



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE  
DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**Protocolado n. 96.452/2016**

**CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 307, DE 08 DE JULHO DE 2016, DO MUNICÍPIO DE BARRETOS, QUE “ASSEGURA DIREITOS E VANTAGENS AOS CARGOS DE COORDENADOR DE CRECHE, DE MONITOR DE CRIANÇA E ADOLESCENTE E DE PAJEM, EM FACE DA INSERÇÃO NA LEI COMPLEMENTAR N.º 156, DE 20 DE JUNHO 2011, COM ALTERAÇÕES SUBSEQUENTES”. DESVIO DE PODER DE ATO LEGISLATIVO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DE MORALIDADE, RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE, FINALIDADE E INTERESSE PÚBLICO.**

1. Iniciativa legislativa que tisona o processo legislativo de desvio de poder ao garantir direitos – como a contagem de tempo para fins de aposentadoria, concursos públicos e atribuição de turmas – a cargos anteriormente declarados inconstitucionais pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da ação direta de constitucionalidade nº 2152255-21.2014.8.26.0000.

2. Lei com sensível agravo aos princípios de moralidade, impessoalidade, interesse público, razoabilidade e finalidade. Violação ao art. 111 da CE/89, aplicável aos Municípios por força de seu art. 144.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

○ **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, VI, da Lei Complementar Estadual n. 734, de 26 de novembro de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo), em conformidade com o disposto nos arts. 125, § 2º, e 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**, com pedido liminar, em face da Lei Complementar nº 307, de 08 julho de 2016, do Município de Barretos, pelos fundamentos a seguir expostos:

**I – OS ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS**

A Lei Complementar nº 307, de 08 de julho de 2016, do Município de Barretos, que “*ASSEGURA DIREITOS E VANTAGENS AOS CARGOS DE COORDENADOR DE CRECHE, DE MONITOR DE CRIANÇA E ADOLESCENTE E DE PAJEM, EM FACE DA INSERÇÃO NA LEI COMPLEMENTAR N.º 156, DE 20 DE JUNHO 2011, COM ALTERAÇÕES SUBSEQUENTES*”, objeto desta ação, dispõe *in verbis*:

“Art. 1º - O período 01/01/2008 a 14/09/2014 será considerado como efetivo exercício no quadro de magistério, para fins de aposentadoria, para contagem de tempo para concursos públicos e



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

atribuição de turmas, aos servidores inseridos na Lei Complementar n.º 156, de 20 de junho de 2011, com alterações subsequentes, por força da Lei Complementar n.º 298, de 16 de maio de 2016, em cumprimento à ADIN N.º 2152255-21.2014.8.26.0000.

Art. 2º - Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.”

Cumprе consignar que, anteriormente, o Município de Barretos tinha aprovado a Lei n.º 4.048, de 07 de março de 2008, que convertera os cargos de “Pajem”, “Coordenador de Creche” e “Monitor de Criança e Adolescente”, respectivamente, como de “Educador da Educação Infantil”, “Diretor de Escola Infantil” e “Educador de Criança e Adolescente”, senão vejamos:

“Art. 2º - Nos termos dos artigos 1º, 2º e 3º, do Estatuto do Magistério Público Municipal, aprovador pela Lei Complementar n.º 45, de 26 de fevereiro de 2004, e alterações posteriores, e em obediência ao que dispõe o artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal e ao que determina a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996, especialmente em seus artigos 4º, IV; 11, I, II e V; 13; 18, I; 21, I; 22; 29; 30; 31 e, sobretudo, ao que estabelece, ainda, o seu artigo 88, passam a integrar o quadro e a carreira do Magistério Público Municipal, sob novas denominações, mantidos inalterados os vencimentos, as lotações, as quantidades e as funções atuais dos seguintes cargos:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

I – Os cargos de **Pajem** cujas atribuições docentes são exercidas nas Escolas ou Centros Municipais de Educação, Infantil e Ensino Fundamental, passam a denominar-se **Educador da Educação Infantil**.

II – Os cargos de **Coordenador de Creche** cujas atribuições de direção e administração são exercidas nas Escolas ou Centros Municipais de Educação Infantil e Ensino Fundamental, passam a denominar-se **Diretor de Escola de Educação Infantil**.

III – Os cargos de **Monitor de Criança e Adolescente** cujas atribuições são exercidas em projetos de atividades complementares próprias do regime de escolas de tempo integral, a que se referem os artigos 34 e 87, § 5.º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional mencionada no caput, na Educação Infantil ou no Ensino Fundamental, passam a denominar-se **Educador de Criança e Adolescente**.”  
(g.n.)

