

CÍVEL**Constitucional – Administrativo – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Anexos III e IX, Lei Complementar nº 01/10, do Município de Analândia, com as alterações da Lei Complementar nº 02/2012 – Servidor público – Provimento em comissão – Regime celetista – Assessor Jurídico, Diretor de Recursos Humanos, Diretor Clínico e Diretor de Hospital – Funções profissionais – Regime estatutário – Procedência da ação**

1. É inconstitucional o provimento em comissão para atribuições inerentes à advocacia pública, cujo provimento deve ser efetivo mediante aprovação em concurso público (arts. 98, 99, 101, 111 e 115, II e V, CE/89). 2. Demais postos cujas funções são profissionais e não autorizam o provimento em comissão (arts. 111 e 115, II e V, CE/89). 3. O regime celetista é incompatível com o provimento comissionado por cercear a liberdade de exoneração. 4. Procedência da ação.

Nilo Spinola Salgado Filho

Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico – SP _____

PARECER EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Eminente Relator,

Colendo Órgão Especial,

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo eminente Procurador-Geral em face das expressões “Assessor Jurídico”, “Diretor de Recursos Humanos”, “Diretor Clínico” e “Diretor de Hospital” dos Anexos III e IX da Lei Complementar nº 01/10, do Município de Analândia, com as alterações da Lei Complementar nº 02/12, por incompatibilidade com os arts. 98, 99, 101, 111 e 115, II e V, da Constituição Estadual. Concedida liminar, o douto Procurador-Geral do Estado se absteve da defesa das normas impugnadas e a Câmara Municipal de Analândia prestou informações, decorrendo *in albis* o prazo respectivo ao Prefeito Municipal.

2. É o relatório.

3. Os arts. 98, §§ 1º e 2º, 100, parágrafo único, 111 e 115, II e V, da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força de seu art. 144,

foram inquestionavelmente violados, na previsão de provimento comissionado de “Assessor Jurídico”.

4. As atividades de advocacia pública, inclusive a assessoria e a consultoria e suas respectivas chefias, são reservadas a profissionais investidos mediante aprovação em concurso público. É o que se infere dos arts. 98 a 100 da Constituição Estadual que se reportam ao modelo traçado no art. 132 da Constituição Federal ao tratar da advocacia pública estadual.

5. Os preceitos constitucionais (central e radial) cunham a exclusividade e a profissionalidade da função aos agentes respectivos investidos mediante concurso público, inclusive a chefia do órgão, cujo agente deve ser nomeado e exonerado *ad nutum* dentre os seus integrantes, o que é reverberado pela jurisprudência (STF, ADI-MC 881-ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 02-08-1993, m.v., DJ 25-04-1997; STF, ADI 159-PA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Octavio Gallotti, 16-10-1992, m.v., DJ 02-04-1993; STF, ADI 4.261-RO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, 02-08-2010, v.u., DJe 20-08-2010, RT 901/132; STF, ADI 2.581-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, 16-08-2007, m.v., DJe 15-08-2008).

6. Quanto aos demais postos cujo provimento comissionado foi previsto, a lei também padece de inconstitucionalidade.

7. Tratando-se de funções de natureza profissional é inadequado o provimento em comissão, como se verifica da descrição de suas atribuições, porque o provimento comissionado é reservado à funções de assessoramento, chefia e direção. Chamo a atenção para a identidade das atribuições de cargos ou empregos de provimento efetivo existentes no quadro, como exposto na petição inicial.

8. A jurisprudência proclama a inconstitucionalidade de leis que criam cargos de provimento em comissão que possuem atribuições técnicas, burocráticas ou profissionais, ao exigir que elas demonstrem, de forma efetiva, que eles tenham funções de assessoramento, chefia ou direção (STF, ADI 3.706-MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, v.u., DJ 05-10-2007; STF, ADI 1.141-GO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, 29-08-2002, v.u., DJ 29-08-2003, p. 16; STF, AgR-ARE 680.288-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, 26-06-2012, v.u., DJe 14-08-2012; STF, AgR-AI 309.399-SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Informativo STF 663; STF, AgR-RE 693.714-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, 11-09-2012, v.u., DJe 25-09-2012; STF, ADI 4.125-TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, 10-06-2010, v.u., DJe 15-02-2011).

9. Por fim, o provimento comissionado é incompatível com o regime celetista por cercear a liberdade de exoneração, conforme iterativos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal:

“(...) 4. Além dessa inconstitucionalidade formal, ocorre, também, no caso, a material, pois, impondo uma indenização em favor do exonerado, a norma estadual condiciona, ou ao menos restringe, a liberdade de exoneração, a que se refere o inc. II do art. 37 da C.F.” (STF, ADI 182-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, 05-11-1997, v.u., DJ 05-12-1997, p. 63.902).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA PAGA PELOS COFRES PÚBLICOS POR OCASIÃO DA EXONERAÇÃO OU DISPENSA DE QUEM, SEM OUTRO VÍNCULO COM O SERVIÇO PÚBLICO, SEJA OCUPANTE DE FUNÇÃO OU CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE EXONERAÇÃO, ART. 287 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. 1. A nomeação para os cargos em comissão é feita sob a cláusula expressa de livre exoneração. A disposição que prevê o pagamento pelos cofres públicos de indenização compensatória aos ocupantes de cargos em comissão, sem outro vínculo com o serviço público, por ocasião da exoneração ou dispensa, restringe a possibilidade de livre exoneração, tal como prevista no art. 37, II, combinado com o art. 25 da Constituição Federal. 2. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade e a conseqüente ineficácia do art. 287 da Constituição do Estado de São Paulo, desde a sua promulgação” (STF, ADI 326-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Paulo Brossard, 13-10-1994, m.v., DJ 19-09-1997, p. 45.526).

10. Face ao exposto, opino pela procedência da ação.

São Paulo, 05 de maio de 2014

Nilo Spinola Salgado Filho, Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico

Constitucional – Administrativo – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 1.999, de 28 de março de 2006, do Município de Presidente Epitácio – Distância para instalação e funcionamento de igrejas, templos e casas de culto – Violação à liberdade religiosa – Ausência de razoabilidade

1. A laicidade do Estado brasileiro é ponto luminoso no regime de liberdades fundamentais, dentre elas a religiosa.
2. O estabelecimento de distância entre igrejas, templos e casas de culto é ato que embaraça a liberdade religiosa e não possui razoabilidade.
3. Violação dos arts. 111 e 144, CE/89.

Márcio Fernando Elias Rosa

Procurador-Geral de Justiça – SP _____

PROTOCOLADO Nº 54.354/13

Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, no exercício da atribuição prevista no art. 116, VI, da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo), em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 129, IV, da Constituição Federal, e, ainda, nos arts. 74, VI, e 90, III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado, vem, respeitosamente, perante esse Egrégio Tribunal de Justiça, promover a presente AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE em face da Lei nº 1.999, de 28 de março de 2006, do Município de Presidente Epitácio, pelos fundamentos a seguir expostos:

I – O Ato Normativo Impugnado

1. A Lei nº 1.999, de 26 de março de 2006, tem o seguinte teor:

“Art. 1º - Fica proibida a instalação e funcionamento de igrejas, templos e casas de culto, ainda que da mesma doutrina:

I – na face da quadra onde já instalada e funcionando outra entidade religiosa;

II – na face da quadra que faz frente com a frente de uma outra entidade religiosa, já instalada e em funcionamento.

§ 1º - Fica o Poder Executivo proibido de expedir habite-se e/ou alvará de funcionamento em decorrência do disposto no caput deste artigo.

§ 2º - Não se aplica as normas da presente lei, às entidades enumeradas no caput, já instaladas e em funcionamento.

Art. 2º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário” (fl. 33).

II – O Parâmetro da Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade

2. A lei impugnada contraria frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal, por sua incompatibilidade com os seguintes preceitos da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios por força de seu art. 144:

“Artigo 111. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

(...)

Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição”.

3. O art. 144 da Constituição Estadual, que determina a observância na esfera municipal, além das regras da Constituição Estadual, dos princípios da Constituição Federal, é denominado “norma estadual de caráter remissivo, na medida em que, para a disciplina dos limites da autonomia municipal, remete para as disposições constantes da Constituição Federal”, como averbrou o Supremo Tribunal Federal ao credenciar o controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal por esse ângulo (STF, Rcl 10.406-GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, 31-08-2010, DJe 06-09-2010; STF, Rcl 10.500-SP, Rel. Min. Celso de Mello, 18-10-2010, DJe 26-10-2010).

4. Daí decorre a possibilidade de contraste de lei ou ato normativo local com o art. 144 da Constituição Estadual por sua remissão à Constituição Federal e a seus arts. 5º, VI e 19, I, que assim dispõe:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

(...)

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

5. A lei local não é compatível com o princípio da razoabilidade, inscrito no art. 111 da Constituição Estadual, e que exige dos atos normativos padrões como justiça, bom senso, racionalidade, logicidade, coerência, proporcionalidade, e isonomia, interditando medidas arbitrárias e destituídas de interesse público e pautando a igualdade na lei, consistente na proibição de normas discriminatórias desarrazoadas, como reflexo da cláusula do *substantive due process of law*.

6. A Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos aspectos substantivo e processual nos incisos LIV e LV do art. 5º, respectivamente. Em sua evolução histórica, o princípio do *due process of law* dilatou sua compreensão processual ou adjetiva (garantia de um procedimento judicial justo, com direito de defesa) para, *a latere*, uma conceituação substantiva ou material no direito norte-americano, como limitação do mérito das ações estatais, exigente da elaboração normativa com justiça, *reasonableness* (razoabilidade) e *rationality* (racionalidade), devendo ostentar real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. No direito germânico, o princípio da proporcionalidade (proibição do excesso) impõe a avaliação da compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais. No fundo, entrosam-se tais conceitos com a dimensão da igualdade na lei (proibição de normas discriminatórias desarrazoadas) e perante a lei (vedação da execução da norma com tratamento discriminatório desarrazoado).

7. Por força desse princípio é necessário que a norma passe pelo denominado “teste de razoabilidade”, de maneira que preencha os seguintes elementos: adequação (aptidão a produção do resultado desejado), necessidade (infungibilidade por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcionalidade em sentido estrito (relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

8. Ora, não há na lei enfocada qualquer elemento razoável para se arquivar a discriminação nela contida. Se é lícita ao Município a disciplina do uso e da ocupação do solo urbano, discriminações daí geradas devem ter justificativa racional que as sustente.

9. A restrição ao uso da propriedade demanda razoabilidade. Se, por exemplo, são estabelecidas distâncias mínimas entre estabelecimentos comerciais de idêntico ramo empresarial, elas são justificadas racionalmente pela proteção ao consumidor, inibindo a concentração e o distanciamento. Ou entre postos de revenda de combustíveis por motivo de segurança (RTJ 191/707) ou entre eles e igrejas, escolas, supermercados (RTJ 180/1.144). Portanto, demanda a existência de relação entre o fator ou elemento discriminante, o *discrimen* e a finalidade da discriminação, ou seja, “impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo” (CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 49).

10. A diferenciação feita pelo legislador só será possível quando, objetivamente, constatar-se um fator de *discrimen* que dê razoabilidade à diferenciação de tratamento contida na lei, pois a igualdade pressupõe um juízo de valor e um critério justo de valoração, proibindo o arbítrio, que ocorrerá “quando a disciplina legal não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável” (J. J. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 3ª ed., 1998, p. 400-401).

11. O estabelecimento de distância entre igrejas, templos e casas de culto é ato que não possui razoabilidade, porque não se detecta objetivamente razão alguma para os centros de prática religiosa guardarem entre si determinadas distâncias.

12. Não bastasse, a laicidade do Estado brasileiro é ponto luminoso no regime de liberdades fundamentais, dentre elas a religiosa.

13. Esse é um direito fundamental a que os Municípios estão vinculados, devendo assegurar a liberdade de culto e a proteção a seus locais, sendo-lhes vedado embaraçar seu funcionamento.

14. A lei local, todavia, dificulta a instalação e o funcionamento de templos religiosos, inibindo tanto o estabelecimento de locais para crenças antigas quanto para o de novas.

III – Pedido

15. Face ao exposto, requerendo o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.999, de 28 de março de 2006, do Município de Presidente Epitácio.

16. Requer-se ainda sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Presidente Epitácio, bem como posteriormente citado o Procurador-Geral do Estado para se manifestar sobre o ato normativo impugnado, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 22 de agosto de 2013

Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça

Constitucional – Administrativo – Ação Direta Inconstitucionalidade – Lei nº 3.987, de 23 de novembro de 2012, do Município de São José do Rio Pardo – Autorização para realização de convênio – Contratação de mão de obra para as unidades de saúde do município – Violação à regra do Concurso Público e da Licitação – Ofensa aos Princípios da Moralidade, Impessoalidade e Igualdade – Matéria tipicamente administrativa – Delegação inversa de poderes – Ofensa ao princípio da Separação dos Poderes.

1. A autorização legislativa para a realização de convênio com entidade privada, para contratação de mão de obra para todas as unidades de saúde, ofende a regra do concurso público, licitação, moralidade, impessoalidade e igualdade (arts. 111, 115, II e 117, CE/89). 2. A realização de convênio pelo poder executivo configura matéria tipicamente administrativa, de forma que a submissão ao poder legislativo, de projeto de lei com tal objeto, configura delegação inversa de poderes, com violação à reserva da administração e ao princípio da separação dos poderes (art. 5º, “caput”, § 1º, art. 47, II e XIV, e art. 144 da CE/89).

Márcio Fernando Elias Rosa

Procurador-Geral de Justiça – SP _____

PROTOCOLADO Nº 124.557/2013

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, no exercício da atribuição prevista no art. 116, inciso VI, da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo), em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º e art. 129, inciso IV, da Constituição Federal, e ainda no art. 74, inciso VI, e art. 90, inciso III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado, vem, respeitosamente, perante esse Egrégio Tribunal de Justiça, promover a presente AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE da Lei nº 3.987, de 23 de novembro de 2012, do Município de São José do Rio Pardo, que “Autoriza o Poder Executivo a celebrar convênio com o S.O.S – Serviços de Obras Sociais”, e, por arrastamento, da Lei nº 3.253, de 18 de dezembro de 2008, que “Autoriza o Poder Executivo a celebrar convênio visando ao desenvolvimento do Programa Saúde da Família”, pelos fundamentos que constam a seguir.

1 – Do Ato Normativo Impugnado

O objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade é a Lei nº 3.987, de 23 de novembro de 2012, que tem a seguinte redação:

“Art. 1º - Fica o chefe do Poder Executivo Municipal autorizado a celebrar Termo de Convênio e aditamentos com o S.O.S. (Serviços de Obras Sociais) de São José do Rio Pardo, para contratação de profissionais e empregados para a área de saúde em geral, para atuação em todas as unidades de saúde do Município.

Art. 2º - Os encargos que a Prefeitura vier a assumir em razão da execução do acordo correrão por conta de verbas próprias constantes no orçamento vigente, suplementadas se necessário.

Art. 3º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º - Revoga-se a Lei n. 3.253, de 18 de dezembro de 2008.”

2 – Do Parâmetro da Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade

A Lei Municipal nº 3.987/2012 contraria frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal, ante a previsão dos arts. 1º, 18, 29 e 31, da Constituição Federal.

Os dispositivos legais mencionados são incompatíveis com os seguintes preceitos da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força de seu art. 144:

“Art. 5º - São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

§ 1º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

(...)

Art. 47 - Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

(...)

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

(...)

XIV - praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;

(...)

Art. 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

(...)

Art. 115 - Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

(...)

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração;

(...)

Art. 117 - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual

somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(...)

Art. 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição”.

(...)

Note-se que o disposto nos arts. 5º, 47, II, 111, 115, II, e 117 da Constituição Estadual reproduz os arts. 2º, 37, *caput*, e incisos II e XXI, e 84, II da Constituição Federal.

De outra parte, o art. 144 da Constituição Estadual, que determina a observância na esfera municipal, além das regras da Constituição Estadual, dos princípios da Constituição Federal, é denominado “norma estadual de caráter remissivo, na medida em que, para a disciplina dos limites da autonomia municipal, remete para as disposições constantes da Constituição Federal”, como averbou o Supremo Tribunal Federal ao credenciar o controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal por esse ângulo (STF, Rcl 10.406-GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, 31-08-2010, DJe 06-09-2010; STF, Rcl 10.500-SP, Rel. Min. Celso de Mello, 18-10-2010, DJe 26-10-2010).

A – Da Violação à Regra do Concurso Público, Licitação e dos Princípios da Moralidade, Impessoalidade e Igualdade

Os dispositivos transcritos violam princípios constitucionais que exigem a realização de concurso público para acesso aos cargos e empregos na administração pública, e, por consequência, violam também a regra da acessibilidade geral, da isonomia com relação ao provimento de cargos na administração pública e da impessoalidade administrativa.

Dispensa maiores digressões a afirmação de que a realização de concurso público, para acesso aos cargos, empregos, e funções públicas, é a regra. Ela só admite exceções nas estritas hipóteses previstas na Constituição Federal e Estadual, quais sejam, (a) a nomeação para cargos de provimento em comissão previstos em lei específica de cada ente federativo (nos casos de cargos ou funções de direção, chefia ou assessoramento superior da administração, em que deva prevalecer o vínculo de especial confiança entre o servidor e o agente superior ao qual se vincule), e (b) a contratação temporária, nas hipóteses previstas em lei de cada ente federativo, para atendimento a necessidade

temporária de excepcional interesse público (cf. art. 115 II, V e X da Constituição Paulista; art. 37, I, II e IX da CR/88).

Diante disso, qualquer dispensa indevida da realização de concurso para fins de ingresso no serviço público, ou mesmo a autorização para realização de convênios que importem na terceirização do sistema de saúde municipal, são atos que significam, na prática, burla à regra do concurso.

Traduzem-se, do mesmo modo, em criação de óbice à acessibilidade de todos os cidadãos aos cargos públicos previstos em lei, e, por conseguinte, violação ao princípio da isonomia. Criam, finalmente, possibilidade de favorecimento, com quebra do princípio da impessoalidade.

No caso em exame o dispositivo impugnado nesta inicial permite que, no Município de São José do Rio Pardo, todas as pessoas que prestam serviço nas unidades de saúde do município sejam contratadas por meio da entidade S.O.S (Serviços de Obras Sociais), a qual, por sua vez, poderá contratar quem lhe aprover.

Esse permissivo legal representa evidente burla aos princípios da isonomia, da acessibilidade geral, do concurso e da impessoalidade, que devem nortear o provimento de cargos no âmbito da Administração Pública.

Nosso sistema constitucional consagrou o livre acesso aos cargos, empregos e funções públicas, na forma prevista em lei, e a submissão prévia a concurso público, ressalvadas, evidentemente, as nomeações para cargos em comissão.

Na definição de ADILSON ABREU DALLARI, concurso público é *“um procedimento administrativo aberto a todo e qualquer interessado que preencha os requisitos estabelecidos em lei, destinado à seleção de pessoal, mediante a aferição do conhecimento, da aptidão e da experiência dos candidatos, por critérios objetivos, previamente estabelecidos no edital de abertura, de maneira a possibilitar uma classificação de todos os aprovados”* (Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 2. ed., São Paulo, RT, 1992, p. 36, apud CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3ª vol., T. III, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 67).

É por meio do concurso que se resguarda *“a aplicação do princípio da igualdade de todos (CF., art. 37, I) e, ao mesmo tempo, o interesse da Administração em admitir somente os melhores”* (CELSO RIBEIRO BASTOS, op. cit., p. 66), afastando-se *“os ineptos e apaniguados, que costumam abarrotar as repartições públicas, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder, leiloando empregos*

públicos” (HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 34. ed., São Paulo, RT, 2008, p. 440/441).

