Excelentíssimo Senhor Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Relator da ADPF 451 (Número Único: 0004043-95.2017.1.00.0000)

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO – CONFENEN, por seu advogado abaixo assinado, nos autos da epigrafada ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, observando-se os princípios fundamentais do modelo constitucional de direito processual adotado pelo ordenamento jurídico atualmente em vigor, indispensáveis ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional (CPC, art. 1º), notadamente o **princípio da primazia da resolução do mérito (CPC, art. 4º)**, segundo o qual o processo é um método de resolução do caso concreto, e não um mecanismo destinado a impedir que o caso concreto seja solucionado; o **princípio da boa-fé objetiva (CPC, art. 5º)**, o qual, entre outros desdobramentos, impede que o julgador profira, sem motivar de forma específica a alteração, decisões diferentes sobre uma mesma questão de direito aplicável a situações de fato análogas, ainda que em processos distintos; **o princípio da cooperação (CPC, art. 6º)**, o qual exige um efetivo diálogo entre partes e juiz na construção do resultado final do processo e impõe deveres mútuos de esclarecimento e transparência; e o **princípio do contraditório substancial e efetivo (CPC, art. 9º, *caput*, c/c art. 10)**, entendido como garantia de participação com influência na formação do resultado do processo e de não surpresa; vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, em vista do parecer apresentado pela Procuradoria-Geral da República, corroborar a demonstração de pertinência temática, constante na petição inicial, e, visando resguardar a coerência do direito e a segurança

www.salesadv.com.br | +55 98 3227 8111 - 3268 7362
Rua Jupiter, Quadra 30, nº 16, Edifício Cristal, SL 301 / 302
CEP: 65075 770 | São Luís - MA | Brasil

jurídica, reiterar, com fundamento em **precedentes de notável similitude**, a relação entre o objeto da presente arguição e a atividade de representação dos estabelecimentos particulares de ensino, submetidos à fiscalização promovida pela autarquia Interessada (e eventual aplicação de sanções) em razão da prestação de serviços educacionais, pelo que expõe e, ao final, requer o seguinte:

I – DA DEMONSTRAÇÃO DA RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA COM BASE NO ENTENDIMENTO CONSUBSTANCIADO EM PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Não obstante tenha sido reconhecida a relevância da matéria constitucional ora suscitada (cf. despacho proferido em maio de 2017), ante a insofismável exigência de aprovação prévia em concurso público, consubstanciada no art. 37, II e V, da Constituição, notadamente para o legítimo exercício do poder de polícia administrativa (atribuições de fiscalização e aplicação de sanções típicas da autarquia Interessada), as manifestações apresentadas, respectivamente, pelo chefe do Executivo local, Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral da República, convergem numa tergiversação sobre o mérito da presente arguição sob o argumento de que, supostamente, *"não há identidade material (ou relação de pertinência temática) entre o objeto das leis questionadas – regime de pessoal do Instituto de Proteção e Defesa do Consumidor do Maranhão (PROCON/MA) – e as atividades institucionais da entidade autora – defesa de direitos e reivindicações de estabelecimentos privados de ensino"* (cf. o parecer da Procuradoria-Geral da República).

Contudo, não assiste razão à essa linha de argumentação, eis que, como exposto na petição inicial, a autarquia criada pela Lei Estadual 10.305/2015, na medida em que se incumbe de *"fiscalizar a execução das leis de defesa do consumidor e aplicar*

www.salesadv.com.br | +55 98 3227 8111 - 3268 7362
Rua Jupiter, Quadra 30, nº 16, Edifício Cristal, SL 301 / 302
CEP: 65075 770 | São Luís - MA | Brasil

as respectivas sanções" (cf. art. 4º, X), **no âmbito dos serviços prestados pelos estabelecimentos particulares de ensino, por intermédio de "agentes fiscais" investidos em cargos de provimento em comissão, atinge direta e sistematicamente a categoria econômica ora representada**, mediante a reiterada prática de ações arbitrárias e autuações abusivas que não apresentam sequer a aparência de legalidade, com flagrante desatendimento de preceitos fundamentais – notadamente aos princípios da legalidade, impessoalidade, proporcionalidade e moralidade –, em especial no tocante ao legítimo exercício do poder de polícia administrativa.

