Parecer

Processo nº 2048189-14.2019.8.26.0000

Requerente: Prefeito Municipal de Alvinlândia

Requerido: Câmara Municipal de Alvinlândia

Constitucional. Administrativo. Ação direta de inconstitucionalidade. Anexo V da Lei Complementar nº 66/2011, na redação dada pela Lei Complementar n° 89/2017, ambas do Município de Alvinlândia. Previsão de requisitos para o preenchimento de cargo de provimento em comissão de secretário da educação. requisitos adequados e compatível com o exercício do cargo. possibilidade de restrição ao caráter da liberdade de nomeação para os cargos em provimento em comissão.

1. Previsão, no Anexo V, da Lei impugnada, de requisito de cinco anos de exercício no magistério para o cargo de Secretário Municipal da Educação.
2. Parâmetro exclusivo do controle de constitucionalidade pela via abstrata, concentrada e direta de lei ou ato normativo municipal é a Constituição Estadual (art. 125, § 2º, CF), razão pela qual se afigura inidôneo o seu contraste com Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal.
3. O Chefe do Poder Executivo tem iniciativa legislativa reservada para a criação e extinção de cargos públicos (art. 24, § 2º, 1 e 4, CE; art. 61, § 1º, II, *a* e *c*, CF). Não se situa no domínio da reserva privativa do Poder Executivo o estabelecimento de condições para o provimento de cargos públicos.
4. O estabelecimento de restrições gerais ao acesso aos cargos, funções e empregos públicos não se trata de privativa atividade legislativa, mas sim de função de Estado.
5. Parecer pela improcedência do pedido.

**Colendo Órgão Especial**

**Senhor Desembargador Relator**

Tratam estes autos de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, proposta pelo **Prefeito Municipal de Ribeirão Alvinlândia**, tendo como alvo o Anexo V da Lei Complementar nº 66/2011, na redação dada pela Lei Complementar n° 89/2017, ambas do Município de Alvinlândia, por violação aos arts. 5°, 47, II, VI e XIV, 115, inciso II, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo (fls.04/14).

Sustenta, em apertada síntese, que o ato normativo impõe indevido requisito para a nomeação do Secretário Municipal da Educação, qual seja, ter no mínimo de 5 (cinco) anos de efetivo exercício no magistério, o que restringe atribuição exclusiva do Prefeito Municipal, violando a separação de poderes e a competência privativa do Chefe do Poder.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 39/40).

Citada (fl. 46), a douta Procuradora Geral do Estado declinou de oferecer defesa relativamente ao ato normativo impugnado (fl.73).

Requerida a reconsideração do indeferimento da liminar (fls. 49/52), o pedido restou, também, indeferido, por inexistência de amparo legal (fls. 54/55).

A Presidência da Câmara Municipal prestou informações (fls. 58/62), limitando-se a atestar a regularidade do procedimento formal para a aprovação da Lei ora impugnada.

É o relato do essencial.

**O pedido deve ser julgado improcedente.**

O Anexo V da Lei Complementar n. 66/2011, na redação dada pela Lei Complementar n. 89/2015, ambas do Município de Alvinlândia, tem a seguinte redação:

**ANEXO V**

**Secretário Municipal de Educação**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| DENOMINAÇÃO DA FUNÇÃO | FORMA DE PROVIMENTO | REQUISITO PARA O PROVIMENTO |
| **Secretário Municipal de Educação** | Em comissão, mediante nomeação pelo chefe do executivo. | Curso Superior ou Pós-graduação (e ter no mínimo de 5 anos de efetivo exercício no magistério. |

**Não se verifica qualquer violação aos parâmetros da Constituição Estadual indicados na inicial.**

O art. 24 da Constituição Estadual cuida das matérias inseridas dentro da iniciativa de lei do Governador do Estado, com destaque para o § 2º, 1, que prevê que compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração. O art. 47 também trata de matérias de competência legislativa privativa do Governador do Estado.