Além da ofensa à regra do concurso público, a autorização contida na lei impugnada, para a contratação direta da S.O.S. (Serviço de Obras Sociais), viola a regra da licitação, prevista no art. 117 da CE, pois, sob o rótulo de autorização para a realização de convênio, acabou o Poder Legislativo por cancelar a contratação, sem licitação, da entidade mencionada, o que também é incompatível com os princípios da moralidade, impessoalidade e igualdade, previstos no mencionado art. 111 da CE.

B – Da Ofensa à Reserva da Administração e da Separação dos Poderes

O ato normativo ora impugnado, ainda que de iniciativa do Executivo, viola o princípio da separação de poderes, previsto no art. 5º, § 1º, e art. 47, II e XIV, da Constituição do Estado, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da Carta Paulista.

A questão é objetiva.

Cabe exclusivamente ao Poder Executivo a celebração de convênios, nas diversas áreas de gestão, com outros órgãos da Administração Pública Federal, Estadual ou entidade privadas, prescindindo de autorização legislativa por se tratar de matéria com característica administrativa.

Esta característica administrativa vem reforçada pela norma do art. 241 da Constituição Federal, que atribui competência privativa aos Municípios para disciplinar, por meio de lei, os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Exige-se, portanto, lei geral, tão só para disciplinar aspectos gerais dos consórcios e convênios públicos, e não lei específica, autorizando de modo direto a realização de convênio determinado.

Assim, quando o Poder Legislativo do Município edita lei autorizando a celebração de convênio com entidade privada específica, com a permissão de contratação de mão de obra para as unidades de saúde do município, invade, indevidamente, esfera que é própria da atividade do Administrador Público, violando o princípio da separação de poderes.

Mesmo sendo o ato normativo de iniciativa do Chefe do Executivo resta configurada a inconstitucionalidade, uma vez que este não necessita de autorização legislativa para atuar naquilo que está na esfera de sua competência constitucional.

O encaminhamento, pelo Executivo, de projeto de lei com este escopo configura hipótese de delegação inversa de poderes, vedada pelo art. 5º, § 1º, da Constituição Paulista.

Em suma, cabe nitidamente à Administração Pública, e não ao legislador, deliberar a respeito da conveniência e oportunidade daquela atuação administrativa.

A inconstitucionalidade, portanto, decorre da violação da regra da separação de poderes, prevista na Constituição Paulista e aplicável aos Municípios (art. 5º, art. 47, II e XIV, e art. 144).

É pacífico na doutrina, bem como na jurisprudência, que ao Poder Executivo cabe primordialmente a função de administrar, que se revela em atos de planejamento, organização, direção e execução de atividades inerentes ao Poder Público.

De outra banda, ao Poder Legislativo, de forma primacial, cabe a função de editar leis, ou seja, atos normativos revestidos de generalidade e abstração.

O diploma impugnado, na prática, *invadiu a esfera da gestão administrativa*, que cabe ao Poder Executivo, e envolve o *planejamento, a direção, a organização e a execução de atos de governo*, no caso em análise representados pela eventual formalização de convênios. A atuação legislativa impugnada equivale à prática de ato de administração, de sorte a violar a garantia constitucional da separação dos poderes.

Cumprе recordar, aqui, o ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES, anotando que *“a Prefeitura não pode legislar, como a Câmara não pode administrar. (...) O Legislativo edita normas; o Executivo pratica atos segundo as normas. Nesta sinergia de funções é que residem a harmonia e independência dos Poderes, princípio constitucional (art. 2º) extensivo ao governo local. Qualquer atividade, da Prefeitura ou Câmara, realizada com usurpação de funções é nula e inoperante”*. Sintetiza, ademais, que *“todo ato do Prefeito que infringir prerrogativa da Câmara – como também toda deliberação da Câmara que invadir ou retirar atribuição da Prefeitura ou do Prefeito – é nulo, por ofensivo ao princípio da separação de funções dos órgãos do governo local (CF, art. 2º*

c/c o art. 31), podendo ser invalidado pelo Poder Judiciário” (Direito Municipal Brasileiro, 15. ed., atualizada por MÁRCIO SCHNEIDER REIS e EDGARD NEVES DA SILVA, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 708 e 712).

Deste modo, quando a pretexto de legislar, o Poder Legislativo administra, chancelando projetos de lei que equivalem, na prática, a verdadeiros atos de administração, viola, via inversa, a harmonia e a independência que devem existir entre os poderes estatais.

A jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo corrobora o entendimento aqui sustentado.

Confirmam-se, a título de exemplificação, os seguintes precedentes do Col. Órgão Especial: ADI 149.044-0/8-00, rel. des. Armando Toledo, j. 20.02.2008; ADI 134.410-0/4, rel. des. Viana Santos, j. 05.03.2008; ADI 12.345-0 - São Paulo - 15.05.91, rel. des. Carlos Ortiz; ADI n. 096.538-0, rel. Viseu Júnior - 12.02.03; ADI n. 123.145-0/9-00, rel. des. Aloísio de Toledo César – 19.04.06; ADI n. 128.082-0/7-00, rel. des. Denser de Sá – 19.07.06; ADI n. 163.546-0/1-00, rel. des. Ivan Sartori, j. 30.7.2008.

Nesse mesmo sentido o entendimento do Col. STF, colhido em julgados que, *mutatis mutandis*, aplicam-se à hipótese em exame:

“(…)

O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. (...) Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação ultra vires do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais.” (RE 427.574-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-12-2011, Segunda Turma, DJE de 13-2-2012.)

(…)”

Destarte, é possível afirmar que a lei impugnada ofende frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo em seus artigos 5º, *caput*, § 1º, 47, II e XIV, 111, 115, inciso II, 117 e 144.

3 - Da Inconstitucionalidade por Arrastamento

Para evitar que em virtude da declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 3.987/12, automaticamente, seja restaurada por repristinação a Lei nº 3.253/2008 (fls. 146), que padece do mesmo vício de inconstitucionalidade por violação ao princípio da separação dos poderes, necessária a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento.

A declaração de inconstitucionalidade por arrastamento é possível sempre que:

- a) o reconhecimento da inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal torna despidos de eficácia e utilidade outros preceitos do mesmo diploma, ainda que não tenham sido impugnados;
- b) nos casos em que o efeito repristinatório restabelece dispositivos já revogados pela lei viciada que ostentem o mesmo vício;
- c) quando há na lei dispositivos que não foram impugnados, mas guardam direta relação com aqueles cuja inconstitucionalidade é reconhecida.

Restabelecidos os efeitos da lei revogada, dá-se o que se chama de efeito indesejado, já havendo assentado o Supremo Tribunal Federal que:

“A reentrada em vigor da norma revogada nem sempre é vantajosa. O efeito repristinatório produzido pela decisão do Supremo, em via de ação direta, pode dar origem ao problema da legitimidade da norma revivida. De fato, a norma reentrante pode padecer de inconstitucionalidade ainda mais grave que a do ato nulificado. Previne-se o problema com o estudo apurado das eventuais consequências que a decisão judicial haverá de produzir. O estudo deve ser levado a termo por ocasião da propositura, pelos legitimados ativos, de ação direta de inconstitucionalidade.

Detectada a manifestação de eventual eficácia repristinatória indesejada, cumpre requerer igualmente, já na inicial da ação direta, a declaração da inconstitucionalidade, e, desde que possível, a do ato normativo resuscitado” (STF, ADI-MC 2.621-DF, Rel. Min. Celso de Mello, 01-08-2002).

Assim, a declaração de inconstitucionalidade deve abranger, por arrastamento, a Lei Municipal nº 3.253, de 18 de dezembro de 2008.

4. Conclusão e Pedido

Por todo o exposto, evidencia-se a necessidade de reconhecimento da inconstitucionalidade das normas aqui apontadas.

Assim, aguarda-se o recebimento e processamento da presente Ação Declaratória, para que ao final seja julgada procedente, reconhecendo-se a inconstitucionalidade da Lei nº 3.987/2012, e, por arrastamento, da Lei nº 3.253/08, ambas do Município de São José do Rio Pardo.

Requer-se, ainda, sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal, bem como posteriormente citado o Procurador-Geral do Estado para se manifestar sobre o ato normativo impugnado.

Posteriormente, aguarda-se vista para fins de manifestação final.

São Paulo, 26 de maio de 2014

Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça

Registro: 2014.0000602054

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Direito de Inconstitucionalidade nº 2088003-09.2014.8.26.000, da Comarca de São Paulo, em que é autor Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, são réus Prefeito do Município de São José do Rio Pardo e Presidente da Câmara Municipal de São José do Rio Pardo.

Acordam, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores Renato Nalini (Presidente), Vanderci Álvares, Arantes Theodoro, Tristão Ribeiro, Antonio Carlos Villen, Ademir Benedito, Luiz Antonio de Godoy, Neves Amorim, João Negrini Filho, Nuevo Campos, Eros Piceli, Elliot Akei, Guerrieri Rezende, Xavier de Aquino, Antonio Carlos Malheiros, Ferreira Rodrigues, Péricles Piza, Evaristo dos Santos, Márcio Bartoli, João Carlos Saletti, Roberto Mortari, Luiz Ambra e Francisco Casconi.

São Paulo, 24 de setembro de 2014

Paulo Dimas Mascaretti, Relator

VOTO 19.824

Comarca: São Paulo

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2088003-09.2014.8.26.0000

Autor: Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo.

Réus: Prefeito do Município de São José do Rio Pardo e Presidente da Câmara Municipal de São José do Rio Pardo.

Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 3.987, de 23 de novembro de 2012, do Município de São José do Rio Pardo, que autorizou a celebração de convênio com organização social para contratação de profissionais empregados para a área da saúde municipal em geral-Investidura em cargos e empregos públicos, no entanto, que não pode prescindir da prévia realização de concurso público, na forma do art. 115, inciso II, da CE – Comando legal questionado que evidencia a violação a tal princípio, mostrando-se inconstitucional a admissão direta de pessoal, ainda que por meio de ente conveniado – Disposição legal, ademais, que desconsidera o princípio da obrigatoriedade da licitação, previsto no art. 117 da CE – Hipótese de dispensa ou inexigibilidade do certame que não estavam presentes no caso dos autos, uma vez que os serviços objeto do convênio previsto na legislação impugnada não tinham características individualizadoras, do modo a tonar inviável a competição – Inexistindo, então, um atributo incomum, diferenciador, inibir a participação de outros interessados, a licitação era mesmo de rigor – Legislação, de resto, que versa questão atinente ao planejamento, à organização, à direção e à execução dos serviços públicos, atos de governo afetos à competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo local – Inobservância da competência reservada conferida ao Prefeito que acabou por implicar em afronta ao princípio da separação dos poderes – Apresentação do projeto pelo Chefe do Poder Executivo que não afasta a mácula, pois configura hipótese de delegação inversa de poderes, vedada pelo art. 5º, § 1º, da CE – Autorização legislativa para a realização do convênio que, ainda que se entenda necessária, deveria caracterizar-se pela generalidade e abstração, não podendo tratar de hipótese concreta – Fato de a legislação questionada conferir simples autorização ao Poder Executivo para a prática do ato nela previsto, outrossim, que não afasta a mácula atinente à invasão de competência, visto que o Prefeito não necessita de autorização para o exercício de competência que lhe foi constitucionalmente atribuída – Vícios de inconstitucionalidade aduzidos na exordial que, destarte, ficaram evidenciados

na espécie, por afronta nos preceitos contidos nos artigos 5º, *caput* e § 1º, 47, incisos II e XIV, 115, inciso II, 117 e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo – Declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 3.987/2012, por outro lado, que, diante dos efeitos repressivos que lhe são inerentes implicará revalidação da revogada Lei nº 3.253/2008, a qual padece dos mesmos vícios do ato normativo impugnado nos autos, devendo, então, por arrastamento, ser-lhe estendidos os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

Cuide-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça em face da Lei nº 3.987, de 23 de novembro de 2012, e, por arrastamento, da revogada Lei nº 3.253, de 18 de dezembro de 2008, ambas do Município de São José do Rio Pardo, que autorizaram o Poder Executivo a celebrar convênios com entidades de direito privado, com vistas à implantação do Programa de Saúde da Família (PSF) e contratação de profissionais e empregadores para a área da saúde do ente público local.

Alega o autor, em essência, que: a legislação questionada viola princípios constitucionais que exigem a realização de concurso público para acesso aos cargos e empregos na administração pública e, por consequência, também a regra da acessibilidade geral, da isonomia e da impessoalidade: além disso, sob o rótulo de autorização de celebração de convênio, o Poder Legislativo acabou por cancelar a contratação direta de empresa para atuação na área da saúde municipal, em clara violação à regra da licitação: ademais, o ato normativo impugnado desconsidera o princípio da separação de poderes, uma vez que acabe exclusivamente ao Poder Executivo a celebração de convênios nas diversas áreas de gestão, prescindindo de autorização legislativa para tanto; conquanto de iniciativa do Chefe do Executivo, o encaminhamento de projeto de lei com este escopo configura hipótese de delegação inversa de poderes; na prática, o diploma questionado invadiu a esfera da gestão administrativa, que cabe ao Poder Executivo, e envolve o planejamento, a direção, a organização e a execução de atos de governo; portanto, é possível afirmar que a lei impugnada ofende frontalmente os artigos 5º, *caput* e § 1º, 47, incisos II e XIV, III, 115, inciso II, 117 e 114: por fim, a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.987/2012 deve ser estendida, por arrastamento, à Lei Municipal nº 3.253/2008, que a precedeu e foi por aquela revogada, mas padece do mesmo vício, por violação ao princípio da separação dos poderes.

A Procuradoria Geral do Estado foi citada para a demanda (v. fls. 172/173), afirmando seu desinteresse em realizar a defesa da lei (v. fls. 183/184).

O Prefeito e a Presidência da Câmara do Município de São José do Rio Pardo prestaram as informações requisitadas, defendendo a constitucionalidade da legislação impugnada (v. fls. 175/179 e 188/191).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (v. fls. 205/223).

É o relatório.

A procedência da ação é de rigor.

A Lei Municipal nº 3.987, de 23 de novembro de 2012, do Município de São José do Rio Pardo, objeto da demanda em causa, dispõe, *in verbis*:

“Art. 1º - Fica o chefe de Poder Executivo Municipal autorizado a celebrar Termo de Convênio e aditamentos com o S.O.S. (Serviços de Obras Sociais) de São José do Rio Pardo, para contratação de profissionais e empregados para a área de saúde em geral, para atuação em todas as unidades de saúde do Município.

Art. 2º - Os encargos que a Prefeitura vier a assumir em razão da execução do acordo por conta de verbas próprias constantes no orçamento vigente, suplementadas se necessário.

Art. 3º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º - Revoga-se a Lei nº 3.253, de 18 dezembro de 2008”.

Como se vê, a legislação municipal objurgada nos autos traz consigo clara descon sideração aos princípios constitucionais do concurso público e da licitação.

É certo que a Constituição Federal de 1988 ampliou a autonomia dos entes municipais nos aspectos político, administrativo e financeiro, outorgando-lhes o poder de se auto-organizarem.

O artigo 144 da Carta Paulista, no entanto, praticamente repetindo os termos do artigo 29 da Constituição da República, dispõe textualmente que:

“Art. 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição”.

Bem de ver, então, que a competência outorgada aos entes municipais para editarem leis e diretrizes relativas à organização administrativa, financeira e demais matérias de interesse local não é irrestrita, estando os limites e

contornos dessa legislação previamente definidos nos preceitos e princípios estabelecidos na Carta Magna e na Constituição do respectivo Estado-membro.

Nessa linha, a regra trazida pelo artigo 115, inciso II, da Constituição do Estado de São Paulo, que também reproduz norma da Carta da República (v. art. 37, inciso II), é impositiva aos Municípios e prevê expressamente que:

“Art. 115 – Para a organização da administração pública direta e inclusive as fundações instituídas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

(...)

II – a investidora em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei, de livre nomeação e exoneração”.

Ora, prescinde de maiores digressões a conclusão de que a norma municipal impugnada nos autos, ao prever a admissão de profissionais e empregados para a área de saúde em geral, para atuação em todas as unidades de saúde do Município, mediante a formalização do convênio com a instituição S.O.S. (Serviço de Obras Sociais) de São José do Rio Pardo, viola diretamente essa norma constitucional estadual.

Segundo aludida regra constitucional, o provimento de cargo ou emprego público sempre depende de prévia aprovação do agente em concurso de provas ou provas e títulos, cuidando-se de princípio fundamental que não pode ser derogado por norma local; à evidência, a previsão de admissão de profissional da área da saúde para integrar a estrutura da Administração Municipal a partir de seleção feita por organização conveniada, implica em clara desconsideração ao princípio do concurso público, além de desprestígio aos princípios da impessoalidade e da isonomia entre os interessados.

Ainda que se admita a possibilidade de o Município realizar convênios com entidades específicas para atuação em áreas administrativas e técnicas da estrutura municipal, *v.g.*, gestão da área da saúde, à evidência, isso não pode representar uma autorização incondicional para o arbítrio e o favorecimento, em manifesta desconsideração dos princípios básicos da Administração Pública, permitindo a contratação direta e sem os rígidos critérios do concurso público.

Impende considerar que as hipóteses para admissão de pessoal com dispensa do respectivo certame estão taxativamente previstas na Carta

Estadual (v. artigo 115, incisos II, parte final, V e X, da Constituição Estadual), mas em nenhum momento restaram minimamente caracterizadas no caso dos autos.

Aliás, a manifestação do Prefeito de São José do Rio Pardo não deixa qualquer dúvida de que o objetivo da edição da legislação aqui questionada é substituir um quadro de servidores efetivos por contratações temporárias, uma vez que “criar vínculo definitivo em relação temporária (de trabalho) mostra-se desarrazoado”; ou seja, fica evidenciada realmente a intenção do ente público local em contornar a exigência constitucional do concurso público para o exercício de funções públicas.

Não há, destarte, como se admitir o acesso a cargo ou emprego público, mediante a admissão direta por interposta pessoa, sem a prévia realização de concurso público de provas ou provas e títulos, para os fins a que se refere o art. 115, inciso II, da Constituição Estadual, inexistindo hipótese de compatibilização da norma municipal em causa com tal princípio.

De outra banda, evidencia-se também na Lei nº 3.987/2012, do Município de São José do Rio Pardo, a desconsideração do princípio da obrigatoriedade da licitação.

Por expressa injunção constitucional, a licitação ou exigibilidade de procedimento licitatório é a regra para a contratação de obras e serviços pelo Poder Público e entidades das quais o Estado participa, ressalvados apenas os casos previstos na legislação específica (v. artigo 117 da Carta Estadual)¹.

É certo que os artigos 24 e 25 da Lei Federal nº 8.666/93 (Lei de Licitações) preconiza a dispensa ou a inexigibilidade da licitação em determinadas hipóteses que não a justifiquem ou a impossibilitem.

Todavia, os serviços a serem prestados pela entidade conveniada “Serviços de Obras Sociais de São José do Rio Pardo” não possuem características individualizadoras que tornam dispensável e inútil a competição, nem ao menos tendo sido tal situação invocada pelo Poder Executivo Municipal para propor a sua contratação.

¹ “Artigo 117 – Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamentos, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Logo, não identificada *in casu* a presença de um atributo incomum, diferenciador, que impossibilite a competição entre outras organizações ou instituições voltadas à prestação dos serviços a serem objeto do convênio previsto na Lei Municipal nº 3.987/2012, tinha lugar a licitação, descabendo a contratação direta da entidade ali indicada.