Portanto, além de não inexistir, na presente arguição, nenhuma ingerência ou intromissão indevida sobre regime jurídico de pessoal de autarquia estadual voltada à proteção e defesa de consumidores – como equivocadamente referido no parecer da Procuradoria-Geral da República –, a entidade autora, por sua própria finalidade institucional, detém o interesse de que aquela fiscalização dos serviços prestados pelas instituições de ensino, no âmbito do PROCON/MA, seja exercida dentro dos limites jurídicos consubstanciados nos princípios constitucionais da Administração Pública. Logo, legítima a atuação da autora que postula a preservação dos preceitos fundamentais da legalidade, da isonomia, da proporcionalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da segurança jurídica etc.

Cumpre, assim, ressaltar a formidável instabilidade administrativa da autarquia Interessada, decorrente da apontada situação de inconstitucionalidade, dado que, a cada mudança na administração estadual (notadamente no poder executivo), alternância esta inevitável em face do caráter eletivo, forçosamente acarretará, enquanto não controlada a situação, graves inconvenientes, entre os quais as interrupções no serviço e a desconformidade nas tarefas, ante a inexistência de um corpo administrativo efetivo (capaz, especializado e treinado), à altura de suas múltiplas tarefas. Uma situação

www.salesadv.com.br | +55 98 3227 8111 - 3268 7362
Rua Jupiter, Quadra 30, nº 16, Edifício Cristal, SL 301 / 302
CEP: 65075 770 | São Luís - MA | Brasil

lamentavelmente conhecida e em patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais: a cada mudança de governo, particularmente quando este passar para o partido adversário, verificar-se-á a "derrubada" dos servidores nomeados pelo anterior e a distribuição dos lugares entre os apaniguados do novo, num interminável círculo vicioso, como pagamento pelos serviços eleitorais prestados. Que uma tal situação favoreça, assim, a prática de desmandos e perseguições pessoais, inclusive no âmbito das fiscalizações nos estabelecimentos de ensino, é algo que salta aos olhos.

Afora toda a demonstração constante ao longo da petição inicial da relação de pertinência entre o objeto da presente arguição e a finalidade institucional da CONFENEN – e, nesse ponto, as presentes considerações são remissivas àqueles argumentos deduzidos –, afigura-se oportuno, em face da série de evasivas sobre o mérito da controvérsia ora suscitada, apresentar um breve cotejo analítico com alguns precedentes nos quais, similarmente, uma análise superficial poderia induzir em erro acerca do mencionado requisito, i.e., acerca da relação entre o objeto do controle e os direitos da classe representada pela entidade requerente.

O **primeiro precedente** é também uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Trata-se da **ADPF 323**, de relatoria do Ministro GILMAR MENDES, que teve por objeto a interpretação jurisprudencial conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho acerca duma reintrodução do princípio da ultratividade da norma coletiva no sistema jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional 45/2004.

Poder-se-ia igualmente, naquela situação, apontar uma suposta falta de pertinência temática – e com efeito, tanto a Advocacia-Geral da União, quanto

www.salesadv.com.br | +55 98 3227 8111 - 3268 7362
Rua Jupiter, Quadra 30, nº 16, Edifício Cristal, SL 301 / 302
CEP: 65075 770 | São Luís - MA | Brasil

a Procuradoria-Geral da República, de modo convergente, alegaram ser inadmissível a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) para questionar súmula de jurisprudência de tribunal superior. Uma linha de argumentação possível, **malgrado a absoluta incompatibilidade com o princípio da primazia da resolução do mérito**, sobretudo em face dos limites ainda não precisamente definidos da arguição de descumprimento de preceito fundamental.[1]

Não obstante o posicionamento então adotado pela Procuradoria-Geral da República (pelo não conhecimento da arguição), o Ministro Relator, num lapidar pronunciamento acerca da pertinência temática, esclareceu que:

> A relação de pertinência assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir –, que **não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas**. Por isso, a fixação dessa exigência parece ser defesa ao legislador ordinário federal, no uso de sua competência específica.
>
> Assinale-se que a necessidade do desenvolvimento de critérios que permitam identificar, precisamente, as entidades de classe de âmbito nacional não deve condicionar o exercício do direito de propositura da ação por parte das organizações de classe à demonstração de um interesse de proteção específico, nem levar a uma radical adulteração do modelo de controle abstrato de normas. (...) Uma tal restrição ao direito de propositura não se deixa compatibilizar, igualmente, com a natureza do controle abstrato de normas e criaria uma injustificada diferenciação entre

[1] Cf. ADPF 87 MC, Relator: Min. GILMAR MENDES, julgado em 31/03/2006, publicado em DJ 06/04/2006 PP-00049 RDDP n. 39, 2006, p. 190-192.

