SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - APEOESP E ESTADO DE SÃO PAULO

Juiz de 1ª instância.: Domingos de Siqueira Frascino

APELAÇÃO CÍVEL - Ação civil pública.

Poder regulamentar. Atividade normativa do Estado que não se esgota no Poder Legislativo. Estado liberal há muito derruído. Estado Social nitidamente intervencionista. Separação de poderes que deve ser entendida sob as bases do Direito Público adotado pelo Brasil. Supremacia da Constituição e não da lei. Princípio da legalidade que não se confunde com reserva de lei. Sentença de procedência alterada. Recurso do Estado de São Paulo a que se dá provimento.

I. RELATÓRIO

APELAÇÃO CÍVEL nº519272 5/8 – Voto nº 1.407 - São Paulo

9ª Câmara de Direito Público

Cuida-se de ação civil pública aforada pelo SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - APEOESP em face do ESTADO DE SÃO PAULO alegando que o processo de atribuição de aulas da Rede Estadual de Ensino foi turbado, de modo ilegal, pelo advento das Resoluções SE n.º 134 e n.º 135, de 16 de dezembro de 2003, do senhor Secretário de Estado da Educação, sendo violados os artigos 3º, 22 e 45 da Lei Complementar n.º 444, de 27 de dezembro de 1985. Alegou o autor que tais resoluções restringem a atuação dos professores, cerceiam sua mobilidade funcional (ao limitar as escolhas por atribuição de aulas na mesma unidade territorial), limitam a substituição, ao não permitirem a atribuição de quem desista de aulas, ou quando presente o absenteísmo e cria, em decorrência, sanções sem lei e sem possibilidade de defesa, etc. A r. sentença de fls. 302 e ss. acolheu em parte os pedidos da inicial, declarando ilegais os artigos 4.º, §§ 6.º e 8.º e artigo 10, §§11 e 18, da Resolução SE n.º 134/2003. Recorrem ambas as partes, o Sindicato autor repetindo o que postulou inicialmente, pela total procedência; o Estado de São Paulo, alegando não haver ilegalidade alguma nas citadas Resoluções, que apenas normatizaram e regulamentaram o processo de atribuição de aulas com objetivo ao resguardo do interesse público e não no interesse corporativo da classe representada pelo autor. Alega que há 5.500 escolas no Estado de São Paulo e o interesse prevalecente é o público. Manifestou-se o Ministério Público através da d. Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social. A d. Procuradoria de Justiça de Interesses Difusos e Coletivos propugnou pelo provimento parcial do recurso da ré. Existe preliminar acerca da validade da Medida Provisória n. 2.180-35. É o relatório.

II. FUNDAMENTO E VOTO

1. Pelo meu voto, dou provimento ao reclamo do Estado de São Paulo, não sendo provido o recurso do autor, reformada a r. sentença, sendo improcedente a ação.

2. O tema da validade ou não da Medida Provisória n. 2.180-35, mantida pela Emenda Constitucional n.º 32, perde sua relevância em face do resultado final deste recurso. Ademais, o estatuto social da entidade autora legitima a propositura da ação e é o que basta ao caso. Há pertinência temática (tomando por empréstimo os conceitos da jurisdição constitucional). Assim, na dicção do E. Min. LUIZ FUX:

AgRg no REsp 901936 / RJ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0232972-9

Relator - Ministro LUIZ FUX (1122)

Órgão Julgador - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento 16/10/2008

Ementa PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PREJUÍZO INDEMONSTRADO. NULIDADE INEXISTENTE. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. 1. Os sindicatos possuem legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, desde que se versem direitos homogêneos e mantenham relação com os fins institucionais do sindicato demandante, atuando como substituto processual (Adequacy Representation). 2. A pertinência temática é imprescindível para configurar a legitimatio ad causam do sindicato, consoante cediço na jurisprudência do E. S.T.F na ADI 3472/DF, Sepúlveda Pertence, DJ de 24.06.2005 e ADI-QO 1282/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 29.11.2002 e do S.T.J: REsp 782961/RJ, desta relatoria, DJ de 23.11.2006, REsp 487.202/RJ, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ 24/05/2004. 3. A representatividade adequada sob esse enfoque tem merecido destaque na doutrina; senão vejamos: "(...) A pertinência temática significa que as associações civis devem incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, dispensada, embora, a autorização de assembleia. Em outras palavras, a pertinência temática é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional. As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Entretanto, essa finalidade pode ser razoavelmente genérica; não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta. Em outras palavras, de forma correta já se entendeu, por exemplo, que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de participantes que tenham desistido de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica de interesses de consorciados de veículos, desistentes ou inadimplentes. Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado. Devemos perquirir se o requisito de pertinência temática só se limita às associações civis, ou se também alcançaria as fundações privadas, sindicatos, corporações, ou até mesmo as entidades e os órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem perso-