A imposição de restrições à nomeação de Secretário Municipal de Educação pela Câmara Municipal, não significa ingerência do Poder Legislativo na esfera de atribuição do Poder Executivo em violação ao princípio da separação dos poderes.

O art. 37, I, da Constituição Federal, reproduzido no art. 115, I, da Constituição do Estado, estabelece que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

O § 3º do art. 39 da Constituição Federal prevê que: *“Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir”.*

Admite-se, portanto, que através de lei sejam previstas contenções de acessibilidade ao serviço público.

Resta apenas verificar, a vista do princípio da separação de poderes, se a iniciativa legislativa para o estabelecimento de condições para provimento de cargos comissionados é reservada ou não ao Chefe do Poder Executivo.

A primeira impressão, extraída do art. 24, § 2º, 1 e 4, da Constituição Estadual, que reproduz o art. 61, § 1º, II, *a* e *c*, da Constituição Federal, tenderia a uma resposta positiva.

No entanto, a reserva de lei à qual alude o inciso I do art. 115 da CE e o § 3º do art. 39 da CF não é privativa do Poder Executivo, pois não se encontra inserida dentre as matérias de competência privativa previstas nos art. 24, § 2º, e 47 da Constituição Estadual.

O estabelecimento de restrições gerais ao acesso aos cargos, funções e empregos públicos não se trata de privativa atividade administrativa (ou executiva), mas sim de função de Estado, razão pela qual a iniciativa parlamentar neste sentido não viola o princípio da separação de poderes.

Não se trata de atividade de organização da administração pública ou de regime jurídico do funcionalismo público, mas de condições de acesso ao serviço público em geral.

A reserva legislativa do Executivo, prevista no art. 24, § 2º, 1 e 4, da Constituição Estadual, refere-se tão só à criação e extinção de cargos, funções e empregos no serviço público. Isso significa que a lei pode enunciar termos, condições e especificações, no interior dos quais procederá o chefe do Executivo.

Neste sentido o ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello ao consignar que: “*A extinção de cargos públicos dar-se-á através de atos da mesma natureza, podendo também, quando pertinentes ao Poder Executivo, ser extintos ‘na forma da lei’, pelo chefe deste Poder, conforme prevê o art.84, XXV, da Constituição. Isto significa que a lei pode enunciar termos, condições e especificações, no interior dos quais procederá o Chefe do Executivo”.* (*Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. Rev. At., Malheiros, 2012, p. 309)

Foi este tratamento conferido em situação absolutamente similar, consistente na edição de regras de combate ao nepotismo, afinal, a exigência de honorabilidade para o provimento de cargos públicos é algo que se situa no raio de incidência do princípio da moralidade administrativa (art. 37, Constituição Federal; art. 111, Constituição Estadual), base que une a legislação reacionária ao nepotismo e de adoção da “ficha limpa” no provimento de cargos públicos comissionados.

Se, como nesta hipótese semelhante, concluiu-se que o princípio da moralidade administrativa era bastante para orientar a criação e a interpretação de norma restritiva, a solução deste caso deve adotar idênticas premissas, lembrando-se que, com razão, Diógenes Gasparini não visualizou a proibição do nepotismo nas matérias da reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo (“Nepotismo político”, *in Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, pp. 73-98).

E no julgamento da questão o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