www.salesadv.com.br | +55 98 3227 8111 - 3268 7362

Rua Jupiter, Quadra 30, nº 16, Edifício Cristal, SL 301 / 302
CEP: 65075 770 | São Luís - MA | Brasil

> os entes ou órgãos autorizados a propor a ação, diferenciação esta que não encontra respaldo na Constituição. (destaquei)

Para, afinal, concluir acertadamente que:

> Em relação à pertinência temática, assiste razão à requerente ao apontar que a interpretação judicial conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª e da 2ª Região, em múltiplas decisões que aplicam o princípio da ultratividade da norma coletiva, **atinge diretamente os estabelecimentos particulares de ensino de todo o país no aspecto da solução de conflitos coletivos de trabalho**, dificultando a negociação. (negritei)

Tais considerações, expendidas no âmbito da **ADPF 323**, em decisão proferida pelo Ministro GILMAR MENDES, são perfeitamente aplicáveis ao presente caso concreto: na medida em que, aqui, se pretende prevenir e reparar uma manifesta situação de lesão a preceito fundamental decorrente do exercício do poder de polícia administrativa por servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão, cujas atribuições sequer foram definidas na Lei Estadual 10.305/2015, coibindo, assim, a atuação arbitrária da fiscalização promovida pela autarquia Interessada no âmbito dos serviços prestados pelos estabelecimentos particulares de ensino. Evidente, portanto, na presente arguição, a defesa dos interesses da categoria dos estabelecimentos de ensino privados.

Outro precedente deveras significativo foi uma ação direta de inconstitucionalidade, também proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Trata-se da **ADI 3710**, de relatoria do Ministro JOAQUIM BARBOSA, que teve por **objeto** uma **lei estadual** que dispunha

www.salesadv.com.br | +55 98 3227 8111 - 3268 7362
Rua Jupiter, Quadra 30, nº 16, Edifício Cristal, SL 301 / 302
CEP: 65075 770 | São Luís - MA | Brasil

sobre o **uso gratuito de áreas de estacionamento** em shopping centers, hipermercados, instituições de ensino, rodoviárias e aeroportos.

Tal qual no presente caso, por não serem atingidas pela lei estadual apenas as instituições de ensino e, sobretudo, pela prestação do serviço de estacionamento não ser a principal atividade dos estabelecimentos escolares representados pela entidade autora foi questionada a pertinência temática. Contudo, o Ministro Relator, também numa decisão lapidar, consignou em seu voto:

> (...) observo que a Corte, em ações diretas também ajuizadas pela CONFENEN **decidiu examinar o objeto da ação em sua integralidade, mesmo que a decisão afetasse ao final interesses de outras classes**. Por exemplo, na ADI 1.472 (rel. min. Ilmar Galvão, pleno, 05.09.2002), em que a declaração de inconstitucionalidade tornou nulas as restrições à cobrança também em estabelecimentos de saúde. (destaquei)

Para, com o brilhantismo contumaz, concluir que:

> Assim, o que parece ser relevante no caso é que, tratando-se de arguição de inconstitucionalidade formal, ainda que se exija inicialmente a demonstração da pertinência temática para a verificação da legitimidade, a declaração de inconstitucionalidade formal poderá afetar toda a norma, ainda que tenha repercussão sobre outras classes não representadas pela entidade requerente. Por esse aspecto revela-se o interesse institucional do controle de inconstitucionalidade formal.

Tais considerações, expendidas no âmbito da **ADI 3710**, em voto proferido pelo Ministro JOAQUIM BARBOSA (acompanhado, na superação da

preliminar, integralmente pelos Senhores Ministros RICARDO LEWANDOWSKI, CARLOS BRITTO, ELLEN GRACIE, CEZAR PELUSO, GILMAR MENDES e, no mérito, por unanimidade do Pleno) são perfeitamente aplicáveis ao presente caso concreto: ainda que as atividades de fiscalização e aplicação de sanções, no exercício do poder de polícia administrativa pela autarquia Interessada, não atinjam somente os estabelecimentos de ensino, mas qualquer pessoa física ou jurídica enquadrada no conceito genérico de "fornecedor", na prática, também no presente caso, *"torna-se inviável a cisão da ação para dela conhecer apenas em relação aos dispositivos que guardem pertinência temática com os estabelecimentos de ensino"* (**ADI 3710**, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00057 EMENT VOL-02273-01 PP-00106).