nalidade jurídica. Numa interpretação mais literal, a conclusão será negativa, dada a redação do art. 5º da LACP e do art. 82, IV, do CDC. Entretanto, onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição. Os sindicatos e corporações congêneres estão na mesma situação que as associações civis, para o fim da defesa coletiva de grupos; as fundações privadas e até mesmo as entidades da administração pública também têm seus fins peculiares, que nem sempre se coadunam com a substituição processual de grupos, classes ou categorias de pessoas lesadas, para defesa coletiva de seus interesses.” in *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, Hugo Nigro Mazzili, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 277/278 (...). 9. A ausência de intimação do Ministério Público Federal, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado *prima facie*, ao revés, exige a comprovação de efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da questão iuris, à luz do princípio *pas de nullités sans grief*. Precedentes do S.T.J: Resp 767.598/CE, Segunda Turma, DJ 08.03.2007; REsp 578.868/MG, Primeira Turma, DJ 01.03.2007 e REsp 345.533/EA, Segunda Turma, DJ 01.08.2006. 10. In casu, o Ministério Público Federal exerceu ativamente seu múnus tanto no recurso subexamine quanto na MC 12.457/RJ (processo em apenso) - por intermédio de pareceres (fls. 1987/2001), formulação de pedidos (fl. 2008), além do ajuizamento da PET 5818/RJ (processo em apenso) -, e, mais recentemente, mediante petições, protocolizadas em 05.9.2008 (fls. 2074) e 10.9.2008 (fl. 2094), nas quais manifesta seu desinteresse em interpor recurso contra o decisum, ora agravado, requerendo, outrossim, a remessa dos autos ao Tribunal a quo. 11. Agravo Regimental ”desprovido, restando prejudicado o exame dos pedidos formulados na petição nº 00103627 (fls. 2042/2050) e na petição nº 00147907 (fls. 2051/2052), haja vista que exaustivamente examinados no presente Agravo Regimental. ”

3. A meu sentir, as Resoluções apontadas na inicial em nada contradizem ou excedem a Lei Complementar n.º 444/85, mas situam-se no poder regulamentar, ínsito a todo e qualquer órgão de direção do Poder Executivo. Assim sendo, em nada o art. 4º, §§ 6.º e 8.º estabelecem obstáculos territoriais para a atribuição de aulas de professores, ou que o professor somente poderá exercer seu direito quando pretender fazer em município diverso daquele em que atua ou diferente diretoria de ensino (fls. 13) .

Note-se que o art. 22, § 3.º, da Lei Complementar n.º 444/85, prevê a edição de regulamento para o exercício do referido direito. Ademais, se um professor desistir, em pleno ano letivo, ou ausentar-se de suas aulas, natural que não tenha facilidade quando de nova atribuição de aulas; tal não é sanção alguma, mas o simples exercício dos poderes administrativos de controle, direção e fiscalização (hierárquico) para a consecução do fim público ínsito a qualquer atividade administrativa, sempre lembrando-se do dever de eficiência de que é caudatária a Administração Pública.

A repressão à desistência intercorrente de aulas ou o absenteísmo, há que se lembrar, vai ao encontro do interesse dos alunos, que são os que perdem com tal conduta, exatamente os destinatários e a razão da existência do ensino público.

No mesmo sentido, por lógica, evidente que aquele professor que aguarda perícia ou readaptação não pode ter sua carga horária majorada.

4. Há evidente inversão de perspectiva posta na inicial. Lembre-se que, ao contrário do que disse o autor, no Direito Público nada se pode fazer salvo o que é expressamente permitido (aos particulares o contrário: tudo é permitido, salvo o que for expressamente proibido). Ora, desde o fim do Estado Liberal que não se entende haver, também, um espaço livre de atuação para a Administração, somente limitada pelos limites da legalidade (*vinculação negativa*). Tornou-se vitoriosa a ideia da *vinculação positiva*: o agente público – qualquer agente público – somente pode fazer o que for permitido, expressamente, pela lei. Mas entenda-se a expressão em virtude de lei. Prevê a Constituição da República: Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)”