Além de todo o exposto, forçoso reconhecer, ainda, que a matéria tratada na legislação aqui impugnada está realmente inserida dentre aquelas sujeitas à competência reservada ao Prefeito Municipal, em relação às quais não é dado ao Poder Legislativo local imiscuir-se.

Segundo o sempre irreprochável escólio de HELY LOPES MEIRELLES:

“No sistema brasileiro o governo municipal é de funções divididas, cabendo as executivas à Prefeitura e as legislativas à Câmara de Vereadores. Esses dois Poderes, entrosando suas atividades específicas, realizam com independência e harmonia o governo local, nas condições expressas na lei orgânica do Município.

O Sistema de separação de funções – executivas e legislativa – impede que o órgão de um Poder exerça atribuições do outro. Assim sendo, a Prefeitura não pode legislar, como a Câmara não pode administrar. Cada um dos órgãos tem missão própria e privativa: a Câmara estabelece regras para a Administração: a Prefeitura as executa, convertendo o mandamento legal, genérico e abstrato, em atos administrativos, individuais e concretos. O legislativo edita normas; o Executivo pratica atos segundo as normas. Nesta sinergia de funções é que residem a harmonia e independência dos Poderes, princípio constitucional (art. 2º) extensivo ao governo local. Qualquer atividade, da Prefeitura ou da Câmara, realizada com usurpação de funções é nula e inoperante”

(v. *Direito Municipal Brasileiro*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 708).

Nesse contexto, o exercício da função legislativa pela Câmara dos Vereadores deve ser de caráter genérico e abstrato, não podendo inserir-se pela prática de atos concretos da administração de competência exclusiva do Prefeito.

Ora, o planejamento, a organização, a direção e a execução dos serviços públicos são evidentemente atribuições dos Chefes do Poder Executivo, haja vista que a ele compete o exercício da direção superior da administração e a prática dos atos necessários a esse fim, na forma do artigo 47, incisos II e XIV,

da Constituição do Estado de São Paulo, aplicável aos Municípios por expressa imposição da norma do artigo 144 da mesma Carta.

Oportuno, ainda uma vez, citar o escólio de HELY LOPES MEIRELLES, segundo o qual:

“As atribuições do prefeito são de natureza governamental e administrativa: governamentais são todas aquelas de condução dos negócios públicos, de opções políticas de conveniência e oportunidade na sua realização – e, por isso mesmo, insuscetíveis de controle por qualquer outro agente, órgão ou Poder; administrativas são as que visam à concretização das atividades executivas do Município, por meio de atos jurídicos sempre controláveis pelo Poder Judiciário e, em certos casos, pelo Legislativo local” (obra citada, p. 711).

No caso vertente, a lei local impugnada dispõe sobre a autorização para celebração de convênio com a organização S.O.S. (Serviço de Obras Sociais) de São José do Rio Pardo, destinado à “contratação de profissionais e empregados para a área de saúde do Município”, matéria de cunho estritamente administrativo, afeta ao Poder Executivo, porquanto constitui atividade relacionada à gestão municipal; à evidência, tal previsão legal diz respeito a eventual opção do administrador pela terceirização dos serviços de saúde municipais, ou seja, envolve ato de governo, privativo do Prefeito, razão pela qual não poderia mesmo sofrer interferência legislativa, por implicar em violação ao princípio da separação dos poderes.

Pouco importa, nessa linha, que o projeto de lei tenha sido o fruto de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, pois como bem realçado pelo autor:

“Mesmo sendo o ato normativo de iniciativa do Chefe do Executivo resta configurada a inconstitucionalidade, uma vez que este não necessita de autorização legislativa para atuar naquilo que está na esfera de sua competência constitucional.

O encaminhamento, pelo Executivo, de projeto de lei com este escopo configura hipótese de delegação inversa de poderes, vedada pelo art. 5º, § 1º, da Constituição Paulista.

Em suma, cabe nitidamente à Administração Pública, e não ao legislador, deliberar a respeito da conveniência e oportunidade daquela atuação administrativa” (v. fls. 10/11).

Na verdade, ainda que se entenda pela necessidade de autorização legislativa para a celebração do convênio objeto do ato normativo em causa, à

evidência, tal regulamentação deveria ter características gerais e abstratas, não podendo inserir-se por atos concretos, relativos à realização de determinada contratação, como se deu no caso vertente, que representa clara ingerência na festa da atribuição do Prefeito.

Na verdade, os vícios de inconstitucionalidade que gravam a legislação municipal impugnada na ação em causa foram bem delimitados pela Procuradoria de Justiça, realçando, na justa medida, que:

“Os dispositivos transcritos violam princípios constitucionais que exigem a realização de concurso público para acesso nos cargos e empregos na administração pública, e por consequência, violam também a regra da acessibilidade geral, da isonomia com relação ao provimento de cargos na administração pública e da impessoalidade administrativa.

Dispensa maiores digressões a afirmação de que a realização de concurso público, para acesso aos cargos, empregos, e funções públicas, é a regra. Ela só admite exceções nas estritas hipóteses previstas na Constituição Federal e Estadual, quais sejam, (a) a nomeação para cargos de provimento em comissão previstos em lei específica de cada ente federativo, (nos casos de cargos ou funções de direção, chefia ou assessoramento superior da administração, em que deva prevalecer o vínculo de especial confiança entre o servidor e o agente superior ao qual se vincule), e (b) a contratação temporária, nas hipóteses previstas em lei de cada ente federativo, para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público (cf. Art. 115, II, V e X da Constituição Paulista; art. 37, I, II e IX da CR/88).

Diante disso, qualquer dispensa indevida da realização de concurso para fins de ingresso no serviço público, ou mesmo a autorização do sistema de saída municipal, são atos que significam, na prática, burla à regra do concurso.

Traduzem-se, do mesmo modo, em criação de óbice à acessibilidade de todos os cidadãos aos cargos públicos previstos em lei e, por conseguinte, violação ao princípio da isonomia. Criam, finalmente, possibilidade de favorecimento, com quebra do princípio da impessoalidade.

No caso em exame o dispositivo impugnado nesta inicial permite que, no Município de São José do Rio Pardo, todas as pessoas que prestam serviço nas unidades de saúde do município sejam contratadas por meio da entidade S.O.S. (Serviços de Obras Sociais), a qual, por sua vez, poderá contratar quem lhe aprouver.

Esse permissivo legal representa evidente burla aos princípios da isonomia, da acessibilidade geral, do concurso e da impessoalidade, que devem nortear o provimento de cargos no âmbito da Administração Pública.

Nosso sistema constitucional consagrou o livre acesso aos cargos, empregos e funções públicas, na forma prevista em lei, e a submissão prévia a concurso público, ressalvadas, evidentemente, as nomeações para cargos em comissão.

Na definição de ADILSON ABREU DALLARI, concurso público é *‘um procedimento administrativo aberto a todo e qualquer interessado que preencha os requisitos estabelecidos em lei, destinado à seleção de pessoal, mediante a aferição do conhecimento, da aptidão e da experiência dos candidatos, por critérios objetivos, previamente estabelecidos no edital de abertura, de maneira a possibilitar uma classificação de todos ao aprovados’* (Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 2. Ed., São Paulo, RT, 1992, p. 36, apud CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., T. III, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 67).

É por meio do concurso que se resguarda *‘a aplicação do princípio da igualdade de todos (CF., art. 37, I) e, ao mesmo tempo, o interesse da Administração em admitir somente os melhores’* (CELSO RIBEIRO BASTOS, op. cit., p. 66), afastando-se *‘os ineptos e apaniguados, que costumam abarrotar as repartições públicas, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder, leiloando empregos públicos’* (HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 34ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 440/441).

Além da ofensa à regra do concurso público, a autorização contida na lei impugnada, para a contratação, direta da S.O.S (Serviço de Obras Sociais), viola a regra da licitação, prevista no art. 117 da CE, pois, sob o rótulo de autorização para a realização de convênio, acabou o poder legislativo por cancelar a contratação, sem licitação, da entidade mencionada, o que também é incompatível com os princípios da moralidade, impessoalidade e igualdade, previstos no mencionado art. III da CE.

(...)

O ato normativo ora impugnado, ainda que de iniciativa do executivo, viola o princípio da separação de poderes, previsto no art. 5º, § 1º, e art. 47, II e XIV, da Constituição do Estado, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da Carta Paulista.

A questão é objetiva.

Cabe exclusivamente ao Poder Executivo a celebração de convênios, nas diversas áreas de gestão, com outros órgãos da Administração Pública Federal, Estadual ou entidade privadas, prescindindo de autorização legislativa por se tratar de matéria com características administrativa.

Esta característica administrativa vem reforçada pela norma do art. 241 da Constituição Federal, que atribui competência privativa aos Municípios para disciplinar, por meio de lei, os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes Federados autorizando a gestão associada de serviços público, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. Exige-se, portanto, lei geral, tão só para disciplinar aspectos gerais dos consórcios e convênios públicos, e não lei específica, autorizando de modo direto a realização de convênio determinado.

Assim, quando o Poder Legislativo do Município edita lei autorizando a celebração de convênio com entidade privada específica, com a permissão de contratação de mão de obra para as unidades de saúde do município, invade, indevidamente, esfera que é própria da atividade do Administrador Público, violando o princípio da separação de poderes.

Mesmo sendo o ato normativo de iniciativa do Chefe do Executivo resta configurada a inconstitucionalidade, uma vez que este não necessita da autorização legislativa para atuar naquilo que está na esfera de sua competência constitucional.

O encaminhamento, pelo executivo, de projeto de lei com este escopo configura hipótese de delegação inversa de poderes, vedada pelo art. 5º, § 1º, da Constituição Paulista.

Em suma, cabe nitidamente à Administração Pública, e não ao legislador, deliberar a respeito da conveniência e oportunidade daquela atuação administrativa.

A inconstitucionalidade, portanto, decorre da violação da regra da separação de poderes, prevista na Constituição Paulista e aplicável aos Municípios (art. 5º, art. 47, II e XIV, e art. 144)” (v. fls. 210/215).

Por outro lado, nem se há alegar que o ato normativo municipal impugnado ter-se-ia apenas limitado a permitir a eventual realização ao ato nele previsto, escapando de qualquer intromissão em matéria reservada,

porquanto é manifestamente descabida a autorização emitida pelo Legislativo no Executivo para o exercício de competência que já lhe fora constitucionalmente deferida.

No particular, precedente desta Corte assentou, precisamente, que:

“Mencionada legislação representa ingerência na competência exclusiva do Chefe do Executivo pelo Poder Legislativo, posto ser evidente que o alcaide não precisa de autorização para exercer atos de sua competência privada.

Na linguagem legislativa autorizar tem o sentido de ordenar, e eventual desatendimento a essa quase imposição poderia, inclusive, ensejar o reconhecimento de uma postura omissiva do administrador por não praticar o ato autorizado.

VASCO DELIA GIUSTINA (*Leis Municipais e seu Controle Constitucional pelo Tribunal de Justiça*, Livraria do Advogado, p. 168/169), ensina ‘não ser possível interpretar autorização como mero sinônimo de opção pra cumprir ou não a lei, tendo o substantivo o sentido e o alcance de uma determinação ou imposição, não podendo falar-se em lei inócua ou decorativa, ainda que dela não decorram ônus para o Poder Executivo Municipal’.

Pondera ainda,

‘A circunstância de ser a lei, meramente ‘autorizativa’ e não ‘determinativa’ não elide, não suprime, não elimina o fato de estar ela dispendo – ainda que de forma meramente ‘autorizativa’ – sobre matéria que é reservada à iniciativa privativa do Poder Executivo... Em suma, a natureza teleológica da lei, seja ela para ‘autorizar’ ou para ‘determinar’ não elide a inconstitucionalidade por vício de iniciativa’.

Neste passo, impende consignar que, em 17 de agosto de 2011, apreciando a Ação Direta de Inconstitucionalidade, este Colendo Órgão Especial, em acórdão de relatoria do Desembargador Ribeiro dos Santos, após fazer o registro de que: ‘É pacífico o entendimento nesta r. Corte, que embora a Câmara Municipal, seja órgão meramente legislativa, somente lhe incumbe editar atos normativos de caráter genérico e abstrato’.

Concluiu:

‘Compete, portanto, com exclusividade ao Executivo o exercício dos atos que impliquem no gerir das atividades administrativas da cidade,

a ele cabendo a iniciativa das leis que lhe propiciem a boa execução das tarefas que lhe são atribuídas.

Deste modo, quando a pretexto de legislar, o Poder Legislativo evoca para si a iniciativa de leis de efeitos concretos, equivalentes na prática a verdadeiros atos de administração, viola a harmonia e a independência que deve existir entre os Poderes’.

(...)

Aliás, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0203247-25.2011.8.26.0000, realizado em 14 de março de 2012, de relatoria do Desembargador Xavier de Aquino, este Colendo Órgão Especial, com base no parecer do Subprocurador-Geral de Justiça, anotou:

‘Nem se argumente que se trata de mera autorização. Cuida-se, é verdade, de lei autorizativa, mas, [sic] essa qualificação não desabona a conclusão de sua inconstitucionalidade.

A autorização legislativa não se confunde com lei autorizativa, devendo aquela primar pela observância da reserva de iniciativa.

Ainda que a lei contenha autorização (lei autorizativa) ou permissão (norma permissiva), padece de inconstitucionalidade. Em essência, houve invasão manifesta da gestão pública, assunto da alçada exclusiva do Chefe do Poder Executivo, violando sua prerrogativa de análise da conveniência e da oportunidade das providências previstas na lei’.

A propósito de tais leis, o Pretório Excelso, no julgamento da Representação nº 993/RJ, relatada pelo Ministro Néri da Silveira e publicado na RTJ, vol. 36/619, pronunciou-se nos seguintes termos:

‘De observar, outrossim, que o só fato de ser autorizativa. Em tal sentido, decidiu esta Corte, na Representação n. 686-GB, a 06.10.1966, havendo o ilustre Ministro Evandro Lins, Relator, asseverado: ‘O fato da Lei impugnada ser meramente autorizativa não lhe retira a característica da inconstitucionalidade, que a desqualifica pela raiz (...).’

Sobre o tema, portanto, se encontra pacificado o entendimento no sentido de que:

‘O só fato de ser autorizativa a lei não modifica o juízo de sua invalidez por falta de legítima iniciativa. Nesse sentido foi a decisão proferida no Acórdão constante do Ementário nº 1.270-1 RTJ 104/46.

Considerando que o Legislativo não precisa autorizar o Executivo a executar ato de sua competência já autorizado pela Constituição, este Colendo Órgão Especial já reconheceu a inconstitucionalidade das chamadas ‘leis autorizativas’, por exemplo, na ADIn nº 0153008-17.2011.8.26.0000, na qual se afirmou que lei relacionada com a organização do Município, ainda que inculque autorização, tem comando determinado, sendo, portanto, de iniciativa do Prefeito. Também na ADIn nº 994.09.231228-7, na qual ficou declarada a inconstitucionalidade da lei, por vício de iniciativa, sob fundamento de se submeter a controle de constitucionalidade lei autorizativa que impõe determinado comportamento à administração. E ainda na ADIn nº 0068540-23.2011.8.26.0000, proclamando a inconstitucionalidade de lei que, embora dita autorizativa, veicula comando provido de força cogente, invadindo atribuição do chefe do Executivo’.

É o que se extrai da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0157899-81.2011.8.26.0000, relatada pelo Desembargador Walter de Almeida Guilherme e julgada no dia 2 de maio de 2012.

Acresce considerar, neste passo, trecho da lição doutrinária de SÉRGIO REZENDE DE BARROS, contida no primeiro dos mencionados julgamentos, do teor seguinte:

‘(...) Assim, se a ‘lei’ pudesse ‘autorizar’, também poderia ‘não autorizar’ o Executivo a agir dentro de sua competência constitucional, o que seria disparate: uma absurda inconstitucionalidade’.

‘(...) Não é para isso que existem o Legislativo e o Executivo como Poderes do Estado, nem muito menos a lei como ato complexo cuja produção envolve a manifestação de vontade desses dois Poderes. Cumpre ao Judiciário, se requerida a sua manifestação, proscrever essa inconstitucionalidade flagrante, a dita ‘lei autorizativa’, (g.n.) (cf. ‘Leis’ Autorizativas, página do autor, site: www.srbarros.com.br)’” (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0179995-56.2012.8.26.0000, relator Desembargador ITAMAR GAINO, J. 12/12/2012).

Em suma, por qualquer ângulo que se examine a questão, restou mesmo evidenciada alardeada inconstitucionalidade da legislação municipal impugnada nos autos, por violação aos artigos 5º, *caput* e § 1º, 47, incisos II e XIV, 115, inciso II, 117 e 114, todos da Constituição do Estado de São Paulo.

De outra banda, forçoso reconhecer igualmente a alardeada inconstitucionalidade, por arrastamento, da Lei Municipal nº 3.253, de 18 de dezembro de 2008, que possui semelhante teor ao de sua lei revogadora, a já examinada Lei nº 3.987/2012, dispondo, *in verbis*:

“Art. 1º - Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a celebrar convênio visando à promoção de desenvolvimento de ações que visam à implantação do Programa de Saúde da Família (PSF), do Sistema Único de Saúde, Município de São José do Rio Pardo.

Art. 2º - Do instrumento de formalização do convênio, constarão as cláusulas e condições próprias deste tipo de ajuste, bem como as obrigações e encargos das partes convenientes.

Art. 3º - As despesas decorrentes desta lei correrão por conta de verbas alocadas no Orçamento Programa do Município, suplementadas se necessário.

Art. 4º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação”.

Na lição de ALEXANDRE DE MORAES:

“a declaração de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, acarreta os denominados efeitos repristinatórios, uma vez que a decretação da sua nulidade torna sem efeito a antiga revogação que produzira, ou seja, a lei anterior supostamente revogada por lei inconstitucional declarada nula com efeitos retroativos (*ex tunc*) jamais perdeu sua vigência, não sofrendo solução de continuidade” (v. *Direito Constitucional*, 27ª ed., Atlas, São Paulo, 2011, p. 790/791).

A propósito, precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal deixou assentado que:

“Impõe-se uma última observação. Refiro-me ao fato de que, declarada a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 256/2002, editada pelo Estado do Espírito Santo, restaurar-se-ão a vigência e a eficácia da Lei Complementar nº 206, de 25/06/2001.

É que a declaração de inconstitucionalidade – como sabe – importa, considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente, em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato.