O que não se pode negar é que a fiscalização efetuada exclusivamente por intermédio de agentes nomeados para cargos de provimento em comissão e posteriormente designados em violação ao disposto no art. 37, V, da Constituição (cf. a série de Diários Oficiais do Poder Executivo do Maranhão, constante nos autos) – e não por servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo em virtude de concurso público (art. 37, II, da Constituição) – afete também, diretamente, a categoria ora representada, responsável pela prestação de serviços educacionais e, como tal, sujeita ao poder de polícia administrativa da autarquia Interessada.

Desse modo, também com base nos precedentes supracitados, resta devidamente caracterizada a pertinência temática entre os fins sociais da CONFENEN e o objeto da presente arguição, já que este envolve a questão relativa à legalidade da fiscalização das atividades da categoria ora representada (prestação de serviços educacionais) efetuada pelos agentes da autarquia criada pela Lei Estadual 10.305/2015.

www.salesadv.com.br | +55 98 3227 8111 - 3268 7362
Rua Jupiter, Quadra 30, nº 16, Edifício Cristal, SL 301 / 302
CEP: 65075 770 | São Luís - MA | Brasil

Ademais, ressalte-se, ao longo da petição inicial já foram articuladas de forma bastante meticulosa toda a série de questões preliminares ao mérito, propriamente dito,[2] com o que todas as objeções, pretextos e evasivas, que procuram tornar o processo um mecanismo destinado a impedir que o caso concreto seja solucionado, já se encontram impugnadas.

Com efeito, a pertinência temática resta evidenciada, ainda, com as próprias afirmações do Presidente do PROCON/MA, na medida em que, bem compreendidas, apenas corroboram a atuação contrária às instituições de ensino, mediante a deliberada prática de desmandos e perseguições pessoais no âmbito das fiscalizações efetuadas, numa tentativa de inverter os fatos, irrogando aos estabelecimentos de ensino, que estão na base da CONFENEN, um famigerado – absolutamente inexistente – "*intuito de se esquivar de prestar os devidos esclarecimentos aos seus consumidores em relação a nossas ações ante as condutas abusivas praticadas por algumas instituições de ensino do Maranhão*" (cf. Resposta ao Ofício n° 345/2017-GAB/PGE/MA, constante nos autos).

II – ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

De modo geral, em decorrência do princípio da subsidiariedade, a arguição de descumprimento apenas é excluída quando existe meio capaz de tutelar o direito objetivo mediante decisão dotada de efeitos gerais e vinculantes, i.e., por meio de ação que se destina ao controle abstrato de constitucionalidade, como as ações de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade.[3]

[2] Prática de atos de nomeação e designação de um contingente indeterminado de comissionados que, ao violarem os deveres de impessoalidade, legalidade etc., atentam contra preceitos fundamentais consubstanciados nos princípios da administração pública.
[3] MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de direito constitucional, p. 1271.

Contudo, respeitáveis precedentes desse Egrégio Supremo Tribunal Federal admitem a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade no âmbito do controle abstrato de inconstitucionalidade.

Senão, veja-se: *"É lícito conhecer de ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental,* ***quando coexistentes todos os requisitos de admissibilidade desta, em caso de inadmissibilidade daquela"*** (ADI 4163, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 29/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 28-02-2013 PUBLIC 01-03-2013).

Com efeito, como anotado por ALEXANDRE DE MORAES (Direito constitucional, p. 809), esse Colendo Supremo Tribunal Federal, ante a impossibilidade de se conhecer da ação como ADPF, em face do princípio da subsidiariedade, permitiu o aproveitamento do feito (fungibilidade), recebendo arguição de descumprimento de preceito fundamental como ação direta de inconstitucionalidade, em célebre decisão plenária, cuja ementa segue transcrita:

> QUESTÃO DE ORDEM EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PORTARIA Nº 156, DE 05.05.05, DA SECRETARIA EXECUTIVA DA FAZENDA DO ESTADO DO PARÁ. FIXAÇÃO, PARA FINS DE ARRECADAÇÃO DE ICMS, DE NOVO VALOR DE PREÇO MÍNIMO DE MERCADO INTERESTADUAL PARA O PRODUTO CARVÃO VEGETAL. ARTS. 150, I, II E V, 152 E 155, § 2º, XII, i, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O ato normativo impugnado é passível de controle concentrado de constitucionalidade pela via da ação direta. Precedente: ADI 349, rel. Min. Marco Aurélio. Incidência, no caso, do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99; 2. **Questão de ordem resolvida com o aproveitamento do feito como ação direta de inconstitucionalidade, ante a perfeita satisfação dos requisitos**

exigidos à sua propositura (legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido), bem como a relevância da situação trazida aos autos, relativa a conflito entre dois Estados da Federação. (ADPF 72 QO, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2005, DJ 02-12-2005 PP-00002 EMENT VOL-02216-1 PP-00001 LEXSTF v. 28, n. 325, 2006, p. 170-175)