Ocorre que nos autos da ação direta de constitucionalidade nº 2152255-21.2014.8.26.0000, proposta por este Procurador Geral de Justiça em face do art. 2º, da Lei nº 4.048/2008, do Município de Barretos, bem como das expressões “Educador da Educação Infantil”, “Educador de Criança e Adolescente” e “Diretor de Escola de Educação Infantil”, foi declarada a inconstitucionalidade dos respectivos cargos em comissão, tendo o acórdão ficado assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 4.048/08, do Município de Barretos, que altera a nomenclatura de cargos, equiparando-os aos das classes do magistério local. Inconstitucionalidade



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

reconhecida. Superveniência de lei que extingue apenas os cargos irregularmente equiparados vagos ou na vacância. Irrelevância. Extinção do feito. Inadmissibilidade. Ação procedente.”

E suma, cargos declarados inconstitucionais (*Educador da Educação Infantil, Educador de Criança e Adolescente e Diretor de Escola de Educação Infantil*), oriundos de inconstitucional transposição de cargos, tiverem direitos reconhecidos (*contagem de tempo de magistério para fins de aposentadoria, concursos públicos e atribuição de turmas*) pela Lei Complementar nº 307/2016, do Município de Barretos, objeto desta ação, em sua nomenclatura anterior à declaração de inconstitucionalidade (*Pajem, Coordenador de Creche e Monitor de Criança e Adolescente*) pela Lei nº 4.048/2008, daquela localidade.

## **II – O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE**

A Lei Complementar nº 307, de 08 de julho de 2016, do Município de Barretos, 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.

Ela é incompatível com o seguinte preceito da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios por força de seu art. 144, e que assim estabelece:

“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.”



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

A contextura circundante à edição da lei impugnada revela sensível agravo aos princípios de moralidade, interesse público, impessoalidade e finalidade, adotados no art. 111 da Constituição do Estado de São Paulo em harmonia com o art. 37 da Constituição da República.

Verifica-se, *in casu*, inequívoco desvio de poder de legislar, pois, escopo da lei impugnada foi reconhecer contagem de tempo de magistério para fins de aposentadoria, concursos públicos e atribuição de turmas para impedir o exercício da jurisdição constitucional.

Com efeito, embora declaradas inconstitucionais os cargos de “Educador da Educação Infantil”, “Educador de Criança e Adolescente” e “Diretor de Escola de Educação Infantil”, persistiu o reconhecimento de direitos aos mesmos em nomenclatura anterior (“Pajem”, “Coordenador de Creche” e “Monitor de Criança e Adolescente”), na conformidade do exposto.

O legislador municipal não cessou o estado de inconstitucionalidade, tendo apenas utilizado mecanismo sutil para conservar, a qualquer título, o conteúdo das leis revogadas e o reconhecimento dos direitos nela instituídas.

Observe-se, a propósito, que eventual alegação de “direito adquirido” não pode prosperar, pois direitos não se adquirem em situação contrária à Constituição. Neste sentido, enuncia aresto da Suprema Corte aplicável *mutatis mutandis* ao caso:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CARGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO E DE PROCURADOR DO ESTADO DO PARÁ - INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE PARIDADE - EQUIPARAÇÃO OU VINCULAÇÃO DE VENCIMENTOS - IMPOSSIBILIDADE -



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

INAPLICABILIDADE DA GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS PELA ORDEM CONSTITUCIONAL ANTERIOR - IMPOSSIBILIDADE DA INVOCAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO CONTRA DISPOSIÇÃO NORMATIVA INSCRITA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. - O cargo de Assistente Jurídico não possui o mesmo conteúdo ocupacional nem compreende o mesmo complexo de atividades funcionais inerentes ao cargo de Procurador do Estado, o que afasta a possibilidade jurídica de qualquer relação de paridade entre eles. - É vedada a equiparação ou a vinculação de vencimentos para efeito de remuneração de pessoal do serviço público, quer sob a égide da Carta Federal de 1969 (art. 98, parágrafo único), quer à luz da vigente Constituição de 1988 (art. 37, XIII). Precedentes. - Não há direito adquirido contra disposição normativa inscrita no texto da Constituição, eis que situações inconstitucionais, por desprovidas de validade jurídica, não podem justificar o reconhecimento de quaisquer direitos. Doutrina. Precedentes” (STF, MS 23.996-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, 18-03-2002, v.u., DJ 12-04-2002, p. 55).