Esse entendimento – hoje expressamente consagrado em nosso sistema de direito positivo, mesmo tratando-se de provimento cautelar concedido

em sede de fiscalização normativa abstrata (Lei nº 9.868/99, art. 11, § 2º) –, além de refletir-se no magistério da doutrina (ALEXANDRE DE MORAES, “Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais”, p. 272, item nº 6.2.1, 2000, Atlas; CLÉMERSON MERLIN CLÉVE, “A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 249, 2ª ed., 2000, RT; CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, “Comentários à Constituição do Estado”, vol. 4, tomo III/87, 1997, Saraiva; ZENO VELOSO, “Controle Jurisdicional de Constitucionalidade”, p. 213/214, item n. 212, 1999, Cejup), também encontra apoio na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, desde o regime constitucional anterior (RTJ 101/499, 503, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RTJ 120/64, Rel. Min. FRANCISCO REZEK), vem reconhecendo a existência de efeito repristinatório nas decisões desta Corte Suprema, que, em sede de controle concentrado, declaram a inconstitucionalidade ou deferem medida cautelar de suspensão de eficácia dos atos estatais questionadas em ação direta (RTJ 146/461-462, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 174/58, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

O sentido e o alcance do efeito repristinatório foram claramente definidos, em texto preciso, por CLÉMERSON MERLIN CLÉVEA (“A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 249/250, 2ª ed., 2000, RT), cuja autorizada lição assim expôs o tema ora em análise (restauração da vigência e eficácia do ato estatal revogado por diploma normativo posteriormente declarado inconstitucional, por esta Suprema Corte, em sede de controle abstrato):

‘Porque o ato inconstitucional, no Brasil, é nulo (e não, simplesmente, anulável), a decisão judicial que assim o declara produz efeitos repristinatórios. Sendo nulo, do ato inconstitucional não decorre eficácia derogatória das leis anteriores. A decisão judicial que decreta (reclui, que declara) a inconstitucionalidade atinge todos os ‘possíveis efeitos que uma lei constitucional é capaz de gerar’, inclusive a cláusula expressa ou implícita de revogação. Sendo nula a lei declarada inconstitucional, diz o Ministro Moreira Alves, ‘permanece vigente a legislação anterior a ela e que teria sido revogada não houvesse a nulidade’ (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.867-7/ES, relator Ministro CELSO DE MELLO, j. 03.12.2003).

Ora, nessa linha de entendimento, a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 3.897/2012, do Município de São José do Rio Pardo, implicará

na automática e imediata repristinação da Lei nº 3.253/2008, que por ela havia sido revogada; no entanto, não se há permitir que o afastamento de norma inconstitucional do ordenamento jurídico municipal de São José do Rio Pardo revigore disposição legal anterior que padece dos mesmos vícios, o que se mostra um notório contrassenso.

Ante o exposto, julga-se procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 3.897, de 23 de novembro de 2012, e, por arrastamento, da Lei nº 3.253, de 18 dezembro de 2008, ambas do Municípios de São José do Rio Pardo.

Paulo Dimas Mascaretti, Relator

Constitucional – Administrativo – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 7.269, de 12 de maio de 2014, do Município de Guarulhos, de iniciativa parlamentar, que autoriza o Poder Executivo à publicação gratuita, no Diário Oficial do Município, dos balancetes financeiros das entidades beneficentes declaradas de utilidade pública e das subvencionadas pelo Poder Público – Geração de despesa pública – Restrição à eficácia da lei no exercício de sua vigência – Iniciativa parlamentar – Publicidade administrativa – Improcedência da ação.

1. Lei nº 7.269/14 que visa à fiscalização social sobre o fomento público de atividade privada de interesse público ao autorizar o Poder Executivo à publicação, no diário oficial municipal, de balancetes de entidades declaradas de utilidade pública (art. 1º) e subvencionadas pelo poder público (art. 2º).
2. A geração de despesa pública não é suficiente para conclusão de reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo e somente compromete sua eficácia no exercício de sua vigência.
3. Matéria de fato insindicável nesta via especial por não emergir diretamente da lei dispêndio público em atividade pré-existente.
4. Não é reservada ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa legislativa, nem se encontra na reserva da Administração, matéria relativa à matéria de trans-

parência administrativa, consistente na publicação dos balancetes financeiros de entidades do terceiro setor fomentadas pelo poder público.

5. Improcedência da ação.

Nilo Spinola Salgado Filho

Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico – SP _____

Processo nº 2092562-09.2014.8.26.0000 - Guarulhos

Requerente: Prefeito do Município de Guarulhos

Requerida: Câmara Municipal de Guarulhos

PARECER EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Douto Relator,

Colendo Órgão Especial,

1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de Guarulhos impugna a Lei nº 7.269, de 12 de maio de 2014, do Município de Guarulhos, de iniciativa parlamentar, que autoriza o Poder Executivo à publicação gratuita, no Diário Oficial do Município, dos balancetes financeiros das entidades beneficentes, suscitando sua incompatibilidade com os arts. 5º, 24, § 2º, 1 e 2, 25, 47, II, XIV e XVII, 144, 174 e 176, I, da Constituição Estadual (fls. 07/23).

2. Indeferida a liminar (fls. 64/65), a douta Procuradoria-Geral do Estado declinou da defesa da lei vergastada (fls. 74/76).

3. A Câmara Municipal de Guarulhos defende a constitucionalidade da lei porque as entidades beneficentes recebem fomento público e estão sujeitas ao dever de prestação de contas, enraizando a norma nos arts. 5º, XXXIII e 37 da Constituição de 1988 sem que haja invasão da iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo e refuta a geração de despesa porque o serviço é preexistente (fls. 78/87).

4. É o relatório.

5. Tem o seguinte teor a lei contestada:

“Art. 1º. Fica o Poder Executivo Municipal a publicar gratuitamente, no Diário Oficial do Município, balancetes financeiros das entidades beneficentes de Guarulhos.

§ 1º. As entidades a que se refere o *caput* deste artigo são entidades sem fins lucrativos e declaradas de utilidade pública.

§ 2º. A publicação será realizada sem ônus para as entidades.

Art. 2º. As entidades que recebem verbas oriundas de convênio com a Prefeitura e/ou emendas parlamentares ficam obrigadas a publicar os seus balancetes, discriminando o destino desses valores.

Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação” (fl. 59).

6. Não há dúvida que o escopo da lei impugnada é proporcionar a fiscalização social sobre o fomento público de atividade privada de interesse público ao autorizar o Poder Executivo à publicação de balancetes de entidades declaradas de utilidade pública (art. 1º) assim como o de entidades subvencionadas pelo poder público (art. 2º).

7. A alegação de ofensa aos arts. 25, 174 e 176, I, da Constituição Estadual, afigura-se improcedente.

8. A ausência de recursos específicos para atendimento de novas despesas apenas compromete a eficácia da lei no exercício financeiro de sua vigência. Com efeito, “inclina-se a jurisprudência no STF no sentido de que a inobservância por determinada lei das mencionadas restrições constitucionais não induz à sua inconstitucionalidade, impedindo apenas a sua execução no exercício financeiro respectivo” (STF, ADI 1.585-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 19-12-1997, v.u., DJ 03-04-1998, p. 01).

9. Se a lei cria despesa pública ou renuncia a receita pública isso não é suficiente para conclusão de sua inconstitucionalidade por violação à iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo. Como assinala JOSÉ MAURÍCIO CONTI ao comentar a inexistência de reserva de iniciativa para leis que criam ou aumentam despesa pública, diferentemente do ordenamento constitucional anterior, “não havendo mais a expressa disposição no texto constitucional de que é iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre matéria financeira, tal reserva não mais subsiste, não sendo cabível interpretação ampliativa na hipótese, conforme entende inclusive nossa Suprema Corte” (Iniciativa legislativa em matéria financeira, *in Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 283-307, coordenação JOSÉ MAURÍCIO CONTI e FERNANDO FACURY SCAFF).

10. É conveniente assentar que se trata de verdadeiro sofisma a alegação de que toda e qualquer lei que gere despesa só possa advir de projeto de autoria do Executivo. O Supremo Tribunal Federal tem estimado que:

“(…) não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo. As hipóteses

de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em *numerus clausus*, no artigo 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo (...)” (RT 866/112).

11. Além disso, o debate acerca do assunto é impróprio nesta via porque implica o exame de matéria de fato e de prova por não emergir diretamente da lei impugnada a ocorrência de dispêndio público tendo em vista que as informações fulminam o argumento ao pontuar que:

“Ademais, não procede a alegação de que a execução da lei trará gasto ao poder público sem provisão de recursos a sua cobertura, pois o Diário Oficial é mantido pelo Executivo.

Logo, a publicação dos balancetes não implicará em nenhum ônus substancial para a Administração, que já dispõe de mão de obra e equipamentos necessários ao atendimento do comando legal” (fls. 78/87).

12. A iniciativa legislativa reservada é matéria de direito excepcional, sendo impositiva sua interpretação restritiva que não permite dilatação nem presunção. Por outro lado, a produção normativa não pode transitar à margem das regras inerentes ao processo legislativo, cujas normas constitucionais centrais são de observância obrigatória (RT 850/180; RTJ 193/832).

13. Regra é a iniciativa legislativa pertencente ao Poder Legislativo; exceção é a atribuição de reserva a certa categoria de agentes, entidades e órgãos, e que, por isso, não se presume. Corolário é a devida interpretação restritiva às hipóteses de iniciativa legislativa reservada, perfilhando tradicional lição salientando que:

“a distribuição das funções entre os órgãos do Estado (poderes), isto é, a determinação das competências, constitui tarefa do Poder Constituinte, através da Constituição. Donde se conclui que as exceções ao princípio da separação, isto é, todas aquelas participações de cada poder, a título secundário, em funções que teórica e normalmente competiriam a outro poder, só serão admissíveis quando a Constituição as estabeleça, e nos termos em que fizer. Não é lícito à lei ordinária, nem ao juiz, nem ao intérprete, criarem novas exceções, novas participações secundárias, violadoras do princípio geral de que a cada categoria de órgãos compete aquelas funções correspondentes à sua natureza específica” (J. H. MEIRELLES TEIXEIRA. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 581, 592-593).

14. Fixadas estas premissas, as reservas de iniciativa legislativa a autoridades, agentes, entidades ou órgãos públicos diversos do Poder Legislativo devem sempre ser interpretadas restritivamente na medida em que, ao transferirem a ignição do processo legislativo, operam reduções a funções típicas do Parlamento e de seus membros. Neste sentido, colhe-se da Suprema Corte:

“A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que – por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo – deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca” (STF, ADI-MC 724-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27-04-2001).

“As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em *numerus clausus*, no artigo 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo” (RT 866/112).

“A disciplina jurídica do processo de elaboração das leis tem matriz essencialmente constitucional, pois residem, no texto da Constituição – e nele somente –, os princípios que regem o procedimento de formação legislativa, inclusive aqueles que concernem ao exercício do poder de iniciativa das leis. – A teoria geral do processo legislativo, ao versar a questão da iniciativa vinculada das leis, adverte que esta somente se legitima – considerada a qualificação eminentemente constitucional do poder de agir em sede legislativa – se houver, no texto da própria Constituição, dispositivo que, de modo expresso, a preveja. Em consequência desse modelo constitucional, nenhuma lei, no sistema de direito positivo vigente no Brasil, dispõe de autoridade suficiente para impor, ao Chefe do Executivo, o exercício compulsório do poder de iniciativa legislativa” (STF, MS 22.690-CE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 17-04-1997, v.u., DJ 07-12-2006, p. 36).

15. Postulado básico da organização do Estado é o princípio da separação dos poderes, constante do art. 5º da Constituição do Estado de São Paulo, norma de observância obrigatória nos Municípios conforme estabelece o art. 144 da mesma Carta Estadual.

16. Este dispositivo é tradicional pedra fundamental do Estado de Direito assentado na ideia de que as funções estatais são divididas e entregues a órgãos ou poderes que as exercem com independência e harmonia,

vedando interferências indevidas de um sobre o outro. Todavia, o exercício dessas atribuições nem sempre é fragmentado e estanque, pois, observa a doutrina que:

“O princípio da separação dos poderes (ou divisão, ou distribuição, conforme a terminologia adotada) significa, portanto, entrosamento, coordenação, colaboração, desempenho harmônico e independente das respectivas funções, e ainda que cada órgão (poder), ao lado de suas funções principais, correspondentes à sua natureza, em caráter secundário colabora com os demais órgãos de diferente natureza, ou pratica certos atos que, teoricamente, não pertenceriam à sua esfera de competência” (J. H. MEIRELLES TEIXEIRA. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 585).

17. Como consequência do princípio da separação dos poderes, a Constituição Estadual, perfilhando as diretrizes da Constituição Federal, comete a um Poder competências próprias, insuscetíveis de invasão por outro. Assim, ao Poder Executivo são outorgadas atribuições típicas da função administrativa, como dispor sobre a sua organização e seu funcionamento. Em essência, a separação ou divisão de poderes:

“consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes (...) A divisão de Poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função (...); (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação” (JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2006, 2ª ed., p. 44).

18. Também por decorrência do citado princípio da separação de poderes, e à vista dos mecanismos de controle recíprocos de um sobre o outro para evitar abusos e disfunções, a Constituição Estadual cuidou de precisar a participação do Poder Executivo no processo legislativo. Como observa a doutrina:

“É a esse arranjo, mediante o qual, pela distribuição de competências, pela participação parcial de certos órgãos estatais controlam-se e limitam-se reciprocamente, que os ingleses denominavam, já anteriormente a Montesquieu, sistema de ‘freios recíprocos’, ‘controles recíprocos’, ‘reservas’, ‘freios e contrapesos’ (*checks and controls, checks and balances*), tudo isso visando um verdadeiro ‘equilíbrio dos poderes’ (*equilibrium of powers*). (...)

A distribuição das funções entre os órgãos do Estado (poderes), isto é, a determinação das competências, constitui tarefa do Poder Constituinte, através da Constituição. Donde se conclui que as exceções ao princípio da separação, isto é, todas aquelas participações de cada poder, a título secundário, em funções que teórica e normalmente competiriam a outro poder, só serão admissíveis quando a Constituição as estabeleça, e nos termos em que fizer. Não é lícito à lei ordinária, nem ao juiz, nem ao intérprete, criarem novas exceções, novas participações secundárias, violadoras do princípio geral de que a cada categoria de órgãos compete aquelas funções correspondentes à sua natureza específica” (J. H. MEIRELLES TEIXEIRA. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 581, 592-593).

19. Assim, se em princípio a competência normativa é do domínio do Poder Legislativo, certas matérias por tangenciarem assuntos de natureza eminentemente administrativa e, concomitantemente, direitos de terceiros ou o próprio exercício dos poderes estatais, são reservadas à iniciativa legislativa do Poder Executivo (arts. 24, § 2º, 2, 47, II, XIV e XIX, a).

20. Esse desenho normativo de *status* constitucional – aplicável aos Municípios por obra do art. 144 da Constituição Estadual – permite assentar as seguintes conclusões: (a) a iniciativa legislativa não é ampla nem livre, só podendo ser exercida por sujeito a quem a Constituição entregou uma determinada competência; (b) ao Chefe do Poder Executivo a Constituição prescreve iniciativa legislativa reservada em matérias inerentes à Administração Pública; (c) há matérias administrativas que, todavia, escapam à dimensão do princípio da legalidade consistente na reserva de lei em virtude do estabelecimento de reserva de norma do Poder Executivo. A propósito, frisa HELY LOPES MEIRELLES a linha divisória da iniciativa legislativa:

“Leis de iniciativa da Câmara ou, mais propriamente, de seus vereadores são todas as que a lei orgânica municipal não reserva, expressa e privativamente à iniciativa do prefeito. As leis orgânicas municipais devem reproduzir, dentre as matérias previstas nos arts. 61, § 1º, e 165 da CF, as que se inserem no âmbito da competência municipal” (*Direito Municipal Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1997, 9ª ed., p. 431).

21. A criação de órgãos e serviços públicos a cargo do Poder Executivo, adicionada à respectiva conferência de atribuições e competências, é matéria da reserva de iniciativa legislativa de seu Chefe, como proclama pacífica jurisprudência:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LEI QUE ATRIBUI TAREFAS AO DETRAN/ES, DE INICIATIVA PARLAMENTAR: INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. C.F, art. 61, § 1º, n, e, art. 84, II e VI. Lei 7.157, de 2002, do Espírito Santo.

I. - É de iniciativa do Chefe do Poder Executivo a proposta de lei que vise a criação, estruturação e atribuição de órgãos da administração pública: C.F, art. 61, § 1º, II, e, art. 84, II e VI.

II. - As regras do processo legislativo federal, especialmente as que dizem respeito à iniciativa reservada, são normas de observância obrigatória pelos Estados-membros.

III. - Precedentes do STF.

IV - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente” (STF, ADI 2.719-1-ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, 20-03-2003, v.u.).

“É indispensável a iniciativa do Chefe do Poder Executivo (mediante projeto de lei ou mesmo, após a EC 32/01, por meio de decreto) na elaboração de normas que de alguma forma remodelem as atribuições de órgão pertencente à estrutura administrativa de determinada unidade da Federação” (STF, ADI 3.254-ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, 16-11-2005, v.u., DJ 02-12-2005, p. 02).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 6.835/2001 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. INCLUSÃO DOS NOMES DE PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS INADIMPLENTES NO SERASA, CADIN E SPC. ATRIBUIÇÕES DA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA. INICIATIVA DA MESA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. A lei 6.835/2001, de iniciativa da Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, cria nova atribuição à Secretaria de Fazenda Estadual, órgão integrante do Poder Executivo daquele Estado. À luz do princípio da simetria, são de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual as leis que versem sobre a organização administrativa do Estado, podendo a questão referente à organização e funcionamento da Administração Estadual, quando não importar aumento de despesa, ser regulamentada por meio de Decreto do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, e e art. 84, VI, a da Constituição federal). Inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa da lei ora atacada” (STF, ADI 2.857-ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 30-08-2007, v.u., DJe 30-11-2007).

“III - Independência e Separação dos Poderes: processo legislativo: iniciativa das leis: competência privativa do Chefe do Executivo. Plausibilidade

da alegação de inconstitucionalidade de expressões e dispositivos da lei estadual questionada, de iniciativa parlamentar, que dispõem sobre criação, estruturação e atribuições de órgãos específicos da Administração Pública, criação de cargos e funções públicos e estabelecimento de rotinas e procedimentos administrativos, que são de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo (CF, art. 61, § 1º, II, e), bem como dos que invadem competência privativa do Chefe do Executivo (CF, art. 84, II)” (STF, ADI-MC 2.405-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, 06-11-2002, DJ 17-02-2006, p. 54).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI DE ORIGEM PARLAMENTAR – ORGANIZAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO – VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA. As regras previstas na Constituição Federal para o processo legislativo aplicam-se aos Estados-membros. Compete exclusivamente ao Governador a iniciativa de leis que cuidem da estruturação e funcionamento de órgãos vinculados ao Poder Executivo (CF, artigos 61, § 1º, II, ‘e’; e 144, § 6º). Precedentes. Inconstitucionalidade da Lei 10890/01, do Estado de São Paulo. Ação julgada procedente” (STF, ADI 2646-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, 20-03-2003, v.u., DJ 23-05-2003, p. 30).

“CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE – LIMINAR. Há o sinal do bom direito e o risco de manter-se com plena eficácia o quadro quando o diploma atacado resultou de iniciativa parlamentar e veio a disciplinar programa de desenvolvimento estadual – submetendo-o à Secretaria de Estado – a dispor sobre a estrutura funcional pertinente. Segundo a Carta da República, incumbe ao chefe do Poder Executivo deflagrar o processo legislativo que envolva órgão da Administração Pública – alínea ‘e’ do § 1º do artigo 61 da Constituição Federal” (STF, ADI-MC 2.799-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, 01-04-2004, v.u., DJ 21-05-2004, p. 31).

“CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CRIAÇÃO DE ÓRGÃOS PÚBLICOS. INICIATIVA LEGISLATIVA RESERVADA. C.F., art. 61, § 1º, II, a, c e e, art. 63, I; Lei 13.145/2001, do Ceará, art. 4º; Lei 13.155/2001, do Ceará, artigos 6º, 8º e 9º, Anexo V, referido no art. 1º. I. – As regras do processo legislativo, especialmente as que dizem respeito à iniciativa reservada, são normas de observância obrigatória pelos Estados-membros. Precedentes do STF. II. – Leis relativas à remuneração do servidor público, que digam respeito ao regime jurídico

destes, que criam ou extingam órgãos da administração pública, são de iniciativa privativa do Chefe do Executivo. C.F., art. 61, § 1º, II, a, c e e. III. – Matéria de iniciativa reservada: as restrições ao poder de emenda – C.F., art. 63, I – ficam reduzidas à proibição de aumento de despesa e à hipótese de impertinência de emenda ao tema do projeto. Precedentes do STF. IV - ADI julgada procedente” (STF, ADI 2.569-CE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, 19-03-2003, v.u., DJ 02-05-2003, p. 26).