Traga-se, também, à colação o douto entendimento perfilhado por HELY LOPES MEIRELLES (Mandado de segurança, p. 508), perfeitamente aplicável, dado a similitude, à hipótese ora tratada: *"no caso de uma omissão parcial há uma conduta positiva, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade, em princípio, da aferição da legitimidade do ato defeituoso ou incompleto no processo de controle de normas, ainda que abstrato. Tem-se, pois, aqui, uma relativa mas* ***inequívoca fungibilidade entre a ação de inconstitucionalidade – direta ou no contexto da arguição de descumprimento – e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que as duas espécies – o controle de normas e o controle da omissão – acabam por ter, formal e substancialmente, o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude****"*.[4]

Dessa forma, considerando que o princípio da segurança jurídica resta seriamente ameaçado e que a inconstitucionalidade do ato do Poder Público ora questionado reside na sua incompletude, estando devidamente presentes os pressupostos de admissibilidade, este Egrégio Supremo Tribunal poderá, conforme seu prudente entendimento, conhecer da presente arguição de descumprimento como ação direta de inconstitucionalidade por omissão parcial, com o aproveitamento do feito em aplicação do princípio da fungibilidade.

[4] No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional, p. 1215.

www.salesadv.com.br | +55 98 3227 8111 - 3268 7362
Rua Jupiter, Quadra 30, nº 16, Edifício Cristal, SL 301 / 302
CEP: 65075 770 | São Luís - MA | Brasil

A hipótese afigura-se perfeitamente plausível. Senão, veja-se:

É possível, como no presente caso, violar a Constituição deixando de praticar um ato que ela exigia (como o concurso público para investidura em cargo público ou a delimitação legal das atribuições e competências dos agentes fiscais da autarquia Interessada, por exemplo): assim, indubitável que a Constituição é suscetível de violação por via de omissão, por uma inércia ilegítima.[5]

Nesse sentido, pertinente o ensinamento de LUÍS ROBERTO BARROSO (Curso de direito constitucional contemporâneo, p. 246) sobre o tema: *"A inconstitucionalidade por omissão, como um fenômeno novo, que tem desafiado a criatividade da doutrina, da jurisprudência e dos legisladores, é a que se refere à inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização dos comandos constitucionais. (...)* ***nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão****"*.

No presente caso, a situação é ainda mais "desafiadora": dado que o censurável silêncio transgressor do poder público ocorre somente em parte, i.e., o Poder Público atua, mas de forma incompleta ou deficiente, sem atender fielmente aos termos exigidos pela Constituição,[6] a solução adotada deverá ser mais "criativa" ainda, eis que, na prática, a Lei Estadual 10.305/2015, pela inconstitucionalidade em razão de sua incompletude, termina por conferir vantagem albergada na norma constitucional apenas a grupo ou parcela de pessoas,[7] quais sejam: um contingente de

[5] Cf. BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo, pp. 245-246. NO MESMO SENTIDO: o atendimento insatisfatório ou incompleto de exigência constitucional de legislar configura, sem dúvida, afronta à Constituição. A afirmação de que o legislador não cumpriu integralmente dever constitucional de legislar contém, implícita, uma censura da própria normação positiva (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança p. 390).
[6] Cf. FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas, p. 82. No mesmo sentido: CUNHA JUNIOR, Dirley. Controle judicial das omissões do Poder Público, p. 122.
[7] Configurando, assim, caso típico de omissão parcial (cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de direito constitucional, p. 1290).

comissionados(mais de 600 cargos), prosélitos e apaniguados que, se aproveitando da situação lacunosa, arrogam-se nas mais diversas funções, poderes e competências.

Nesse quadro realmente desolador, considerando-se o entendimento de que a ação de inconstitucionalidade por omissão impede a elaboração judicial da norma que incumbia ao legislador, afigura-se inteiramente razoável, como alternativa, a **possibilidade do uso da arguição de descumprimento de preceito fundamental**.