O texto do art. 5º, II, não pode ser interpretado isoladamente, mas sempre dentro do sistema constitucional em vigor, especialmente da concepção de Estado que se tenha. Há, com efeito, duas vertentes; a legalidade absoluta e é absoluta a reserva quando a lei deve regulamentar a matéria, com exclusão de qualquer outro ato normativo e a legalidade relativa, quando admite outras fontes normativas disciplinem a matéria, desde que a lei indique as diretrizes e linhas gerais a serem seguidas. A expressão “em *virtude de lei*” leva ao princípio da legalidade e se vincula a uma reserva genérica ao Poder Legislativo, que não exclui atuação secundária de outros poderes. Com razão Massimo Severo Giannini, quando, examinando cláusula semelhante do direito italiano, esclarece que “não é necessário que a norma de lei contenha todo o procedimento e regule todos os elementos do provimento, pois para alguns atos do procedimento estatuído e para alguns elementos do provimento pode subsistir discricionariedade”.

5. Ademais, sabe-se que o poder normativo não se exaure no ato emanado do Poder Legislativo. Lembra JORGE MIRANDA que todas as funções do Estado praticam atos normativos.¹ As fontes do direito se distribuem, hierarquicamente, em categorias sucessivas, de que também participam o Executivo e órgãos administrativos. Os atos regulamentares, por meio dos quais o Poder Executivo, no uso de atribuição própria ou delegada, edita normas jurídicas as quais são ‘leis materiais’.

6. Lei e regulamento são momentos distintos e inconfundíveis da atividade normativa do Estado.² A posição de JOSÉ AFONSO DA SILVA também é pela

1 Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, t. V, p. 25

2 Como diz CAIO TÁCITO (‘Lei e Regulamento’ in ‘Tenas de Direito Público’, 1.º vol. P. 476,

admissibilidade dos decretos autônomos no Direito Constitucional pátrio (Comentário Contextual à Constituição”, Malheiros, p. 485, 2005):

“Mas também se discute sobre a possibilidade ou não do regulamento *autônomo*, isto é, uma forma de regulamentação que não se prenda a determinada lei; regulamento esse que dispõe por iniciativa própria. Geraldo Ataliba, em páginas excelentes sobre o poder regulamentar, rebelou-se contra a admissão do regulamento autônomo no Brasil. Não chegamos a tal ponto de negar sua possibilidade. Os limites do regulamento são aqueles vistos acima. Desde que não os ultrapasse pode o poder regulamentar atuar, visto que este é poder próprio, ínsito na esfera do Poder Executivo; vale dizer, portanto, que, no âmbito da competência administrativa, sempre se pode regular determinada matéria independentemente de lei prévia. O princípio da legalidade é que fixa os limites do poder regulamentar. Desde que este seja respeitado, o poder regulamentar é legítimo, quer atue em função de determinada lei, quer o faça independentemente de lei prévia. O que é preciso é não confundir “princípio da legalidade” com “princípio da reserva de lei”. O primeiro significa a submissão e respeito à lei ou a atuação dentro dos limites estabelecidos pelo legislador. O segundo consiste em estabelecer que a regulamentação de determinadas matérias deve ser feita necessariamente por lei formal. Ora, fora deste, pode atuar o poder regulamentar autônomo, respeitado aquele. Há uma esfera de competência genérica do Executivo, em cujo âmbito o poder regulamentar está autorizado a atuar, sem interferência do legislador.

7. Na lição de ROBERTO EROS GRAU:

A doutrina nacional sustenta que,

entre nós, o sistema constitucional vigente só admite a existência dos *regulamentos de execução*. E isso porque o art. 5º, II, e o art. 84, IV, da Constituição de 1988 impedem que o Executivo, por ato seu, possa estabelecer restrições à liberdade e à propriedade dos indivíduos. (...) Essa doutrina, como se vê, adota uma visão inteiramente errônea da teoria da tripartição dos poderes, concebendo-a como proposta de *separação e não de equilíbrio* entre os poderes, além de prestar acatamento exagerado, e radical, à ideologia liberal. Por isso mesmo, ignora a realidade, supondo-a existente em função do direito... Em favor dessa doutrina, a Constituição brasileira de 1988 refere, no §

Renovar): “Também Zanobini salienta que os regulamentos “hanno il contenuto degli atti legislativi” (Corso Di Diritto Amministrativo, vol. I, p. 58) e traça, em excelente paralelo, a identidade intrínseca entre lei e regulamento, espécies de um mesmo gênero: “Quando si dice che i regolamenti sono leggi in senso sostanziale, sebbene formalmente atti dell’ autorità amministrativa, si dice appunto questo: che la sostanza, la natura intima e più decisiva di questi atti è appunto quella stessa delle leggi: sono cioè, coto questo, norme giuridiche. La forma, che nella determinazione del cue atti si contrappone alia sostanza, è appunto un qualche cosa che vale a porli in una categoria única”.