22. Ora, reproduzindo o art. 61, § 1º, II, e, da Constituição Federal, o art. 24, § 2º, 2, da Constituição Estadual, confere exclusiva iniciativa legislativa ao Chefe do Poder Executivo para criação de órgãos da Administração Pública, compreendendo a descrição de suas atribuições e competências.

23. Sem embargo da reserva de iniciativa legislativa também decorre do princípio da divisão funcional do poder a reserva da Administração Pública, pois, compete ao Poder Executivo o exercício de sua direção superior, a prática de atos de administração típica e ordinária e a disciplina de sua organização e de seu funcionamento (art. 47, II, XIV e XIX, *a*, da Constituição Estadual).

24. A instituição de programas destinados à execução de políticas públicas e a disciplina da prestação dos serviços públicos, executados direta ou indiretamente pelo poder público situa-se no domínio da reserva da Administração, espaço conferido com exclusividade ao Chefe do Poder Executivo no âmbito de seu poder normativo imune a interferências do Poder Legislativo, e que se radica na gestão ordinária dos negócios públicos, como se infere dos arts. 5º e 47, II, XIV e XIX, *a*, da Constituição Estadual, aplicável na esfera municipal por força de seu art. 144 e do art. 29 *caput* da Constituição Federal.

25. A Constituição Paulista prevê no art. 47 competência privativa do Chefe do Poder Executivo. O dispositivo consagra a atribuição de governo do Chefe do Poder Executivo, traçando suas competências próprias de administração e gestão que compõem a denominada reserva de Administração, pois, veiculam matérias de sua alçada exclusiva, imunes à interferência do Poder Legislativo.

26. A alínea *a* do inciso XIX desse art. 47 fornece ao Chefe do Poder Executivo a prerrogativa de dispor mediante decreto sobre “organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos”, em preceito semelhante ao art. 84, VI, *a*, da Constituição Federal. Por sua vez, os incisos II e XIV estabelecem competir-lhe o exercício da direção superior da administração

e a prática dos demais atos de administração, nos limites da competência do Poder Executivo, enraizando-se no art. 84, II, da Constituição de 1988.

27. Esses assuntos são privativos do poder normativo do Chefe do Poder Executivo, como já se decidiu:

“(…) 2. As restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, entre elas a fixação de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes (…)” (STF, ADI-MC-REF 4.102-RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, 26-05-2010, v.u., DJe 24-09-2010).

“(…) O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. (…)” (STF, ADI-MC 2.364-AL, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 01-08-2001, DJ 14-12-2001, p. 23).

28. O objeto da lei impugnada é a transparência da gestão financeira de organizações do terceiro setor (setor público não estatal) fomentadas pelo poder públicos através de títulos (declaração de utilidade pública) e subvenções.

29. Esse conteúdo, por envolver a competência de serviço administrativo (Diário Oficial), se insere na reserva normativa ou de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo?

30. Como já expõe a doutrina (WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR. “Princípio da publicidade”, in *Princípios de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 233-258, organização THIAGO MARRARA), em linha de princípio, a disciplina legislativa da publicidade administrativa não se revela como matéria que mereça trato normativo por impulso exclusiva do Chefe do Poder Executivo porque a matéria se situa na iniciativa legislativa comum ou concorrente que é a regra, enquanto é excepcional a atribuição de reserva a certa categoria de agentes, entidades e órgãos.

31. Com efeito, a lei que disciplina a publicidade administrativa não demanda iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo. Neste sentido, já se decidiu que:

“1. Lei disciplinadora de atos de publicidade do Estado, que independem de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual, visto que não versam sobre criação, estruturação e atribuições dos órgãos da Administração Pública. Não-incidência de vedação constitucional (CF, artigo 61, § 1º, II, e). (…)” (STF, ADI-MC 2.472-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Correa, 12-03-2002, v.u., DJ 03-05-2002, p. 13).

32. Este egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou a inconstitucionalidade de lei municipal “que inscreve explícita obrigação de obediência ao princípio da publicidade, e, por via de consequência, ao da moralidade, quando dos atos de nomeação, contratação e demissão de servidores públicos”, reputando que tal “em nada interfere na atuação administrativa do Poder Executivo, na esfera de sua competência” porque “não se trata, pois, de ampliação indevida e fora da previsão constitucional das funções fiscalizadoras da Câmara Municipal, mas do exercício de sua função precípua, a legislativa, em estrito ajuste aos princípios que devem reger a atuação administrativa municipal” (RT 661/68).

33. Reitero o entendimento constante de parecer exarado em oportunidade precedente:

“10. Esta é a compreensão dedicada ao assunto pela Procuradoria-Geral de Justiça em pareceres lançados em ação direta de inconstitucionalidade e que foram julgadas improcedentes pelo colendo Órgão Especial deste egrégio Tribunal de Justiça, como se constata das ementas dos acórdãos a seguir transcritas:

‘(...) 2. A Lei de iniciativa parlamentar, que não cria serviço oneroso por já existir, mas só dispõe sobre inserção no site de dados objetivos da transparência da administração, quer em relação ao Executivo quer ao Legislativo, não viola os artigos 5º, 25 e 47, II, c.c. 144 da CE. (...)’ (TJSP, ADI 0196610-92.2010.8.26.0000, Rel. Des. Laerte Sampaio, 09-02-2011, v.u.).

‘AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 7.945/2012 DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ. COLOCAÇÃO DE PLACAS INFORMATIVAS EM OBRAS PÚBLICAS. INICIATIVA LEGISLATIVA DE VEREADOR. NÃO CONFIGURADA VIOLAÇÃO À INICIATIVA RESERVADA AO CHEFE DO EXECUTIVO. HIPÓTESES TAXATIVAS. SUPLEMENTAÇÃO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL E ESTADUAL CONSTITUCIONALMENTE AUTORIZADA. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E DIREITO À INFORMAÇÃO NA EXECUÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. DISPOSITIVO ESPECÍFICO PREVÊ SANÇÃO ADMINISTRATIVA A SERVIDOR PÚBLICO QUE DESCUMPRE A NORMA. MATÉRIA RELATIVA AO REGIME JURÍDICO DE SERVIDOR PÚBLICO. INICIATIVA LEGISLATIVA, ESSA SIM, EXCLUSIVA DO PREFEITO MUNICIPAL PRECEDENTE DO STF. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE’ (TJSP, ADI 0081889-25.2013.8.26.0000, Rel. Des. Márcio Bártoli, 11-09-2013, m.v.).

‘AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 4.024, de 31 de agosto de 2011, do Município de Atibaia que dispõe acerca da divulgação de dados sobre multas de trânsito – Legislação que trata de matéria de interesse predominantemente local, dando ênfase ao princípio da publicidade dos atos administrativos, nos exatos limites das atribuições conferidas aos municípios pelos artigos 30, inciso I, e 37, *caput*, da Constituição Federal, o que arreda a alardeada invasão de competência federal e afronta ao preceito do artigo 22, inciso XI, da mesma Carta Magna, e artigos 5º, 111 e 144 da Constituição Estadual – Inocorrência, outrossim, de vício de iniciativa do projeto de lei pelo Legislativo, haja vista que a norma editada não regula questão estritamente administrativa, afeta ao Chefe do Poder Executivo, delimitada pelos artigos 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174 da CE, aplicáveis ao ente municipal, por expressa imposição da norma contida no artigo 144 daquela mesma Carta, versando apenas acerca de tema de interesse geral da população, concernente a dados da arrecadação municipal e sua posterior destinação, razão pela qual poderia mesmo decorrer de proposta parlamentar – Previsão legal que, de resto, não representa qualquer incremento de despesa ou novas atribuições funcionais a servidores – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente’ (TJSP, ADI 0252396-87.2011.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, 05-12-2012, m.v.)” (ADI 2017230-36.2014.8.26.0000).

34. No caso, esse colendo Órgão Especial julgou improcedente a ação, como estampa a ementa do venerando acórdão:

“I - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 8.058, de 03 de setembro de 2013, do Município de Jundiaí, que prevê a publicação, no respectivo portal da transparência, de dados relativos às unidades escolares municipais.

II - Diploma que não padece de vício de iniciativa. Matéria não reservada ao Chefe do Poder Executivo. Exegese do art. 24, § 2º, da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios por força do disposto no art. 144 da mesma Carta. Admissível a iniciativa legislativa em matéria de transparência administrativa, consistente na obrigação de publicidade de dados de serviços públicos. A norma local versou sobre tema de interesse geral da população.

III - A lei não cria novos encargos geradores de despesas imprevistas, já que a publicidade oficial e a propaganda governamental são existentes.

A divulgação oficial de informações é dever primitivo na Constituição de 1988.

IV - Ação improcedente, casada a liminar” (TJSP, ADI 2017230-36.2014.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Guerrieri Rezende, v.u., 14-05-2014).

35. Registro, por sua pertinência, que a lei local, de iniciativa parlamentar, tem inegável afinidade com o interesse público. De fato, ao prescrever a publicação oficial dos balancetes (financeiros) das entidades do setor público não estatal ela amplia os níveis de controle sobre a outorga do fomento público, possibilitando à população conhecimento e fiscalização das atividades privadas de interesse público e, máxime, a verificação do cumprimento das finalidades que animaram o próprio fomento público.

36. Face ao exposto, opino pela improcedência da ação.

São Paulo, 04 de agosto de 2014

Nilo Spinola Salgado Filho, Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico

Constitucional – Administrativo – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Resolução nº 96, de 28 de março de 2014, e expressão “aplicando-se o disposto no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal”, constante do art. 1º da Resolução nº 223, de 25 de abril de 2012, editadas pela Câmara Municipal de Ribeirão Preto – Inexistência dos direitos à revisão geral anual aos agentes políticos parlamentares municipais – Inadmissibilidade da vinculação do índice de revisão anual aplicável aos servidores públicos municipais à revisão do subsídio de agentes políticos (art. 115, XI e XV, CE).

1. Não gozam os agentes políticos parlamentares municipais dos direitos à revisão geral anual (art. 115, XI, Constituição Estadual), em obséquio às regras de anterioridade da legislatura e da inalterabilidade do subsídio durante esse período (art. 29, VI, da Constituição Federal), iluminadas pelo princípio da moralidade administrativa (art. 111, Constituição do Estado) e atraídas pela remissão do art. 144 da Constituição Estadual aos princípios da Constituição Federal.

2. Inadmissibilidade da vinculação do índice de revisão anual de servidores públicos municipais à revisão anual do subsídio dos agentes políticos municipais. Violação aos arts. 111, 115, XI e XV, e 144, da Constituição Estadual.

Márcio Fernando Elias Rosa,
Procurador-Geral de Justiça – SP _____

PROTOCOLADO Nº 136.410/14

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, no exercício da atribuição prevista no art. 116, VI, da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo), em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 129, IV, da Constituição Federal, e, ainda, nos arts. 74, VI, e 90, III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado, vem, respeitosamente, perante esse Egrégio Tribunal de Justiça, promover a presente AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE em face da RESOLUÇÃO Nº 96, DE 28 DE MARÇO DE 2014, bem como da expressão “*aplicando-se o disposto no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal*”, constante do art. 1º da Resolução nº 223, de 25 de abril de 2012, editadas pela Câmara Municipal de Ribeirão Preto, pelos fundamentos a seguir expostos:

I – Os Atos Normativos Impugnados

A propositura da presente ação direta decorre de representação endereçada a esta Procuradoria-Geral de Justiça pelo DD. Promotor de Justiça de Ribeirão Preto, Dr. Sebastião Sérgio da Silveira (fls. 02/102).

A Resolução nº 96, de 28 de março de 2014, editada pela Câmara Municipal de Ribeirão Preto, assim dispõe:

“(…)

Artigo 1º - Nos termos do disposto no artigo 37, inciso X, da Constituição da República, tendo em vista a revisão geral anual de 5,56% (cinco vírgula cinquenta e seis por cento) concedida pelo Executivo aos vencimentos dos servidores públicos municipais ativos, inativos e pensionistas da administração direta, autarquias e fundações municipais e Câmara Municipal, aplica-se o mesmo índice ao valor do subsídio dos vereadores,

que passa a ser de R\$ 11.562,39 (onze mil, quinhentos e sessenta e dois reais e trinta e nove centavos), a partir de 1º de março de 2014.

Artigo 2º - As despesas decorrentes da execução desta resolução correrão por conta das dotações próprias do orçamento vigente da Câmara Municipal, suplementadas oportunamente, se necessário.

Artigo 3º - Esta resolução entra em vigor na data da sua publicação, retroagindo seus efeitos para o dia 1º de março de 2014, revogadas as disposições em contrário.”

Por sua vez, o art. 1º da Resolução nº 223, de 25 de abril de 2012, fora editado nos seguintes moldes:

“(…)

Artigo 1º - O subsídio dos Vereadores da Câmara Municipal de Ribeirão Preto para a legislatura de 2013 a 2016 será percentual menor ao limite de setenta e cinco por cento, em espécie, do subsídio percebido pelos Deputados à Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, equivalente a R\$ 10.953,39 (dez mil, novecentos e cinquenta e três reais, trinta e nove centavos), aplicando-se o disposto no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal.

(…)”.

Concedem, portanto, os dispositivos questionados a revisão geral anual aos Vereadores de Ribeirão Preto, vinculando tal revisão ao índice outorgado aos servidores públicos municipais, proporcionando àqueles a revisão de subsídio quando houver a revisão da remuneração destes, durante o curso da legislatura.

II – O Parâmetro da Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade

Os atos normativos impugnados contrariam frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1º, 18, 29 e 31, da Constituição Federal. Os atos normativos objurgados violam os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

“Art. 5º. São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

(…)

Art. 111. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalida-

de, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

(...)

Art. 115. Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

(...)

XI – a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data e por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso;

(...)

XV – é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, observado o disposto na Constituição Federal;

(...)

Art. 144. Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição”.

Também violam frontalmente o próprio art. 144 da Constituição Estadual e o art. 29, VI, da Constituição Federal, dispositivo este que enuncia:

“Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

(...)

VI – o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos:

(...)”.

É que o art. 144 da Constituição Estadual, que determina a observância na esfera municipal, além das regras da Constituição Estadual, dos princípios da Constituição Federal, é denominado “norma estadual de caráter remissivo,

na medida em que, para a disciplina dos limites da autonomia municipal, remete para as disposições constantes da Constituição Federal”, como averbrou o Supremo Tribunal Federal ao credenciar o controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal por esse ângulo (STF, Rcl 10.406-GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, 31-08-2010, DJe 06-09-2010; STF, Rcl 10.500-SP, Rel. Min. Celso de Mello, 18-10-2010, DJe 26-10-2010).

A – Da Inexistência de Revisão Geral Anual aos Agentes Políticos

O art. 115, XI, da Constituição Estadual, que reproduz o art. 37, X, da Constituição Federal, não ampara aos agentes políticos parlamentares municipais a revisão geral anual do subsídio à vista do art. 29, VI, da Constituição Federal.

Embora não estejam necessariamente atreladas revisão geral anual, resulta do ordenamento jurídico positivo que tais direitos são circunscritos aos servidores públicos e agentes políticos vitalícios por ocuparem cargos profissionais, cujo regime jurídico é marcadamente distinto daqueles que transitoriamente são investidos em cargos públicos de natureza política.

Acrescenta-se a isso o próprio impedimento gerado pela regra da anterioridade da legislatura que compreende a inalterabilidade do subsídio dos edis durante a legislatura.

Neste sentido, colaciona-se julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negando aos agentes políticos a revisão geral anual:

“Ação direta de inconstitucionalidade – sustentada inconstitucionalidade dos artigos 4º e 5º, caput, §§ 1º, 4º e 5º, da Lei nº 11.600, de 09 de abril de 2008, em sua redação original e na que foi dada pelo artigo 1º, I e II, da Lei nº 11.622, de 05 de maio de 2008, do Município de Ribeirão Preto, que ‘Fixa os subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito, Secretários e Vereadores para a legislatura a iniciar-se em 1º de janeiro de 2009 e dá outras providências’, e ‘Dá nova redação ao parágrafo 4º e acrescenta o parágrafo 5º ao artigo 5º da Lei nº 11.600, de 09/04/08’, respectivamente – vedada é a vinculação do reajuste dos subsídios do Chefe do Poder Executivo, do Vice, e de seus auxiliares diretos à revisão geral anual do funcionalismo público municipal – é vedada a fixação dos subsídios dos Vereadores em percentual dos subsídios dos Deputados Estaduais – é vedada, ainda, a vinculação do reajuste dos subsídios dos Vereadores à revisão geral anual do funcionalismo público municipal ou

à alteração dos subsídios dos Deputados Estaduais, eis que inalterável o valor daqueles durante a legislatura, por força da reintrodução pela EC 23/2000, da chamada ‘regra da legislatura’ aos parlamentares municipais – vedada é a instituição de décimo terceiro subsídio a quem tem vínculo não profissional com a Administração Pública – é vedada a expansão do subsídio como parcela única concebido, para abranger valores excedentes à remuneração do mandato parlamentar estadual (ajuda de custo, jeton, verba de gabinete e outras) violação dos artigos 1º, 111, 115, XI, XII e XV, 124, § 2º, 144 e 297, da CE – ação procedente, assentando-se, ademais, a fim de que os Vereadores da atual Legislatura de Ribeirão Preto não fiquem sem remuneração, que, a este título, na corrente receberão o subsídio que vigorou na Legislatura anterior, obviamente que sem a revisão anual e observados os limites estabelecidos no inciso VI, do art. 29 da Constituição Federal.” (TJSP, ADI 994.09.002644-6, Órgão Especial, Rel. Des. Palma Bisson, 10-02-2010, v.u.).

“O Colendo Supremo Tribunal Federal já assentou ser inconstitucional dispositivo de lei estadual vinculando a alteração do subsídio do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado ao reajuste dos vencimentos dos servidores públicos. (...)

‘*Mutatis mutantis*’ a situação é a mesma em se tratando de lei municipal que vincula a alteração do subsídio de vereador ao reajuste do funcionário público municipal. Evidente a inconstitucionalidade de dispositivo que prevê tal vinculação para o reajuste dos vereadores, porquanto também nessa hipótese ocorre violação à ‘regra da legislatura’, estatuída no artigo 29, VI, da Constituição da República. É o caso dos autos, em que a edição de lei atrelando a revisão do subsídio dos vereadores ao reajuste dos servidores municipais, ensejou alteração daquele na mesma legislatura, pelos próprios parlamentares, que assim acabaram por legislar em causa própria, em clara e inequívoca transgressão ao princípio da moralidade administrativa, que a Constituição Federal consagra (artigo 37) e protege (art. 5º, LXXIII).

Em suma, como bem anotou o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, ‘Sendo que a remuneração deve ser fixada em cada legislatura para a subseqüente, não é tolerável a ‘revisão anual dos subsídios’, mesmo porque ‘Não faria sentido que, de um lado, a Carta Magna condicionasse a fixação dos subsídios dos Vereadores a legislatura e, de

outro lado, mantivesse para os parlamentares, sem mais, a aplicação da regra geral do art. 37, X' (fl. 501).