E, mais ainda, esta possibilidade, que então teria a completa anuência da regra da subsidiariedade, conta com a aplicação do art. 10, caput, da Lei 9.882/1999, o qual dispõe que: *"Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados,* ***fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental****"*.[8]

Portanto, o reconhecimento de que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não seria, em princípio, eficaz para sanar a alegada lesividade, como já verificado anteriormente no âmbito deste Supremo Tribunal Federal,[9] determinou a opção da Requerente pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como o instrumento constitucional mais adequado para solver, de forma ampla, geral e imediata, a situação de inconstitucionalidade apontada em razão da omissão parcial.[10]

Contudo, reitere-se: caso seja outro o entendimento dessa Colenda Corte Suprema, requer seja então aplicado o princípio da fungibilidade, com o aproveitamento do feito, consoante as considerações feitas acima.

---

[8] Cf., no mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de direito constitucional, pp. 1291-1292.
[9] cf. votos dos Senhores Ministros CELSO DE MELLO, MARCO AURÉLIO, SEPÚLVEDA PERTENCE, ILMAR GALVÃO e NÉRI DA SILVEIRA, na ADPF 4 MC, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2006, DJ 22-09-2006 PP-00028 EMENT VOL-02248-01 PP-00001 LEXSTF v. 28, n. 335, 2006, p. 157-180.
[10] Permitindo, inclusive, que este Colendo Tribunal seja provocado com base em dados concretos, e não em simples disputa teórica (cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional, p. 1202).

III – CONSIDERAÇÕES RELEVANTES

No ensejo, afigura-se oportuno, também, pelo teor das objeções até o momento apresentadas, esclarecer que, a par da inconstitucionalidade material das hoje centenas de nomeações para cargos comissionados sem quaisquer atribuições de direção, chefia e assessoramento, trata-se, ademais, na presente arguição, de uma situação de inconstitucionalidade por omissão parcial, em virtude da inobservância do preceito fundamental consubstanciado no art. 37, II, da Constituição, e da omissão das autoridades competentes na adoção das providências necessárias à efetivação do art. 13, parágrafo único, da própria Lei Estadual 10.305/2015, como detalhadamente exposto na petição inicial.

Acerca da inconstitucionalidade material dos "anexos" introduzidos pela Lei Estadual 10.438/2016, importa registrar – e informar – que, atualmente, a indicada situação de lesão a preceito fundamental encontra-se deveras agravada, sobretudo pela edição do Decreto nº 32.731, de 23 de março de 2017, que dispôs sobre a organização administrativa do PROCON/MA (ora reproduzido em anexo). Isto porque, a partir das alterações na estrutura orgânica do Executivo local determinadas pela Medida Provisória nº 229, de 02 de fevereiro de 2017, foram introduzidos mais quatro "anexos", em **adição àqueles três estabelecidos um ano antes pela Lei Estadual 10.438/2016, criando, por ato administrativo, um total de 637 (SEISCENTOS E TRINTA E SETE), APENAS DE CARGOS COMISSIONADOS, integrantes da estrutura organizacional do PROCON/MA (cf. supracitados atos normativos ora reproduzidos em anexo)**.

O pretexto para tamanho inchaço no contingente da autarquia – mediante a ampliação desmedida do número de cargos comissionados (cf. "anexos" do

www.salesadv.com.br | +55 98 3227 8111 - 3268 7362
Rua Jupiter, Quadra 30, nº 16, Edifício Cristal, SL 301 / 302
CEP: 65075 770 | São Luís - MA | Brasil

Decreto nº 32.731, de 23 de março de 2017) –, como referido acima, foi a "fusão" do PROCON/MA, determinada pela Medida Provisória nº 229, de 02 de fevereiro de 2017, com um "órgão atípico" (sic) – **na realidade um serviço** – "desconcentrado sob regime de autonomia relativa", integrante da estrutura do Executivo local, originalmente denominado "Shopping do Cidadão" (quando de sua criação pelo Decreto nº 15.611, de 13 de junho de 1997) e que, posteriormente, assumiu a atual denominação de "Viva Cidadão" por meio do Decreto nº 17.972, de 25 de maio de 2001.

Deste modo, a mencionada "fusão"(sic), malgrado servir de pretexto para a formidável criação e aumento de cargos exclusivamente comissionados previstos nos "anexos" do ato administrativo, Decreto nº 32.731, de 23 de março de 2017 – em absoluto desacordo com o estabelecido no art. 37, II e V da CF e na própria Lei Estadual 10.305/2015 (art. 13) –, trouxe, com efeito, para o quadro da autarquia Interessada, certo número de servidores de incomprovado vínculo efetivo com a administração, bem como mais outros tantos em cargos comissionados, oriundos daquele "órgão atípico", referidos numa lista constante nos autos (cf. informações prestadas pela autoridade responsável).