Patente, pois, o desvio de poder em ato normativo porque, em síntese, a finalidade perseguida pela lei não se afina a padrões como ética e lealdade nem alcança o interesse público, e visa ao atendimento de interesses de seus beneficiários e não do poder público.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Não é novidade alguma o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo por desvio de poder. A esse respeito, reporta-se a elucidativo escólio da lavra de Caio Tácito:

“No exercício de suas atribuições e nas matérias a eles afetas, os órgãos legislativos, em princípio, gozam de discricionariedade peculiar à função política que desempenham.

Temos, contudo, sustentando a necessidade de temperamento da latitude discricionária de ato do Poder Legislativo, ainda que fundado em competência constitucional e formalmente válido.

O princípio geral de Direito de que toda e qualquer competência discricionária tem como limite a observância da finalidade que lhe é própria, embora historicamente vinculado à atividade administrativa, também se compadece, a nosso ver, com a legitimidade da ação do legislador.

Tivemos, oportunidade de sustentar, perante o STF, em duas oportunidades, a nulidade de leis estaduais em que, no término de governos vencidos nas urnas, eram criados cargos públicos em número excessivo, não reclamados pela necessidade pública, e comprometendo gravemente as finanças do Estado, tão-somente para o aproveitamento de correligionários ou de seus familiares.

Para o desfazimento dessas leis, que caracterizavam os chamados ‘testamentos políticos’, o STF consagrou a tese da validade de novas leis que, anulando leis inconstitucionais, reconheciam o abuso pelos Poderes



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Legislativos estaduais da competência, em princípio discricionária, da criação de cargos públicos.

O primeiro acórdão, proferido no MS 7.243, em sessão de 20.1.69, manteve a anulação de leis do Estado do Ceará com as quais, no apagar das luzes de uma situação política derrotada, em apenas 56 dias, mediante 25 atos legislativos foram instituídos, sob a forma de criação ou transformação, 3.784 novos cargos públicos, o que equivalia a um-terço do total do funcionalismo estadual então existente, estimado em 12.000 servidores, elevando o custo mensal do pessoal a 94,24% das rendas do Estado.

Por essa forma, violava-se norma expressa da Constituição estadual, que fixava o teto de 50% para a vinculação da receita ao custeio do funcionalismo público, e se objetivava impedir o funcionamento regular do Poder Executivo, no período do novo mandato que se ia inaugurar.

Em comentário a essa decisão, que firmou precedente memorável, destacávamos a importância da tese por ela abonada:

‘A competência legislativa para criar cargos públicos visa ao interesse coletivo de eficiência e continuidade da administração. Sendo, em sua essência, uma faculdade discricionária, está, no entanto, vinculada à finalidade, que lhe é própria, não podendo ser exercida contra a conveniência geral da coletividade, com o propósito manifesto de favorecer determinado grupo político, ou tornar ingovernável o



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Estado, cuja administração passa, pelo voto popular, às mãos adversárias.

‘Tal abandono ostensivo do fim a que se destina a atribuição constitucional configura autêntico desvio de poder (*détournement de pouvoir*), colocando-se a competência legislativa a serviço de interesses partidários, em detrimento do legítimo interesse público’ (RDA 59/347 e 348).

A mesma situação se renovou, no Estado do Rio Grande do Norte, perante outro testamento político de um governo vencido no pleito eleitoral sucessório, em que se comprometia desmedidamente o erário, elevando a mais de 80% a despesa com o funcionalismo público.

Em decisão proferida na Repr. 512, julgada, por unanimidade, pelo Tribunal Pleno, em sessão de 7.12.62, o STF reputou legítima a anulação, pela Assembléia Legislativa, de leis inconstitucionais que compunham o testamento político em causa.

Em memorial oferecido como advogado do novo governo estadual, ponderávamos que ‘o desvio de poder legislativo, caracterizado no inventário político, ofende o princípio da independência e harmonia dos Poderes, além de violar a Constituição estadual’.

Em acórdãos posteriores os RE 48.655 e 50.219 (RDA 78/269 e 281), aplicando a orientação firmada, a Corte Suprema reafirmou a tese da anulação, pelo Poder Legislativo, de seus próprios atos inconstitucionais.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

A acolhida do cabimento do desvio de finalidade como vício de inconstitucionalidade fora anteriormente abonada em outro julgado do STF em voto do Min. Ozimbo Nonato, relator do RE 18.331, que, nos termos da respectiva ementa, após recordar o conhecido axioma de que o poder de taxar não se pode extremar como poder destruir, destaca: 'É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda que, a doutrina fecunda do détournement de pouvoir' (RF 145/146).