4º de seu art. 60, com todas as suas letras, a “separação dos Poderes”¹ Esse texto, não obstante, deve ser interpretado, o que importará interpenetração entre o mundo do *dever-ser* e o mundo do *ser*, além de uma necessária reflexão (...) Isto posto, reconstruindo a classificação dos regulamentos no Brasil, teremos:

I) *regulamentos executivos ou de execução, que são os que, decorrendo de atribuição do exercício de função normativa explícita no texto constitucional (art. 84, IV, in fine), destinam-se ao desenvolvimento da lei, no sentido de deduzir os diversos comandos nela já virtualmente abrangidos;*

II) *regulamentos autorizados, que são os que, decorrendo de atribuição do exercício de função normativa explícita em ato legislativo, importam o exercício pleno daquela função — nos limites da atribuição — pelo Executivo, inclusive com a criação de obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa;*

III) *regulamentos autônomos ou independentes, que são os que, decorrendo de atribuição do exercício de função normativa implícita no texto constitucional, importam o exercício daquela função pelo Executivo para o fim de viabilizar a atuação, dele, no desenvolvimento de função administrativa de sua competência; envolvem, quando necessário, inclusive a criação de obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa* O Direito Posto e o Direito Pressuposto, p. 252 e SS, Malheiros, 4.ª ed.).

8. Clara, portanto, a inversão de perspectiva na solução dada na instância monocrática, data vênua. A regulamentação do processo de atribuição de aulas, advindas de lei, inicial, é, necessariamente, do Executivo. Trata-se, afinal, de aplicar o *princípio da reserva de administração*, ou seja, nos dizeres do Min. Celso de Mello (AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.364-1 ALAGOAS):

“A reserva de administração segundo adverte J. J. GOMES CANOTILHO (“Direito Constitucional”, p. 810/811, 5ª ed., 1991, Almedina, Coimbra) – constitui limite material à intervenção normativa do Poder Legislativo, pois, enquanto princípio fundado na separação orgânica e na especialização funcional das instituições do Estado, caracteriza-se pela identificação, no sistema constitucional, de um “núcleo funcional (...) reservado à administração contra as ingerências do parlamento”, por envolver matérias, que, diretamente atribuídas à instância executiva de poder, revelam-se insuscetíveis de deliberações concretas por parte do Legislativo, desvestido, portanto, sob tal perspectiva, de qualquer prerrogativa que lhe permita praticar, com repercussão sobre os servidores públicos vinculados ao Poder Executivo, verdadeiros atos administrativos referentes à investidura funcional ou à sua eventual invalidação.”

9. As Resoluções estão, *data vênua*, escoreitas e não malferem a Constituição da República ou a Constituição do Estado de São Paulo. A repetição dos postulados constantes da inicial revela, com a devida licença, a influência do chamado «*entendimento francês*» da doutrina da separação de poderes, histórico

(não o atual). Claramente, hoje, há aplicação da técnica, admitida em nossa Constituição, das REMISSÕES NORMATIVAS, ou seja, a lei incumbe expressamente a Administração de elaborar ato normativo secundário para tratar de determinado assunto. A utilização desta técnica é bastante comum, sobretudo em razão da necessidade de pormenorizar alguns pontos específicos da atividade administrativa, que costumam mudar com facilidade, e que por isso não podem encontrar tratamento adequado no rígido processo de elaboração da lei. É possível perceber que se trata de *remissões normativas explícitas*, atribuindo parcela de função normativa a algum órgão ou entidade administrativa. Certamente, os atos normativos editados com apoio em lei devem obedecer, em seu conteúdo, aos parâmetros legalmente estabelecidos.³