Sucede que, em face das informações até o momento prestadas, faltam maiores esclarecimentos por parte dos órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato, eis que tão-somente foram indicados oficiosamente a matrícula, nome e pretensa situação (eis que ausente quaisquer comprovação da investidura) dos integrantes desse contingente incorporado após a "fusão" determinada pela Medida Provisória nº 229, de 02 de fevereiro de 2017. Isto é evidente haja vista que os quatro "anexos" do Decreto nº 32.731, de 23 de março de 2017 (cf. publicação em anexo) e das Leis Estaduais n.º 10.305/2015 e 10.438/2016, **preveem apenas quadros de cargos comissionados**.

Também é de notório conhecimento – considerando, em tese, a necessária publicação oficial dos atos praticados pelos órgãos e autoridades responsáveis – que os servidores apontados como "efetivos", em sua totalidade oriundos do quadro de pessoal do "Viva Cidadão", exercem funções de vigia, auxiliar de serviços gerais, telefonista etc., as quais, sem nenhum demérito de tais atribuições, não se confundem, contudo, com a relevante incumbência de "fiscalizar a execução das leis de defesa do consumidor e aplicar as respectivas sanções" (cf. art. 4º, X, da Lei Estadual 10.305/2015), por exemplo. Afinal, é igualmente vedado pelo preceito fundamental consubstanciado no art. 37, II, da Constituição, a eventual ascensão/promoção de servidores públicos para outros cargos diversos daquele para o qual foi originalmente admitido.

Acerca da também indicada situação de inconstitucionalidade por omissão parcial, i.e., decorrente da ausência de providências no sentido de viabilizar os princípios do concurso público e da especialidade da competência, cabe registrar que a edição dos supracitados **ATOS ADMINISTRATIVOS** – quais sejam: o Decreto nº 32.731, de 23 de março de 2017, e a Medida Provisória nº 229, de 02 de fevereiro de 2017 – vieram agravar ainda mais a contumaz violação aos preceitos fundamentais, pormenorizada ao longo da petição inicial, e confirmar a alegada urgência na concessão do pedido liminar de **interpretação conforme** o texto constitucional ao art. 1º, parte final, da Lei Estadual 10.305/2015, para que onde se lê "decreto", se entenda "lei de iniciativa do chefe do poder executivo".

Afinal, reitere-se: a menção aos *"Estatutos, a serem aprovados por Decreto"*, constante no art. 1º, parte final, da Lei Estadual 10.305/2015, **há de ser objeto de uma interpretação conforme o texto constitucional e modulação dos efeitos da norma, por parte desta Egrégia Corte Suprema,** eis que, a rigor, em decorrência do

próprio princípio da especialidade da competência (art. 37, XIX, da Constituição), bem como do postulado da supremacia da lei, dos princípios da reserva legal (art. 5º, II, c/c art. 61, § 1º, II, "a", c/c art. 84, IV, da Constituição) e da simetria constitucional, não se trata de um "decreto", propriamente dito, nem tampouco de medida provisória, resolução ou portaria administrativa (como lamentavelmente verificado no desdobramento do caso concreto); mas de uma lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual, por tratar-se, justamente, da criação de cargos e funções na administração autárquica.

Por fim, ressalte-se que, na resposta apresentada pelo Presidente do PROCON/MA ao Procurador-Geral do Estado do Maranhão, a menção a um presumido *"intuito de se esquivar de prestar os devidos esclarecimentos aos seus consumidores em relação a nossas ações ante as condutas abusivas praticadas por algumas instituições de ensino do Maranhão"*, igualmente, apenas corrobora a prática de desmandos e perseguições pessoais no âmbito das fiscalizações efetuadas nos estabelecimentos de ensino, veiculadas com estardalhaço midiático para fins de autopromoção, por diversas vezes referida ao longo da petição inicial, praticamente sob a forma duma confissão do agente responsável (cf. Resposta ao Ofício n° 345/2017-GAB/PGE/MA, constante nos autos).