Por derradeiro, é oportuna trazer à baila vetusta decisão da Suprema Corte, da lavra do Ministro Mário Guimarães, ao julgar o RE nº 25.793/SP, em 1º de agosto de 1955, quando se decidiu que 'Não podem as Câmaras Municipais alterar durante o período do mandato, o subsídio de seus vereadores (...), colhendo-se desse venerando acórdão citação sobre a matéria, que nos dias atuais tem inteira aplicabilidade e está assim redigida: 'João Barbalho, comentando o art. 46, da Constituição de 91, achava que deveria a fixação do subsídio ser antes da eleição, de modo que se não soubesse quem queria o beneficiado – cautela que hoje consta da Constituição de 46, e terminava suas considerações com a citação destas palavras de Aristóteles, sempre oportuna entre nós – 'Combinai de tal forma vossas leis e vossas instituições, que os empregos não possam ser objeto de um cálculo interessado' (V. Comentários à Constituição Federal Brasileira, pg. 235)' (...)." (TJSP, II 161.056-0/0-00, Órgão Especial, Rel. Des. Mário Devienne Ferraz, 13-08-2008, v.u.).

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 2º da Resolução 03/12, da Câmara Municipal de Tupã. Vinculação da revisão dos subsídios dos vereadores à dos demais servidores. Inadmissibilidade. Vinculação que ofende o art. 115, XV, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade. Precedentes deste Órgão Especial. Ação julgada procedente. (TJSP, ADIN 0078162-58.2013.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, 28-05-2014, v.u.)."

No mesmo sentido, é a manifestação doutrinária:

"A garantia da irredutibilidade não se estende aos agentes políticos investidos em mandatos e que não integram carreiras. Com efeito, diferentemente dos servidores públicos, esses agentes políticos não gozam da garantia, uma vez que a fixação de seus subsídios situa-se no plano das conveniências políticas. Tampouco há legitimidade na vinculação da revisão geral do funcionalismo público para fins da concessão de reajuste dos agentes políticos. A fixação dos subsídios dessa espécie de agentes políticos atende ao seu específico regime jurídico, incomparável com os demais, denotando-se limites e parâmetros diferenciados, razão pela qual não se inserem na revisão geral prevista no art. 37, X, da Constituição.

(...)

É importante ressaltar que a evolução histórico-constitucional brasileira da irredutibilidade ressalta aspectos subjetivos (de exceção passou a regra) e objetivos (enumeração taxativa da limitação de seu alcance e de sua extensão, ainda que, atualmente, pela adoção da técnica normativa da remissão a preceitos constitucionais). Se ela não é absoluta, como revelam as remissões normativas daquilo que pode decrescer a remuneração (arts. 37, XI, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I), constata-se que, a par da irredutibilidade em favor dos vencimentos dos servidores públicos estar ligada indissociavelmente ao direito de revisão geral anual (art. 37, X e XV) – porque esta poderia implicar aumento ou diminuição conforme a valorização ou não da moeda, e tendo a remuneração natureza de dívida de valor, se impede a redução – quando a Constituição Federal quis estabelecer irredutibilidade de subsídio e direito à revisão geral anual a outras espécies de agentes públicos políticos o fez expressamente, como se percebe dos citados arts. 95, III, e 128, § 5º, I, c.

Poder-se-ia afirmar que essa impressão é falsa porque nos art. 37, X e XV, há remissão explícita ao subsídio e aos vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos, mormente porque se referem ao art. 39, § 4º, cuja redação daria a impressão de abranger os agentes políticos no raio de ação do direito à revisão geral anual contido no art. 37, X. Entretanto, tal argumento despreza a obviedade: o regime remuneratório (por subsídio) de agentes políticos temporariamente investidos em mandato eletivo ou na administração superior (Ministros de Estado e Secretários de Estados e Municípios) é diferenciado do regime daqueles vitalícios em cargos isolados ou de carreira técnico-científica, e que possuem com explícita referência à irredutibilidade e a revisão geral anual (arts. 95, III, e 128, § 5º, I, c). Além disso, se essa fosse a concepção constituinte, haveria previsão expressa, nesse sentido, nos arts. 27, § 1º, 28, § 2º, 29, V e VI, 49, VII e VIII, e que, se houvesse, seria absolutamente contraditória à regra da anterioridade da legislatura (art. 29, VI), pela qual durante esse período os subsídios são inalteráveis” (WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR. *Remuneração dos Agentes Públicos*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 166-167, 222-224).

No esteio das considerações esposadas, resta visível a ofensa dos atos normativos vergastados ao art. 115, XI, da Constituição Estadual.

B – Da Inadmissibilidade de Vinculação do Índice de Revisão Aplicável aos Servidores Públicos Municipais aos Agentes Políticos Municipais

Não obstante a inconstitucionalidade apontada no tópico anterior, os atos normativos vergastados, ao instituírem o direito à revisão geral anual dos subsídios dos agentes políticos municipais vinculá-lo ao índice adotado na revisão da remuneração dos servidores públicos municipais, também padecem de inconstitucionalidade por incompatibilidade de seus enunciados ao art. 115, XV, da Constituição Estadual, que reproduz o art. 37, XIII, da Constituição Federal.

Isso porque, pelo que se abstrai da leitura do dispositivo supramencionado, o ordenamento constitucional não autoriza a vinculação entre os subsídios dos agentes políticos municipais e o dos servidores públicos municipais para fins de revisão geral anual. Vejamos:

“Art. 115

(...)

XV – é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, observado o disposto na Constituição Federal;”

Nesse sentido, aliás, observa balizada doutrina que:

“As manifestações da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre indicaram a impossibilidade de vinculação entre carreiras diversas, interditando que os estímulos de uma determinada categoria correspondessem a um percentual de outro e, conseqüentemente, que o aumento concedido a uma fosse estendido à outra, impedindo ‘majorações de vencimentos em cadeia’. Assim, por exemplo, a vinculação, prevista em lei estadual, da alteração dos subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado às propostas de fixação dos vencimentos dos servidores públicos em geral ofende o inciso XIII do art. 37. O que não se coaduna com a noção proibitiva do art. 37, XIII, é uma vinculação positiva, diferentemente da inserção de um limite, tornando o vencimento ou subsídio de uma carreira dependente de outra” (WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR. *Remuneração dos Agentes Públicos*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 133-136).

Destarte, é indevida a vinculação do índice de revisão aplicável aos servidores públicos municipais à revisão geral anual dos subsídios dos agentes políticos municipais, vez que tal ato caracteriza ofensa direta ao art. 115, XV, da Carta Bandeirante.

III – Pedido Liminar

À saciedade demonstrado o *fumus boni iuris*, pela ponderabilidade do direito alegado, soma-se a ele o *periculum in mora*, visível na *quaestio iuris* pelo efeito nocivo do comprometimento do erário. A atual tessitura dos atos normativos impugnados apontados como violadores de princípios e regras da Constituição do Estado de São Paulo é sinal, *de per si*, para suspensão de sua eficácia até final julgamento desta ação.

À luz deste perfil, requer a concessão de liminar para suspensão da eficácia, até final e definitivo julgamento desta ação, da RESOLUÇÃO Nº 96, DE 28 DE MARÇO DE 2014, BEM COMO DA EXPRESSÃO “*aplicando-se o disposto no artigo 37, inciso X, da CONSTITUIÇÃO FEDERAL*”, constante do art. 1º da RESOLUÇÃO nº 223, de 25 de abril de 2012, editadas pela CÂMARA MUNICIPAL de RIBEIRÃO PRETO.

IV – Pedido

Face ao exposto, requer-se o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Resolução Nº 96, de 28 de março de 2014, bem como da expressão “*aplicando-se o disposto no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal*”, constante do art. 1º da Resolução nº 223, de 25 de abril de 2012, editadas pela Câmara Municipal de Ribeirão Preto.

Requer-se que sejam requisitadas informações à Câmara Municipal de Ribeirão Preto, bem como posteriormente citado o Procurador-Geral do Estado para se manifestar sobre o ato normativo impugnado, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 10 de novembro de 2014

Márcio Fenando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça

Mandado de Segurança – Cargo Público – Concurso – Aprovação – Manutenção de Servidores Não Concursados na Função – Consequências

Nilton Belli Filho

Promotor de Justiça – SP _____

2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Guarulhos – SP.

Registro nº 45/11.

Mandado de Segurança

Impetrante: Andreia Domingos Macedo

Impetrado: Prefeito do Município de Guarulhos

PARECER DA 18ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA

MM. Juiz,

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Andreia Domingos Macedo contra ato do *Prefeito do Município de Guarulhos* aduzindo que, na qualidade de candidata aprovada em concurso para provimento de cargo de Procurador municipal – III reputa ilegal a manutenção de outros dezessete ocupantes do mesmo cargo, pois não realizaram referido concurso. Assim, pleiteia a concessão de liminar e a final segurança, para que tais servidores sejam alijados dos aludidos cargos, pois comissionados, ingressando os candidatos aprovados no certame pela respectiva ordem de classificação, a se iniciar pela impetrante.

A liminar foi deferida parcialmente, determinando que o impetrado realizasse a nomeação dos candidatos aprovados no concurso vigente, obedecendo-se a ordem de classificação, dispensando-se os servidores Carlos Andrade, Edmir de Azevedo, Denise Lacava Pinheiro, José Roberto Hatje, Nadia Ferrari Scanavacca, Sonia Regina Stevanato de Souza, Paulo Sergio Paes e Eloisa Aparecida Iartelli Ribeiro.

No entanto, a decisão manteve íntegra a contratação dos servidores Edson Rubens Polillo, Roberto Chebat, Anderson de Almeida Cardoso, Itamar Albuquerque, Marjorie Nery Paranzini, Regina Flavia Latini Puosso, José Sidney Polachine, Elaine Baptista Lacerda Gonçalves e Alvaro Luiz José Romão (fls. 229/239).

Em seguida, a impetrante manejou embargos de declaração em face do decisório liminar (fls. 273/276), mas restaram rejeitados (fls. 284). Também o impetrado se insurgiu (fls. 353/354), sem êxito.

A autoridade prestou informações (fls. 418/436), aduzindo preliminares, além de sustentar a legalidade das contratações. Da mesma forma e, com o fito de se evitar quaisquer nulidades, os servidores envolvidos foram instados

a se pronunciar e apresentaram respostas, inclusive asseverando prejudiciais (fls. 218/227, 696/729, 759/772, 1042/1043, 1056/1057, 1070/1071, 1082/1152, 1170/1203, 1218/1252, 1268/1301).

A Associação dos Procuradores Concursados do Município de Guarulhos (APCMGRU) peticionou para interveniência na causa como assistente simples da impetrante (fls. 1012/1014), intento repudiado pelos servidores e pela autoridade (fls. 1334/1338, 1347/1348, 1349/1353, 1358/1360, 1362/1365, 1379/1380). A interveniência foi rejeitada pelo juízo, em decisório não objurgado (fls. 1381).

É a síntese do necessário.

PRELIMINARMENTE

Cumpre ressaltar que a intervenção deste órgão, conforme já alvitrado a fls. 875/877, dá-se em função do inciso III, do artigo 82, do Código de Processo Civil c.c. artigo 12 da Lei Federal nº 12016/09.

Em face da complexidade da matéria em debate, sem falar na presença de 17 (dezessete) envolvidos diretamente no assunto, como assistentes litisconsorciais, todos repudiando a impetração em substanciosas respostas, justifica-se este subscritor pela delonga na elaboração deste parecer escudado, ademais, em postura do C. Superior Tribunal de Justiça, concebida quando em vigor a Lei Federal nº 1533/51:

“Consoante entendimento assente na Primeira Seção do STJ, é obrigatória a intervenção do Ministério Público no mandado de segurança, sob pena de nulidade. Por seu manifesto interesse público, esse pronunciamento não se subordina ao prazo estipulado no art. 10 da Lei nº 1533/51” (STJ, EREsp nº 26709/AM, 1ª Seção, rel. Min. Peçanha Martins, j. 30.05.95, DJU 25.09.95, pág. 31058, grifei).

Assim e, iniciando a abordagem, eventual arguição de nulidade pela falta de integração dos servidores à lide resta prejudicada, na medida em que foi garantida oportunidade para manifestação nesta impetração, consoante sugerido por este órgão a fls. 875/877, e determinado a fls. 879. Ademais, referidos servidores encartaram polpudas manifestações, rebatendo a tese sufragada na exordial, não se verificando infringência aos mandamentos constitucionais dos incisos LIV e LV, do artigo 5º.

Cabe ponderar, ainda, que a ausência de interesse processual suscitada pelos impetrados confunde-se com a questão probatória, pois a demonstração

do direito líquido e certo ante os fatos narrados diz respeito ao mérito da impetração. Corrobora essa assertiva o seguinte julgado:

“...verificando-se a contratação temporária para o exercício de cargos, no prazo de validade do concurso público, para os quais existem candidatos aprovados dentro do número de vagas, surge para estes candidatos o direito líquido e certo à nomeação. Precedentes. Recurso ordinário conhecido e provido” (STJ, 5ª Turma, RMS 11.222/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 06.02.2006).

Da mesma forma, EURICO FERRARESI em substanciosa monografia acerca do writ:

“Logo, a complexidade da matéria de direito não impede o mandado de segurança. Desde que o pedido esteja apoiado em fatos incontroversos, há ‘direito’ líquido e certo, e o judiciário não pode se escusar de enfrentar a questão. A necessidade de que a inicial do mandado de segurança venha com a prova pré-constituída não se confunde com eventual dificuldade no enquadramento jurídico da controvérsia. Vale dizer: a certeza e a liquidez relacionam-se aos fatos. Qualquer dificuldade relacionada à interpretação do direito é atribuição do juiz resolver” (in *Do Mandado de Segurança*, 1ª ed., 2010, Ed. Forense, p. 07).

Em abono e, sedimentando o assunto, a Súmula nº 625, do Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer que “controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

Suscitam também a ocorrência de decadência na impetração; contudo, considerando a conduta da autoridade em preterir a impetrante e os demais aprovados, supostamente favorecendo servidores não concursados, revela-se atitude omissiva e, nesse particular, “o ato omissivo tem efeitos que se protraem no tempo e, enquanto não cessada a omissão, não se inicia o prazo decadencial” (STJ, 1ª. Seção, MS 8301, rel. Min. Eliana Calmon, j.09.10.2002, DJU 02.12.2002, p. 216, v.u.).

Insta observar, apoiado em NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADRE NERY, “que mencionado prazo contraria a natureza do mandado de segurança, individual ou coletivo. Tratando-se de ação prevista expressamente na Constituição Federal, no Título ‘Dos Direitos e Garantias Fundamentais’, e considerando que o próprio Texto Constitucional não fez qualquer ressalva a respeito do prazo de impetração, por uma interpretação lógico-sistemática, conclui-se que o art. 18 da Lei nº 1533/51 não foi recepcionado pela ordem constitucional de 1988. Os requisitos para a impetração do mandado de segu-

rança estão previstos na Carta Constitucional e não cabe ao legislador ordinário trazer limites e requisitos que não estão lá expressos” (in *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante em Vigor*, 5ª ed., Ed. RT, p. 1605, grifei). Significa dizer que a alegada decadência não se sustenta em face da nova ordem constitucional.

Foi arguida incompetência da Justiça Estadual comum para apreciação deste, tendo em vista que os servidores são regidos pela CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) e, pelo contido no artigo 114 da Constituição da República, imperiosa a remessa dos autos à Justiça do Trabalho.

De se mencionar que a servidora Marjorie Nery Paranzini ofereceu exceção de incompetência nesse particular, sendo-lhe negada a pretensão; o magistrado ao rejeitar se baseou na ausência de discussão da relação de emprego em si, porquanto vazada causa de pedir lastreada na ilegalidade das nomeações dos servidores não concursados, em detrimento dos candidatos aprovados no certame.

Tal fundamento se amolda à hipótese, não comportando guarida a remessa à Justiça do Trabalho; a controvérsia instaurada não concerne aos meandros da relação empregatícia ou questões específicas do contrato de trabalho, e suas implicações, mas aspectos eminentemente administrativo-funcionais, envolvendo os servidores ocupantes dos cargos de Procurador Municipal, e ilegalidade advinda da autoridade em mantê-los nos respectivos postos. Nessa toada:

“A matéria nuclear do exercício da jurisdição trabalhista está centrada na existência de relação trabalhista, no sentido estrito do termo. À Justiça Especializada cabe decidir se a postulação é pertinente ou não, com base no contrato de trabalho” (STF, Pleno, CC nº 7118/BA, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 29.08.2002, DJU 04.10.2002, p. 343, v.u., grifei).

E o Pretório Excelso, em julgado recente e lapidar, firmou competência da Justiça Comum em situações semelhantes:

“Agravos regimental – Reclamação – Administrativo e Processual Civil – Dissídio entre servidor e poder público – ADI nº 3.395/DF-MC – Incompetência da Justiça do Trabalho.

1. Compete à Justiça comum pronunciar-se sobre a existência, a validade e a eficácia das relações entre servidores e o poder público, fundadas em vínculo jurídico-administrativo. É irrelevante a argumentação de que o contrato

é temporário ou precário, ainda que extrapolado seu prazo inicial, bem assim se o liame decorre de ocupação de cargo comissionado ou função gratificada.

2. Não descaracteriza a competência da Justiça comum, em tais dissídios, o fato de se requerer verbas rescisórias, FGTS e outros encargos de natureza similar, dada a prevalência da questão de fundo, que diz respeito à própria natureza da relação jurídico-administrativa, visto que desvirtuada ou submetida a vícios de origem, como fraude, simulação ou ausência de concurso público. Nesse último caso, ultrapassa o limite da competência do STF a investigação sobre o conteúdo dessa causa de pedir específica”. (STF, Pleno, Rcl 4626 AgR/ES, rel. Min. Dias Toffoli, j. 24.02.2011, v.u. grifei).

Improspera a alegação de conexão deste com a ação civil pública tramitando na 4ª Vara Cível local (fls. 460/694) até porque já conta esta decisão monocrática favorável ao Ministério Público-autor (fls. 588/597) e, assim, “a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado” (Súmula nº 235 do STJ).

A conexão tem seu nascedouro se conveniente reunião das demandas para evitar decisões conflitantes, desde que entre elas hajam pontos de contato, notadamente no objeto e/ou causa de pedir. No entanto, inexistem coincidências entre as demandas, pois diferentes todos os elementos constitutivos das respectivas ações. Aliás, basta consultar as cópias encartadas da ação civil pública para se concluir pela inviabilidade da propalada conexão. Confira-se a respeito:

“Termo final. As ações devem receber julgamento conjunto, como o advérbio simultaneamente está a indicar. O termo final para a reunião, portanto, é o momento imediatamente antecedente à prolação da sentença de mérito. Proferida a sentença, não é mais possível ordenar-se a reunião de ações conexas.” (cf. NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, ob. cit., p. 557, grifei).

De nenhum cabimento a perda do objeto na impetração, falecendo interesse processual à impetrante, eis que prorrogado administrativamente o prazo de validade do concurso, até 02 de fevereiro de 2013. A impetração ostenta âmbito mais abrangente, não somente o de postergar a validade do certame, mas o de alijar servidores comissionados em cargos de provimento exclusivamente por concurso público, a serem ocupados pelos candidatos aprovados pela ordem de classificação.