- 3 Não se perca de vista que defender a vedação completa da possibilidade de que o Executivo tenha poderes regulamentares, como se repete acriticamente na doutrina pátria lembra a crítica de Luis S. Cabral de Moncada, cora o dizer: "(...) Do conceito *rousseauiano* de lei decorrem consequências muito claras para a organização dos poderes estaduais. As qualidades normativas da vontade geral colocam o legislador, seu intérprete constante, numa posição especial entre os órgãos estaduais. É neste aspecto que as concepções de Rousseau se distinguem claramente das de Montesquieu, dominado esta na preocupação de conter em respeito a soberania estadual, dissociando-se em órgãos distintos e independentes, representativos dos vários estratos sociais numa tentativa de limitação mútua (...) A soberania tem um só titular, a Nação, e concretiza-se através da supremacia total do legislativo, seu único representante. (...) Seja como for e para os efeitos que aqui interessam é indiscutível a prevalência absoluta do legislador sobre o executivo, o qual nunca é intérprete autêntico do soberano que é o legislador. A posição puramente executiva daquele órgão do Estado é uma constante no pensamento de Rousseau, a ponto de ficar por vezes colocado numa posição mais próxima do súdito do que da de um verdadeiro órgão estadual titular do poder. Poderá dizer-se que para Rousseau o Legislativo é o poder supremo do Estado a uma grande distância dos outros por ser ele o único intérprete da vontade geral. Daqui se retira uma subordinação total da administração à lei que influenciou de perto os revolucionários franceses, bem como a inexistência de limites constitucionais à função legislativa. O Executivo não contrabalança o legislativo; submetia-se-lhe como seu executor. A distinção rousseauiana entre as duas funções do Estado baseava-se no confronto entre vontade e execução. É pelo menos neste sentido que Rousseau foi por aqueles utilizado. Nesta perspectiva, a própria noção de reserva de lei não faz qualquer sentido. Nada há a esperar dela, muito menos que funcione como critério de repartição de competências entre o legislador e o executivo; nada há a reservar-lhe pois que tudo lhe está reservado. É este o figurino dos sistemas em que impera uma concepção jacobina da lei. As concepções democráticas alicerçadas em Rousseau são centralistas e totalitárias. Toda a vida democrática se identifica com o quadro parlamentar da produção legislativa, sem que o parlamento se deva deter perante esferas de autodeterminação encabeçadas pelos corpos sociais intermédios cujas competências próprias constituiriam um limite ao domínio total do Legislativo sobre todo o conjunto da vida social. (...) A lei aqui vincula estritamente todos os restantes órgãos do Estado reduzindo-os à posição de meros executores, ao mesmo tempo em que se identifica com o direito. Para o conceito democrático de lei, fazer leis é criar direito e, por sua vez, o legislador não conhece outros limites à sua ação senão os que decorrem da vontade geral. O conceito democrático de lei exprimiui, em termos políticos, a luta contra o absolutismo na medida em que quis concentrar o poder supremo do Estado nas mãos da burguesia ascendente que carecia desesperadamente

9.1. Assim o pensamento de GOMES CANOTILHO, onde o regulamento faz as vezes do decreto regulamentador, verbis: ‘O regulamento não pode contrariar um acto legislativo ou equiparado. A lei tem absoluta prioridade sobre o regulamento, proibindo-se expressamente os regulamentos modificativos, suspensivos ou revocatórios das leis. O princípio da precedência da lei ou primariedade da lei (reserva vertical da lei): [...] não existe o exercício do poder regulamentar sem fundamento numa lei previa anterior.

Temperando o que foi dito, a limitação da existência de maior amplitude do poder autônomo regulamentar está na violação de direitos fundamentais eis que sabe-se com MARCELLO CAETANO que ‘... em sentido material o regulamento tem afinidades com a lei, em virtude de sua generalidade, pois os regulamentos possuem sempre caráter genérico. Mas distingue-se dela por lhe faltar novidade, visto suas normas serem, pelo que toca a limitação de direitos individuais, simples desenvolvimento ou aplicação de outras normas, essas inovadoras’.

10. Ante o exposto, não tendo as normas regulamentadoras extravasado a lei, ou limitado direitos fundamentais, mas apenas explicitado o que constava de lei anterior ou adentrando a normatizando campo normativo em que poderia fazer, pelo meu voto, nego provimento ao recurso do autor e dou provimento ao recurso do réu; sem verba honorária e sem custas, eis que ação civil pública em que não presente a má-fé.

OSWALDO LUIZ PALU
Relator

do poder estadual para confirmar a sua hegemonia a todos os níveis da vida social, econômica e política. De importante há aqui a reter que a ideia de uma vinculação externa do legislador não é característica do conceito democrático de lei, mas sim do conceito de lei próprio do Estado de Direito que haveria de ser forjado no quadro do pensamento liberal. A lei fica equiparada à constituição, distinguindo-se esta da lei ordinária apenas pelo respectivo objeto, com todas as consequências daí resultantes. No contexto da teoria democrática da lei é só a partir do conceito de lei que se chega ao princípio da legalidade da administração. A noção alemã, mais tardia, de reserva de lei, não desempenha, aqui, qualquer papel. (...) Idênticas considerações são válidas para o poder judicial. A legalidade da administração é, aqui, uma consequência direta de seu estatuto de minoridade; portanto, o Legislativo consequentemente não se beneficia de nenhum espaço livre.” (‘Lei e Regulamento’, p. 115 e ss., Coimbra ed.).”