Do mesmo modo, a afirmação de que *"todos os servidores que exercem o cargo de agente fiscal foram designados para tal função (doc. I) como manda o decreto 2.181/97, em seus art. 9° e 10"* não tem nenhuma razoabilidade jurídica, eis que tal condição, de **servidor sem vínculo efetivo** com a administração, ainda que não constitua nenhum "demérito" em si mesmo, **constitui, sim, um intransponível *"óbice ao exercício da função fiscalizatória deste Órgão"*** – não podendo, portanto, ser "designado" para tal função e exercício do poder de polícia administrativa, ao contrário do alegado pelo seu Presidente, que neste particular confessa, a um só tempo, a burla ao princípio do

www.salesadv.com.br | +55 98 3227 8111 - 3268 7362
Rua Jupiter, Quadra 30, nº 16, Edifício Cristal, SL 301 / 302
CEP: 65075 770 | São Luís - MA | Brasil

concurso público, o exercício do poder de polícia por servidores não efetivos, bem como aos demais preceitos constitucionais indicados na exordial.

Também aqui a petição inicial já impugna de antemão tais argumentos pela específica referência a contumazes tentativas de se conferir uma aparência de legalidade à prática do "spoils system" e demais arbitrariedades praticadas no âmbito da autarquia Interessada, mediante a mera invocação do art. 10 do Decreto 2.181/1997 (tal como exemplificado na resposta apresentada pelo Presidente da autarquia Interessada, constante nos autos). E isto porque o mencionado art. 10 do Decreto 2.181/1997 dispõe expressamente que a fiscalização será efetuada por agentes fiscais "vinculados aos respectivos órgãos de proteção e defesa do consumidor" – leia-se: servidores com vínculo efetivo.[11]

Feitas tais considerações sobre a condição atual da situação de inconstitucionalidade verificada no caso concreto, no mais, reiteram-se todas as alegações e pedidos formulados na petição inicial, em especial o de apreciação e concessão do pedido de medida liminar, na forma da Lei 9.882/1999 (art. 5º, *caput*, § 3º).

IV – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEVIDA ATUAÇÃO DA PGR NO PRESENTE CASO, ANTE A RELEVÂNCIA DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL SUSCITADA

Registre-se, por fim e com a devida vênia, que a despeito da tergiversação sobre o mérito da presente arguição no parecer apresentado pela Procuradoria-Geral da República (cf. pedido de nova vista para manifestar-se quanto ao

[11] NESSE SENTIDO: "(...) referido dispositivo, ao dispor que a fiscalização será efetuada por agentes fiscais, oficialmente designados, vinculados aos respectivos órgãos de proteção e defesa do consumidor, no âmbito estadual, devidamente credenciados mediante Cédula de Identificação Fiscal (cf. art. 10 do Decreto 2.181/1997), refere-se, sem sombra de dúvida, a servidores de vínculo efetivo com a respectiva entidade – i.e., por servidores concursados. Este o sentido da expressão "vinculados aos respectivos órgãos de proteção e defesa do consumidor", constante no art. 10 do Decreto 2.181/1997" (cf. termos da petição inicial).

mérito, formulado na referida manifestação), é indubitável que, ao tomar conhecimento dos termos da petição inicial e da documentação reproduzida nos autos do processo, a própria Procuradora-Geral da República, em face da relevância da matéria constitucional e da legitimidade conferida pelo art. 103, VI, da Constituição, deveria tomar a frente para, de ofício, instaurar o controle concentrado de constitucionalidade da lei estadual ora questionada, mediante ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, caso realmente perfilhe o entendimento duma *"absoluta impropriedade do meio utilizado para impugnar dispositivos de leis estaduais posteriores à Constituição da República"* (cf. termos do parecer apresentado pela PGR).

Assim, consideradas as funções institucionais da Procuradoria-Geral da República, REQUER, em qualquer hipótese, seja recebida a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, ao menos, como notícia e representação para a tomada das providências e medidas que o ilustre órgão ministerial entender cabíveis ante as gravíssimas irregularidades aqui noticiadas e fartamente comprovadas mediante irrefutada documentação constante dos autos (cf. nomeações para cargos em comissão, publicadas no Diário Oficial do Poder Executivo local).

V – REITERAÇÃO DOS PEDIDOS FORMULADOS NA PETIÇÃO INICIAL

DO EXPOSTO, ratifica todos os pedidos formulados na petição inicial, em especial o de apreciação e concessão do pedido de medida liminar, na forma da Lei 9.882/1999 (art. 5º, caput, § 3º).

Termos em que pede deferimento.

São Luís/MA, 23 de outubro de 2017.

Edgard Carvalho Sales Neto
OAB/MA n.º 5.336