A decisão proferida em caráter liminar apreciou condignamente a objeção vinda dos assistentes, referente à quebra do sigilo pessoal desses servidores; o fornecido pela impetrante não se reveste dessa garantia, tendo natureza pública e acessível a todos, disponíveis para consulta na imprensa oficial. Vale citar, em amparo, interessante aresto:

“A publicidade constitui regra essencial, como resulta da Lei Fundamental, art. 5º, LX, quanto aos atos processuais; 37, caput, quanto aos princípios a serem observados pela Administração; seu § 1º, quanto à chamada publicidade institucional: 93, IX e X, quanto às decisões judiciais, inclusive administrativas, além de jurisprudência, inclusive a Súmula 684/STF, em sua compreensão.

No caso, não há justificativa razoável a determinar a incidência da exceção (sigilo), em detrimento da regra. Aplicação, ademais, do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, como bem ponderado pelo órgão do Ministério Público Federal”. (STJ, 3ª Seção, HD nº 91/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14.03.2007, RT 863/163, grifei).

Comente-se – embora não suscitada pelos impetrados – a legitimidade ativa da impetrante, ainda que sua iniciativa, se acatada, irá beneficiar outros candidatos. Nesse particular, o preclaro JOSÉ DA SILVA PACHECO:

“O titular de direito líquido e certo, violado ou ameaçado por ato de autoridade, poderá impetrar mandado de segurança. O impetrante é o autor da ação. Se o direito couber a várias pessoas, qualquer delas poderá fazê-lo. Ademais, se o direito líquido e certo decorrer de outro, igualmente líquido e certo, embora de outro titular, poderá o sujeito daquele impetrar o mandado em favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, em prazo razoável, apesar de, para isso, notificado judicialmente” (in O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas, 2ª ed., 1991, Ed. RT, p. 185, grifei).

Posto isso, impõe-se a rejeição das prejudiciais aduzidas nas informações da autoridade e demais respostas dos assistentes litisconsorciais.

MÉRITO

Conforme se extrai do bem lançado decisório liminar, os servidores envolvidos e, ocupantes dos cargos de Procurador Municipal, submetem-se ao regime jurídico celetista e, assim, optou o magistrado por dividi-los em quatro grupos distintos, segundo a data de ingresso, critério também adotado neste pronunciamento ministerial.

O primeiro grupo é ocupado pelo advogado Carlos Andrade, contando atualmente mais de setenta anos (fls. 29/30) e já dispensado do serviço público (fls.80 do apenso referente a agravo de instrumento).

Deve persistir o conteúdo da liminar, haja vista que impossível a permanência de servidor com idade superior a setenta anos; o aspecto etário dá azo à aposentadoria compulsória, à luz do artigo 40, parágrafo 1º, inciso II, da Constituição da República.

E não só o aspecto etário motiva a dispensa de Carlos Andrade, mas o fato de ter sido admitido temporariamente no serviço público, em regime celetista, para exercer a ‘função de Procurador’, segundo se lê da Portaria nº 515/83-GP de sua nomeação (fls 28). Aglutinados os termos da nomeação do servidor, indubiosamente fora contratado em caráter precário, provisório, e com a finalidade de laborar em função comissionada, só que em cargo efetivo, de provimento por concurso público.

A se destacar a situação do servidor Edmir de Azevedo, nomeado em 08 de fevereiro de 1993, para ocupar o cargo de Procurador, em comissão, quando já vigorava há quase cinco anos a Constituição de 1988; pelo já alvitado inciso II, do artigo 37, da CF/88, proscribida a admissão de servidor público em comissão, mormente para cargo de provimento efetivo, mediante concurso.

O segundo grupo abrange Procuradores que adentraram na função antes de 05 de outubro de 1983, mas possuem atualmente menos de setenta anos de idade; a liminar não os retirara da Administração, com fulcro no artigo 19 do ADCT-CF/88, supostamente porque estáveis no serviço público, entendimento aplicável a qualquer espécie de servidor que, na data da promulgação da Constituição, contasse pelo menos cinco anos continuados na aludida função.

Excepcionalmente, a Constituição conferiu estabilidade a servidores que não preencheram os requisitos previstos no seu artigo 41 e parágrafos, desde que estivessem em exercício na data da promulgação dela há pelo menos cinco anos continuados (art. 19 do ADCT).

No entanto, o reconhecimento de estabilidade a tais servidores não implica efetividade, porque esta só existe com relação a cargos de provimento por concurso; a conclusão se firma pela norma do parágrafo 1º. do aludido dispositivo, que permite a contagem de tempo de serviço prestado pelos servidores que adquiriram essa estabilidade excepcional, ‘como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei’.

O Supremo Tribunal Federal dispôs, acerca do artigo 19 do ADCT:

“...é um favor constitucional conferido àquele servidor admitido sem concurso público há pelo menos cinco anos antes da promulgação da Constituição. Preenchidas as condições insertas no preceito transitório, o servidor é estável, mas não é efetivo, e possui somente o direito de permanência no serviço público no cargo em que fora admitido, todavia sem incorporação na carreira, não tendo direito a progressão funcional nela, ou a desfrutar de benefícios que sejam privativos de seus integrantes. O servidor que preencher as condições exigidas pelo art. 19 do ADCT-CF/88 é estável no cargo para o qual fora contratado pela Administração Pública, mas não é efetivo. Não é titular do cargo que ocupa, não integra a carreira e goza apenas de uma estabilidade especial no serviço público, que não se confunde com aquela estabilidade regular disciplinada pelo art. 41 da Constituição Federal. Não tem direito a efetivação, a não ser que se submeta a concurso público, quando, aprovado e nomeado, fará jus à contagem do tempo de serviço prestado no período de estabilidade excepcional, como título” .

(...)

Não há que confundir efetividade com estabilidade. Aquela é atributo do cargo, designando o funcionário desde o instante da nomeação; a estabilidade é aderência, é integração no serviço público, depois de preenchidas determinadas condições fixadas em lei, e adquirida pelo decurso de tempo” (STF – RTJ 165/684, grifei).

A excepcionalidade que justificou a contratação dos referidos servidores, antes da promulgação da Constituição da República, sem prévia realização de concurso, lastreava-se em situação de conveniência e oportunidade da Administração Pública; tal discricionariedade se esvai neste momento, não só em função do transcurso do tempo após a Constituição de 1988, mas pelo fato de que o Município ostenta plenas condições de recrutar pessoal especializado mediante concurso público, até porque, detém uma das mais pujantes economias no cenário nacional.

Aliás, ao servidor admitido em caráter temporário e excepcional não se aplicam as garantias constitucionais contidas no inciso XXXVI, do artigo 5º, notadamente a do direito adquirido à manutenção das contratações efetuadas sob a égide do diploma anterior e sem as formalidades imprescindíveis para o provimento dos cargos de Procurador. É incontroverso, ademais, que todos os servidores mencionados na impetração, sem exceção, foram admitidos na

Administração sem prévio concurso e, por conseguinte, tais benesses conferidas pela equiparação do artigo 19 do ADCT também não podem ser outorgadas, como profliga a Corte Suprema:

“A estabilidade prevista no artigo 19 do ADCT não garante ao servidor a permanência em cargo diverso daquele em que ingressou no serviço público, tampouco lhe assegura a efetivação, sem aprovação em concurso” (STF, 2ª Turma, RE nº 157214-1/PA, rel. Min. Francisco Rezek, j. 23.04.96, DJU 20.06.97).

De mais a mais, a Corte Constitucional fulmina a pretensão dos servidores celetistas em questão, até porque contratados como comissionados, não fazendo jus a propalada estabilidade:

“A garantia constitucional da estabilidade, inclusive a do art. 19 do ADCT, é absolutamente incompatível com o exercício de cargos em comissão e de empregos ou funções de confiança, inclusive funções de assessoramento superior” (STF – RDA 181/86)

Não confirmados os requisitos exigidos pelo artigo 19 do ADCT ao servidor, *“cabera exoneração ex officio, desde que assegurado ao interessado o direito de defesa, consoante entendimento consagrado pelo STF na Súmula nº 21, ‘funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade’. A mesma exigência está implícita no artigo 5º, LV, da Constituição, que assegura aos acusados em geral, nos processos judicial e administrativo, o contraditório, a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”* (cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO *in Direito Administrativo*, 3ª ed., 1992, Ed. Atlas, p. 327).

DIÓGENES GASPARINI espanca eventual atribuição de direito adquirido aos servidores admitidos sem concurso, estabelecendo inexistir segurança ou, quiçá, efetividade em razão do transcurso do tempo no serviço público, dado o ingresso como comissionados.

Observa que *“cargo de provimento em comissão, ou simplesmente cargo em comissão, é o que menos segurança dá, em termos de permanência no cargo, ao seu titular. É ocupado transitoriamente por alguém, sem direito de nele permanecer indefinidamente. A Constituição da República qualifica-o de cargo livre nomeação e exoneração. Assim, como a nomeação de seus ocupantes é livre, livre também é a sua exoneração, isto é, nada precisa ser alegado para justificar seu desligamento. A exoneração, nesses casos, diz-se ad nutum da autoridade competente”* (*in Direito Administrativo*, 4ª ed., 1995, Ed. Saraiva, p. 193/194, grifei).

E o inexcusável mestre JOSÉ CRETELLA JÚNIOR dá contornos definitivos ao tema, pondo fim à cogitação de direito adquirido e estabilidade:

“Caracterizam-se os cargos em comissão por serem de confiança e por poderem seus titulares ser demissíveis ad nutum, não devendo, de modo algum, ser confundidos com os de exercício temporário, cujo poder legal é conferido para certo tempo, como acontece com os deputados ao Parlamento.

O funcionário em comissão não é efetivo, não adquire estabilidade pelo decurso do tempo. É ao exercício que se refere o vocábulo ‘efetivo’, na expressão ‘efetivo exercício’ e não ao funcionário.

O funcionário titular ou ocupante de cargo público efetivo deve ter exercício durante o lapso de tempo para adquirir estabilidade. O funcionário ocupante de cargo em comissão não adquire estabilidade, mesmo que exerça efetivamente o cargo durante dez anos. E isso porque o cargo não possui essa virtude de conferir estabilidade.

(....)

Opondo os funcionários ‘nomeados em virtude de concurso de provas’ aos funcionários ‘em geral’, parece não haver dúvida que, entre estes, se incluíam os funcionários em comissão.

(...)

O exercício de cargo em comissão não confere estabilidade a seu ocupante, podendo este ser demissível ad nutum a critério do poder público, visto que este tipo de cargo não possui a virtude de outorgar aos funcionários as mesmas vantagens asseguradas aos efetivos pelo decurso do tempo” (in *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed., Ed. Forense, 1987, p. 501/502, grifei).

Ainda que tais servidores se submetam ao regime jurídico celetista, isso não significa equipará-los aos demais funcionários efetivos que também são regidos pela CLT; a forma de ingresso dos Procuradores é que se mostrou viciada, pouco importando o regime jurídico atribuído ao cargo, quer estatutário, quer celetista. Questiona-se a maneira pela qual adentraram ao serviço público municipal, sendo irrelevante o regime jurídico que lhes fora atribuído.

Noutras palavras, a Constituição da República contempla a possibilidade da Administração Pública congregar servidores estatutários e celetistas; todavia, o ingresso deles no serviço só se dará mediante concurso, exceto nas funções de confiança e nos cargos em comissão. Então, se os servidores questionados foram contratados pelo regime CLT, isso não lhes dá direito a permanecer nos quadros da municipalidade, pois não se submeteram

à seleção de provas e/ou provas e títulos; foram admitidos como pessoal variável, em caráter temporário, comissionados, mas regidos pela CLT. Afastou-se, por conseguinte, a alegação de direito adquirido a tornar inatacáveis as contratações.

Merece acolhida a impetração para estender os efeitos da liminar aos servidores EDSON RUBENS POLLILO e ROBERTO CHEBAT, integrantes desse segundo grupo.

O terceiro grupo se constitui por aqueles ingressos na função após 05 de outubro de 1983, mas antes de 05 de outubro de 1988; tais pessoas se deslocaram para a função de Procurador mediante provimento derivado e, assim, estariam acobertados pelo permissivo constitucional do artigo 97, parágrafo 1º, da Carta de 1969, em vigor à época da contratação. A inserção deles na municipalidade, no quadro de Procuradores, não se deu como primeira investidura, mas transportados doutras funções.

Cumprido ter presente, neste ponto, não obstante a clareza textual do preceito constitucional atualmente em vigor, a advertência feita por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

“Ingresso no serviço público. Segundo o dispositivo em exame, o ingresso no serviço público pressupõe aprovação em concurso. Insiste o texto, até, que a aprovação deverá ser prévia à nomeação. Não mais admite, porém, exceções a serem estabelecidas na lei, como o fazia a Constituição anterior” (in *Comentários à Constituição Brasileira*, Vol. I/246, 1990, Ed. Saraiva).

O sistema de direito constitucional positivo vigente no Brasil revela-se incompatível com quaisquer prescrições normativas que, estabelecendo a inversão da fórmula proclamada pelo artigo 37, inciso II, da Carta Federal, consagrem a esdrúxula figura do concurso público *a posteriori*.

Dentro dessa perspectiva jurídico-constitucional, não mais se justifica o entendimento – que certa vez prevaleceu, sob a égide da Constituição de 1946, no âmbito da Suprema Corte – de que *“o concurso feito depois da nomeação corrige qualquer irregularidade porventura existente”* (STF – RTJ 31/518).

Convém ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, quando vigente a Carta Política de 1969, já proclamara que o reconhecimento do direito à investidura, em cargo público, de quem não se habilitara previamente em concurso público de provas, ou de provas e títulos, importava em ofensa ao postulado hoje consagrado pelo art. 37, II, da Constituição de 1988 (cf. RTJ 118/1179).

Bastante expressivo, neste prisma, o escólio de ADILSON ABREU DALLARI:

“...o concurso público é um instrumento de realização concreta dos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. Por isso, qualquer dúvida a respeito da realização de um concurso público deve ser resolvida à luz desses princípios, desprezando-se preciosismos inúteis, literalidades exacerbadas, e questiúnculas de somenos, bem como proscrevendo-se as meras encenações levadas a efeito para mascarar escolhas subjetivas.

Esta última observação ganha importância diante da constatação de que a exigência de concurso, agora, na Constituição de 1988, é muito mais ampla do que aquilo que constava literalmente do texto decaído de 1969.

Com efeito, a Carta anterior, em seu art. 97, par 1º, falava em ‘primeira’ investidura e apenas em ‘cargo’ público. Já foram anteriormente expostas as consequências desastrosas dessa redação. Para evitar a repetição das burlas e dos subterfúgios o texto atual procurou ‘cercear’ o concurso dispondo, no inciso I do art. 37, que ele é obrigatório para qualquer investidura, seja em cargo, seja em emprego público” (in Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 2ª ed., 1990, Ed. RT, p. 37, grifei).

Enquadram-se nesta seção os servidores Anderson de Almeida Cardoso, Itamar Albuquerque, Marjorie Nery Paranzini, Regina Flavia Latini Puosso, José Sidney Polachini, Elaine Baptista de Lacerda Gonçalves e Alvaro Luiz José Romão, indevidamente alçados à função de Procurador municipal, pese terem adentrado ao serviço público noutra função.

Da leitura dos Decretos concernentes às nomeações e subsequentes transferências dos epigrafados servidores, nítido o descompasso entre a função primitivamente estipulada quando da admissão – como Assistente de Administração, Assistente Técnico, Assessor Administrativo – e a posteriormente desempenhada, de Procurador. A própria nomenclatura utilizada nos instrumentos normativos – “Transformação de Função” – deixa certo ocupavam funções comissionadas, em confiança, mas não cargos de provimento originário, por concurso público; isso enseja imediato desligamento da Administração municipal.

Nesse jaez, a Súmula nº 685 do Supremo Tribunal Federal, a recomendar o imediato afastamento desses servidores das funções de Procurador Municipal:

“É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao

seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

Importante ressaltar, também, que a partir da Constituição de 1988, a absoluta imprescindibilidade do concurso público não mais se limita à hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, impondo-se às pessoas estatais como regra geral de observância compulsória, inclusive às hipóteses de transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas das iniciais que, quando desacompanhadas da prévia realização do concurso, resultam formas inconstitucionais de provimento.

Em conclusão, *“a investidura em cargos ou empregos públicos depende de aprovação prévia em concurso público, de provas ou provas e títulos, não havendo possibilidade de edição de lei que, mediante agrupamento de carreiras, opere transformações em cargos, permitindo que os ocupantes dos cargos originários fossem investidos nos cargos emergentes, de carreira diversa daquela para a qual ingressaram no serviço público, sem concurso público”* (cf. ALEXANDRE DE MORAES *in Constituição do Brasil Interpretada*, 1ª ed., 2002, Ed. Atlas, p. 829).

Por fim, o último grupo a ser analisado é daqueles servidores admitidos em primeira investidura, na época do diploma de 1969, enquadrados no parágrafo 1º, do artigo 97 da Carta outorgada. Segundo se ponderou acima, mesmo sob o pálio da Carta de 1969, inafastável o ingresso por concurso público quando da primeira investidura e eventual dispensa deverá vir expressamente contemplada em lei, algo não verificado nesse quarto grupo de servidores.

A atual Constituição é intransigente em relação à imposição à primazia do princípio constitucional do concurso público, como regra a todas as admissões da Administração, vedando expressamente tanto a ausência deste postulado, quanto seu afastamento fraudulento, por meio de transferência de servidores públicos para outros cargos diversos daquele para o qual fora originariamente admitido. As exceções ao princípio, consagrado no inciso II, do artigo 37, somente existirão com explícita previsão na própria Constituição, pena de nulidade.

A regra do concurso público é pressuposto de validade da admissão de pessoal, não só na Administração Direta – como a atividade de Procurador Municipal – mas se estende aos entes da Administração Indireta, empresas públicas e sociedades de economia mista. Aos Estados-membros e Municípios,

igualmente, aplica-se tal mandamento, segundo mandamento constitucional (art. 37, *caput*).

Esse último grupo, composto por Denise Lacava Pinheiro, José Roberto Hatje, Nadia Ferrari Scanavacca, Sonia Regina Stevanato de Souza, Paulo Sergio Paes e Eloisa Aparecida Iartelli Ribeiro, exerce a função de Procurador municipal em primeira investidura e, mesmo pela interpretação constitucional de 1969, tinham de ingressar no serviço público mediante concurso e não o fizeram. Do exame das portarias de nomeação desses servidores, resta patente o cunho comissionado e precário das funções de Procurador a que foram destacados.

Compete ressaltar, ainda, que os Decretos Municipais que criaram as funções de Procurador, antes da promulgação da Constituição de 1988, incluíram tais profissionais no quadro de pessoal variável, demonstrando o inequívoco aspecto comissionado das atividades desempenhadas.

Ora, se o próprio Chefe do Executivo ao legislar utilizou as expressões 'criação de função' e os incluiu no 'quadro de pessoal variável', indubitavelmente quis inseri-los nas funções em comissão, de livre nomeação e exoneração, em caráter temporário e precário. Essas nuances são bem esmiuçadas pela doutrina:

“No entanto, ao lado do cargo e do emprego, que têm uma individualidade própria, definida em lei, existem atribuições também exercidas por servidores públicos, mas sem que lhes corresponda um cargo ou emprego. Fala-se, então, em função dando-se-lhe um conceito residual: é o conjunto de atribuições às quais não corresponde um cargo ou emprego.