*“A norma insculpida no § 1º do artigo 61 da Carta Federal, mais precisamente na alínea ‘a’ do inciso II, há que ter alcance perquirido sem apego exacerbado à literalidade. É certo que são da iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, ou aumento de sua remuneração (...) Evidentemente, está-se diante de preceitos jungidos à atividade normativa ordinária, não alcançando o campo constitucional, porquanto envolvidos aqui interesses do Estado de envergadura maior e, acima de tudo, da necessidade de se ter, no tocante a certas matérias, trato abrangente a alcançar, indistintamente, os três Poderes da República. Assim o é quanto ao tema em discussão. Com a Emenda Constitucional nº 12 à Carta do Rio Grande do Sul, rendeu-se homenagem aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da isonomia e do concurso público obrigatório, em sua acepção maior. Enfim, atuou-se na preservação da própria res pública. A vedação de contratação de parentes para cargos comissionados - por sinal a abranger, na espécie, apenas os cônjuges, companheiros e parentes consanguíneos, afins ou por adoção até o segundo grau (pais, filhos e irmãos) - a fim de prestarem serviços justamente onde o integrante familiar despontou e assumiu cargo de grande prestígio, mostra-se como procedimento inibidor da prática de atos da maior repercussão. Cuida-se, portanto, de matéria que se revela merecedora de tratamento jurídico único - artigo 39 da Carta de 1988, a abranger os três Poderes, o Executivo, o Judiciário e o Legislativo, deixando-se de ter a admissão de servidores públicos conforme a maior ou menor fidelidade do Poder aos princípios básicos decorrentes da Constituição Federal”* (STF, ADI 1.521-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, 12-03-1997, m.v., DJ 17-03-2000, p. 02, RTJ 173/424).

Esse posicionamento é perfilhado no Supremo Tribunal Federal (STF, RE 183.952-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, 19-03-2002, v.u., DJ 24-05-2002, p. 69; STF, RE 372.911-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 03-04-2007, DJ 08-06-2007, p. 94) e neste egrégio Tribunal de Justiça (TJSP, ADI 71.670-0/1-00, Órgão Especial, Rel. Des. Fortes Barbosa, 17-10-2001; TJSP, ADI 148.788-0/5-00, Órgão Especial, Rel. Des. Ivan Sartori, v.u., 19-09-2007).

Há que se ponderar, nesta quadra, a diferença entre requisitos para o provimento de cargos públicos - matéria situada na iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo (STF, ADI 2.873-PI, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, 20-09-2007, m.v., DJe 09-11-2007, RTJ 203/89) - e condições para o provimento de cargos públicos - que não se insere na aludida reserva, e está no domínio da iniciativa legislativa comum ou concorrente entre Poder Legislativo e Poder Executivo – porque não se refere ao acesso ao cargo público, mas, à aptidão para o seu exercício.

Registre-se que no julgamento da ação direta nº 0301346-30.2011.8.26.000, esse Colendo Órgão Especial rechaçou, em situação análoga, a alegação de inconstitucionalidade:

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei Municipal n° 3.441, de 30 de setembro de 2011, de Mirassol - Projeto de iniciativa de Vereador – Diploma legislativo que dispõe sobre a nomeação para cargos em comissão no âmbito dos órgãos do Poder Executivo, Poder Legislativo Municipal e Autarquias de Mirassol e dá outras providências – Estabelecimento de restrições à nomeação de pessoa para o exercício de função pública inerente ao cargo em comissão - Restrições semelhantes à estabelecida pela "Lei da Ficha Limpa" (LC n° 135/2010) - Moralidade administrativa que se revela como princípio constitucional da mais alta envergadura - Exigência de honorabilidade para o exercício da função pública que não se insere nas matérias de reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo - Ausente o vício de iniciativa - Exonerações de servidores contratados em descompasso com esta lei que não consubstancia aplicação retroativa do diploma legal - Precedentes deste Órgão Especial que cuidaram de situações análogas neste mesmo sentido Lei Municipal reputada constitucional - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente, revogada a liminar”.*

É necessário, também, observar que a própria Constituição Federal conta com regras específicas que condicionam a nomeação para determinados cargos à aprovação prévia dos nomes indicados pelo Senado Federal, permitindo que, por lei, essa necessidade de autorização seja estendida a outros cargos (art. 52, III, *f*,da CF).

Nesse contexto, nota-se que o estabelecimento de restrições gerais ao acesso aos cargos, funções e empregos públicos não se trata de privativa atividade administrativa (ou executiva), mas sim de funções de Estado.

Diante do exposto, **aguarda-se seja julgado improcedente o pedido.**

É o parecer.

São Paulo, 07 de maio de 2019.

Wallace Paiva Martins Junior

Subprocurador-Geral de Justiça

Jurídico

aca/bacrp