A função abrange, pelo menos, duas modalidades diversas:

- 1. a de chefia, assessoramento, direção e tantas outras, remuneradas, normalmente mediante acréscimos pecuniários ao padrão do funcionário, sob os mais variados títulos, como 'pro labore', representação, gratificação, função gratificada;*
- 2. a exercida, antes da atual Constituição, pelos chamados servidores extranumerários, interinos, temporários e que compõem um quadro de funções paralelo ao quadro de cargos; normalmente essas funções têm a mesma denominação, remuneração e atribuições dos cargos correspondentes, porém são de livre provimento e exoneração, não conferindo estabilidade àqueles que as exercem; sempre serviram aos propósitos de*

apadrinhamento próprios da Administração Pública brasileira, em todos os tempos. Era uma forma de atender às exigências do serviço público, criando-se a função sem criar-se o cargo; com isto, contornava-se a exigência constitucional de concurso público para investidura” (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ob. cit., p. 309, grifei).

Mister se faz a exclusão dessas pessoas do quadro de Procuradores municipais, estribado nas palavras de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, ao traçar paralelo entre as formas de provimento originário em cargos públicos, nas vetustas Cartas de 1946 e 1969:

“O concurso é meio normal, no Brasil, de provimento dos cargos públicos, salvo raríssimas exceções. A Constituição Federal de 1946 diz em seu art.186: ‘A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde.

(...)

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, reiterando a colocação da Constituição de 1967 (art. 95, § 1º), preceitua que a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei (art. 97, § 1º), prescindindo, porém, de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração (art. 97, § 2º)” (in Curso de Direito Administrativo, 9ª ed., 1987, Ed. Forense, p. 488).

Se já na época da Carta de 1969 a primeira investidura só era possível mediante concurso e aludidos servidores não o fizeram, com maior razão a exoneração nas funções atualmente exercidas, até porque repudiadas pelo vigente ordenamento constitucional.

Nem se cogite inquirar o imediato cabimento da exoneração dos dezessete servidores integrados à lide, porquanto observadas as garantias constitucionais inspiradoras do *due process of law*, sem falar que a hipótese se circunscreve ao parágrafo 1º, do inciso I, do artigo 41, da Constituição da República.

Recentemente, até o Conselho Nacional de Justiça no seu *“amplo feixe de atribuições concernentes à supervisão administrativa e financeira das atividades do Judiciário nacional”* (cf. GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO in *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., 2011, Ed. Saraiva,

p. 1036), proferiu recomendação repressiva de nomeações feitas à margem da Constituição:

“Servidores nomeados e efetivados após a Constituição Federal de 1988 sem concurso público. Ilegalidade. Impossibilidade de convalidação do ato de ilegalidade. Atos inconstitucionais são nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer eficácia jurídica. A nulidade dos atos de investidura não pode ser protegida pelo decurso de prazo porque serve de fonte direta para o futuro da relação entre o servidor e a Administração” (CNJ, Proc. 2007100000012131, rel. Conselheiro Felipe Locke Cavalcanti, j. 10.09.2008).

De nenhum sentido a coexistência de duas categorias distintas de Procuradores em Guarulhos, atuando em conjunto na defesa dos interesses do erário; após o sistema de 1988 na mesma carreira não se concebe a possibilidade de convivência de dois grupos distintos, ou seja, um que ingressara mediante prévio concurso e o outro sem se submeter a tal seleção.

Dessume-se daí que a permanência dos servidores admitidos na municipalidade sem o prévio concurso público não se sustenta. Entendimento contrário equivale a coonestar com verdadeira aberração jurídico-administrativo-constitucional a persistência, em única carreira, de membros admitidos por diferentes critérios, mormente em se tratando de carreira a exigir considerável responsabilidade funcional, além de bagagem intelectual.

Dada a especificidade e notória relevância dos serviços prestados pelos Procuradores Municipais, inarredável sejam selecionados em criteriosos exames, encampados no concurso público. Acerca disso, traz-se à baila os argumentos tecidos pelo eminente Ministro Carlos Velloso, quando no Pretório Excelso, ao proferir voto em ação direta de inconstitucionalidade versando carreira de Delegado de Polícia, a guardar similitude com a aqui examinada:

“As funções do delegado de polícia apresentam certa especialidade, ou um alto teor de responsabilidade. Ajuntando-se isto à disposição constitucional que distingue esta carreira, não posso admitir que pelo provimento derivado sejam nela investidos integrantes de carreiras outras da Polícia Civil. Dou ênfase à especialidade das funções, porque sou tendente a reconhecer que algumas carreiras, no serviço público, apresentam – e, aliás, isto foi ressaltado também no Parecer da Procuradoria-Geral da República – características assemelhadas pelo que podem, na verdade, ser postas numa só carreira. Não é o que ocorre, entretanto, no caso” (STF, Pleno, ADI nº 245-7/RJ, rel. Min. Moreira Alves, j. 05.08.92, DJU 13.11.92, grifei).

Hialina a pretensão da impetrante em ver os ocupantes de tais funções automaticamente exonerados e, em com a vacância dos cargos de Procurador – outrora indevidamente preenchidos por servidores comissionados – os candidatos aprovados pela respectiva ordem de classificação podem ser nomeados ou, ao menos, tem direito líquido e certo a essa nomeação.

De se frisar “o fato de que se afirma ter nascido esse direito seja suscetível de comprovação mediante documento pré-constituído” (cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA *in Temas de Direito Processual*, Sexta Série, 1997, Ed. Saraiva, p. 203) e, assim, incontroverso o fato de que os servidores ocupantes de cargos comissionados, sem prévio concurso estão ilegalmente inseridos na Administração municipal, robora a assertiva quanto a pertinência do direito alegado na exordial, emergindo líquido e certo.

Os próprios assistentes litisconsorciais, em seus pronunciamentos, não trouxeram documentos visando contrariar os fornecidos pela impetrante, sendo forçosa a presunção no sentido da legalidade dos instrumentos normativos que os nomearam na Administração Municipal – encartados na inicial – posto não os terem objetado.

Carreou a impetrante na exordial os subsídios indispensáveis para demonstração de suas afirmações, documentando a incúria municipal no respeitante às carreiras jurídicas que a representam.

Extrai-se do saudoso HELY LOPES MEIRELLES (*in Mandado de Segurança*, Ed. RT, 13ª ed., 1989, p. 13/14, grifei) que:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior não é líquido nem certo, para fins de segurança”.

Em simetria, preconiza MICHEL TEMER:

“Quando se fala, pois, em direito líquido e certo quer-se significar que num primeiro momento o fato pode ser controvertido; depois, tornar-se-á certo pela adequada interpretação do direito. Por isso, não há instrução probatória no mandado de segurança. Impetrante e informante não de produzir, documentalmente, todo o alicerce para sustentação das suas alegações. O fato, portanto, há de tornar-se incontroverso pela interpretação do direito, dada por meio de da decisão judicial” (in *Elementos de Direito Constitucional*, 9ª ed., 1992, Malheiros Editores, p. 171, grifei).

O mandado de segurança é remédio de natureza constitucional e só pode ser deferido quando não houver dúvida da violação do direito; não protege todo e qualquer direito, e nem repara toda e qualquer lesão jurídica. Só é utilizável, e somente poderá ser concedido, quando houver lesão a direito líquido e certo. CASTRO NUNES definiu qual o tipo de ato de autoridade passível de impugnação por essa via:

“O ato contra o qual se requer o mandado de segurança terá que ser manifestamente inconstitucional ou ilegal para que se autorize a concessão da medida. Se a ilegalidade ou inconstitucionalidade não se apresenta aos olhos do Juiz em termos inequívocos, patente não será a violação e, portanto, certo e incontestável não será o direito. É pela evidência do dever legal da autoridade, seja para praticar o ato, seja para abster-se de o praticar, que se mede o direito correspondente, com a qualificação de certo e incontestável” (in *Do Mandado de Segurança*, Ed. Forense, 8ª ed., p. 129, grifei).

Evidente, assim, o decantado direito líquido e certo da impetrante, a ser tutelado nos autos. O mandado de segurança não visa proteger todo e qualquer direito porventura ameaçado, pois, enquanto procedimento excepcional destina-se apenas a evitar lesão a direitos incontestáveis. Conforme o magistério de CASTRO NUNES (ob. cit., pág. 20), no *“habeas corpus opta-se pela sua concessão, em caso de dúvida; no mandado de segurança, ao contrário, na dúvida não se concede”*.

A razão desse entendimento é bem clara, levando-se em consideração que o mandado de segurança visa desconstituir atos administrativos *“abonados por uma presunção de legalidade, de modo que, só muito excepcionalmente, poderão ser fulminados de ofício com a declaração de nulidade”* (cf. MIGUEL SEABRA FAGUNDES in *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Ed. Saraiva, 6ª ed., p. 41). E na espécie, a autoridade impetrada está praticando ato ilegal e, sobretudo, inconstitucional, ao manter nos quadros

da municipalidade servidores em postos de relevo, sem terem ingressado mediante imprescindível concurso público.

Ora, os Procuradores admitidos sem concurso estão em cargos em comissão de modo que *“a instituição de tais cargos é permanente, mas seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função”* (cf. HELY LOPES MEIRELLES in *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 2008, 34ª ed., p. 425/426).

Doutro flanco, em virtude dos aspectos nitidamente discricionários que nortearam as nomeações desses servidores, *“erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça pode dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Não pode assim ‘invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunas, pois essa valoração é privativa da Administração. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração”* (cf. HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 122/123). Não há falar, portanto, em interferência de um Poder em outro quando o Judiciário reconhece desvio de finalidade do Executivo.

Claro se afigura o desvio de finalidade ou de poder na atuação do impetrado, *“quando a autoridade, embora atuando nos limites da sua competência, pratica o ato por motivos ou fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal”* (cf. HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 114).

Nesse contexto, o desvio de finalidade ou de poder foi suficientemente demonstrado pela impetrante; o Chefe do Executivo, por meio de leis reconhecidas como inconstitucionais nomeara comissionados para exercer as funções próprias de Procurador do Município. Enquanto isso, os aprovados em concurso público para esse cargo ficam a aguardar, indefinidamente, que o Chefe do Executivo reconheça a conveniência e oportunidade da convocação deles para a posse; mas é evidente que, enquanto os comissionados exercerem as funções próprias de Procurador do Município, tais conveniência e oportunidade nunca surgirão. A correção de tais impropriedades só se materializa por este *writ* constitucional.

Diante do exposto, opina esta Promotoria de Justiça pela rejeição das preliminares suscitadas e, no mérito, pela concessão da segurança.

Guarulhos, 19 de agosto de 2011

Nilton Belli Filho, Promotor de Justiça

Vereador – O Direito a Informação Exercido pelo Parlamentar Não Pode Ser Vinculado ou Restringido pelo Regimento Interno da Câmara de Vereadores, eis que é uma Prerrogativa Atribuída a qualquer Cidadão – Manifestação da Doutrina e da Jurisprudência – *Mandamus* Concedido.

Luís Alberto Thompson Flores Lenz

Procurador de Justiça – PA _____

Tribunal de Justiça – 2ª Câmara Cível

Reexame Necessário nº 70017211095

Apresentante: Juíza de Direito de Santo Augusto

Impetrantes: Célia Vargas Padilha e outros

Interessado: Município de Chiapeta

Relator: Desembargador João Armando Bezerra Campos

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Colenda Câmara,

Versa o presente processo sobre um reexame necessário apresentado em razão da insigne e sempre operosa Julgadora a quo ter acolhido, em parte, o mandamus impetrado pelos autores, que são vereadores da Cidade de Chiapeta, contra o proceder da emérita autoridade coatora, Sr. Prefeito Municipal, que vem se recusando a responder aos ofícios daqueles, objetivando obter informações a respeito de diversos “negócios municipais”.

Contra tal sentença não foi interposto qualquer recurso voluntário pelas partes, sendo que após vieram os autos ao Ministério Público.

É o singelo relatório.

Do exame do presente processo, conclui o Ministério Público, em sede de reexame necessário, pela manutenção da bem lançada decisão hostilizada, pelos seguintes fundamentos.

Inicialmente, deve-se assinalar que não ocorreu, na espécie, a decadência, ainda que ultrapassado o prazo de 120 dias para o oferecimento de resposta para alguns dos pedidos de informações, eis que se trata de ato omissivo.

Essa, aliás, é a lição do saudoso THEOTÔNIO NEGRÃO, que arrimado no melhor entendimento jurisprudencial, assinalou o seguinte:

Art. 18: 11. “Tratando-se de omissão da autoridade impetrada, que deixou de decidir pedido formulado na via administrativa pela impetrante, não há falar-se de decadência” (RTRF 113/271). (in, *CPC e Legislação Processual em Vigor*, Ed. Saraiva, 35ª ed., p. 1695)

No mais, quanto ao mérito, deve-se assinalar que o Constituinte de 1988 erigiu o acesso à informação dos negócios públicos em direito subjetivo de todo e qualquer cidadão, como se pode constatar da leitura do inciso XXXIII do art. 5º da CF, vazado nos seguintes termos:

Art. 5º –

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Tal prerrogativa, e como não poderia deixar de ser, é muito mais acentuada em se tratando de integrante do Poder Legislativo, a quem a CF atribui o encargo precípuo de fiscalizar os atos do Poder Executivo.

Nesse sentido, também, é o entendimento do sempre lembrado BERNARD SCHWARTZ (in, *Los Poderes Del Gobierno – Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos*, UNAN, México, 1966, v. 1, p. 161), para quem “*el poder de investigación es un auxiliar esencial de la función legislativa. El debido ejercicio de esa función presupone la existencia de un juicio informado por parte de los miembros de la asamblea legislativa. (.....) Es por medio del uso del poder de investigación que el Congreso obtiene la información necesaria que lo faculta debidamente para el ejercicio de sus funciones actuales*”.

Tão importante é essa prerrogativa, que o publicista peninsular FULVIO FENUCCI chega a assinalar que tal função investigativa não integra apenas a atividade parlamentar, mas faz parte de todo e qualquer exercício de atividade pública, quer do executivo ou do legislativo, como elemento implícito de suas atribuições.

Isso foi o que ele asseverou, na seguinte passagem:

Sembra dunque che si possa concludere che il potere d'inchiesta non si fonda sulla sola funzione di controllo, ma sia inerente ad ogni pubblica funzione, amministrativa o legislativa, in virtù del principio secondo cui ad ogni autorità a cui competano una pubblica funzione e la facoltà correlativa di adottare le misure e i provvedimenti nei quali la funzione si concreta, spetta un potere d'inchiesta, indipendentemente da disposizioni positive che espressamente glielo attribuiscano, poichè, quando si conferisce ad un soggetto il potere di svolgere una determinata attività, di provvedere entro un determinato ambito di competenza, è indispensabile riconoscergli anche la facoltà di accertare gli elementi di fatto di cui reputi necessaria la conoscenza per provvedere adeguatamente. Il potere d'inchiesta perciò, se há un fondamento lógico unitário, há un fondamento giuridico vario, si ricollega ad ogni possibile competenza, in ogni competenza è implícito e indissociabile dalla corrispondente potestà di provvedere, per cui non sono necessarie apposite norme che lo attribuiscano o ne regolino l'esercizio. Ne deriva che l'inchiesta non è espressione di un potere autonomo, ma strumentale. (in, *I Litimi Dell'Inchiesta Parlamentare*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napolis, 1968, p. 35/6)

Nem se argumente, como nas informações, que os impetrantes não se socorreram do procedimento estabelecido no Regimento Interno da Câmara de Vereadores para fazer as suas requisições de informações, eis que tal rito só seria necessário se a solicitação fosse realizada de forma institucional, pelo Parlamento como um todo, e não pelos Vereadores de forma isolada, como bem assinalou o TJRS, quando do julgamento da Apelação Cível nº 70003741824, da lavra do não menos ilustre Desembargador CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO, que contou com a seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE PREFEITO MUNICIPAL QUE EXIGE QUE OS PEDIDOS DE INFORMAÇÕES DOS VEREADORES PASSEM PELO PLENÁRIO DA CÂMARA MUNICIPAL. DESCABIMENTO. DIREITO À IN-

FORMAÇÃO ASSEGURADO A TODOS, INCLUSIVE AOS VEREADORES POR FORÇA DO ARTIGO 5º, XXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Pedido de informações formulados por vereadores. Recusa. Violação ao art. 5º, XXXIII, que prevalece sobre qualquer outra, inclusive, à Lei Orgânica Municipal.

O direito à informação é essencial em um regime democrático, visando à transparência dos atos administrativos, sendo inadmissível que o Prefeito Municipal se recuse a prestar informações ao vereador, condicionando-o à deliberação do Plenário daquela Casa. Sentença confirmada.

Apelação provida.

Tal posicionamento foi reiterado por este mesmo Colegiado, na Apelação Cível nº 590066338, tendo como relator o Desembargador CELESTE VICENTE ROVANI, *verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA.

Pedido de informações e de certidões formulado por vereador ao Prefeito Municipal.

Recusa. Ofensa a normas constitucionais (Constituição Federal, art. 5º, XXXIII e XXXV), que se sobrepõem a qualquer outra norma, inclusive, à lei orgânica municipal.

Segurança concedida. Sentença confirmada. Apelo desprovido.

Feitos tais esclarecimentos introdutórios, pode-se apreciar, uma a uma, todas as postulações dos impetrantes.

Quanto aos pedidos dirigidos ao Presidente da Câmara de Vereadores e aos Secretários Municipais, eles restam prejudicados, eis que não foram endereçados a autoridade coatora impetrada.

No que diz com os demais, eles exigem apreciação particularizada, na medida em que versam matérias distintas.

O ofício de fl. 13, que exige informações quanto ao valor das verbas recebidas do Governo Federal no ano de 2005, bem como de sua aplicação, deve ser atendido apenas no que diz com os valores pretéritos, já recebidos, não quanto aos quantitativos futuros, que poderão ser objeto de fiscalização no momento adequado, quando da sua aplicação.

Já o ofício de fl. 16, referente aos quantitativos originários do Fundo PIMES, deve ser atendido na parte em que pretende informações objetivas, excluindo-se a cópia da documentação das empresas que participaram em

licitações a tal título, bem como outros documentos (empenhos e extratos), cujo exame poderá ser feito posteriormente, se necessário.

Quanto a postulação de fl. 18, que pretende cópia de todas as licitações ocorridas em 2004, deve ser desatendida, eis que totalmente descabida, além de extremamente custosa para a administração.

Até porque, os resultados foram publicados no órgão oficial da municipalidade.

Já a pretensão de fl. 19, deve ser atendida, no que diz com o fornecimento dos nomes dos demitidos, excluídos os motivos, até para não ofender o direito à privacidade das pessoas ali referidas.

Têm direito os impetrantes a obtenção da informação requerida a fl. 20, que diz com o consumo de combustíveis de outubro de 2003 a outubro de 2004, eis que se trata de mero dado contábil, excluídas as demais pretensões ali formuladas em razão do custo das mesmas.

Da mesma forma, no que diz com as informações de fl. 21, quanto aos vencimentos dos servidores, devem ser prestadas de forma geral, no que diz apenas com os cargos, sem individualização, para não expor desnecessariamente tais funcionários.

Quanto ao pedido de fl. 23, referente as cópias dos documentos que foram enviados à Defesa Civil para fins de decretação do estado de emergência, decorrem de atividade discricionária do Chefe do Executivo, não sendo passíveis de fiscalização parlamentar.

Para encerrar, quanto as postulações de fls. 24 e 26, que se referem as pessoas inscritas nos programas sociais ali nominados, devem ser atendidos eis que se tratam de questões extrema importância para a comunidade e passíveis de fraudes, como bem vem noticiando a imprensa, envolvendo vultuosos recursos públicos.

Ante ao exposto, e nos termos deste parecer, em sede de reexame necessário, defende o Ministério Público a manutenção integral da decisão de primeira instância.

Porto Alegre, 13 de outubro de 2011

Luís Alberto Thompson Flores Lenz, Procurador de Justiça