O excesso do poder de taxar foi igualmente repellido com respeito à lei do Estado do Rio de Janeiro que exigia taxa judiciária em termos excessivos, sem correspondência com o serviço prestado (Repr. 1.077, RTJ 11/55).

Comentando o sentido inovador da jurisprudência do Pretório Excelso, registra Seabra Fagundes, entre as fecundas criações pretorianas, 'a extensão da teoria do desvio de poder originária e essencialmente dirigida aos procedimentos dos órgãos executivos, aos atos do poder legiferante, de maior importância num sistema de Constituição rígida, em que se comete ao Congresso a complementação do pensamento constitucional nos mais variados setores da vida social, econômica e financeira' (RF 151/549).

Em decisão de 31.8.67, no RMS 16.912, o tema do desvio de poder como vício especial do ato legislativo foi expressamente invocado.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Apreciando lei de organização judiciária na qual se inseria emenda em benefício de determinado serventário, advertiu o Min. Prado Kelly: 'tratava-se de reforma judiciária e a emenda representou um desvio de poder na própria legislatura'. Sendo o mesmo Ministro as seguintes expressões: 'Tenho por demonstrado que a emenda não obedeceu ao presumido escopo de interesse público e sim a uma inspiração que nem por ser equânime ou reparadora (como pareceu ao interveniente) deixa de ser particularista ou de favorecimento pessoal'.

Nessa decisão plenária, o Min. Victor Nunes Leal, após aderir à posição 'de que podemos exercer controle sobre os desvios de poder da própria legislatura', convocado por interpelação do Min. Aliomar Baleeiro a declarar 'se admitia um desvio de poder do Poder Legislativo fora do caso de inconstitucionalidade', não vacilou em afirmar categoricamente: 'Admito' (acórdão no RMS 16.912, RTJ 45/530-545, especialmente pp. 536 e 537).

Em questão relativa à permissão para explorar linhas de ônibus, o STF apreciou a incidência do desvio de poder legislativo, admitindo, em tese, a aplicação do princípio (RTJ 47/650 e 48/165).

Em três situações o STF repeliu, por inconstitucionalidade, a aplicação de sanções administrativas com a finalidade real de constranger o contribuinte à regularidade fiscal.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Decidiu a Corte Suprema que 'é inadmissível a interdição de estabelecimento ou apreensão de mercadorias como meio coercitivo para a cobrança de tributo' (Súmulas 70 e 323).

E, dilatando o princípio à inconstitucionalidade dos Decs.- leis 5 e 42, de 1937 – que restringiam indiretamente a atividade comercial de empresas em débito, impedindo-as de comprar selos ou despachar mercadoria – implicitamente configurou o abuso de poder legislativo (Súmula 547 e acórdão no RE 63.026, RDA 10/209).

O excesso legislativo foi invocado em acórdão do STF no RE 62.731, do qual foi Relator o Min. Aliomar Baleeiro. Afirmou-se a inconstitucionalidade de decreto-lei que vedava a purgação de mora em locações. Destacou a ementa da decisão a impertinência do fundamento por se tratar de 'assunto miúdo de Direito Privado' que não se incluía no conceito de segurança nacional, necessário àquela forma de processo legislativo (RDA 94/169).

O poder de polícia nas profissões somente pode ser exercido com observância do princípio da razoabilidade, afirmou o acórdão na Repr. 930 (*apud* Gilmar Ferreira Mendes, *ob. cit.*, p. 451).

E porque o impedimento do exercício profissional da advocacia há juizes aposentados até dois anos após a inatividade ofendia o princípio da razoabilidade, foi declarada a inconstitucionalidade da lei que



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

estabelecia tal interdição temporária, por violação àquele princípio (Repr. 1.054, RTJ 112/7).

Em parecer no qual analisamos a inconstitucionalidade de deliberação do Banco Central do Brasil determinante da indisponibilidade de contas bancárias do Estado – membro a suas empresas, enfatizávamos que ‘importa desvio do Poder Legislativo decreto lei que se utilize do bloqueio de contas bancárias como meio de cobrança regressiva de aval a empréstimos externos’ (RDA 172/239).

Em outro parecer relativo à validade da lei municipal que subordinava a permissão de funcionamento de estabelecimentos comerciais aos sábados e domingos à prévia aprovação pelos órgãos sindicais, entendíamos ocorrer violação da competência legal, a ser exercida pelo Município, como emanção do poder de polícia.

Ressaltamos que, obrigando à intervenção dos sindicatos para a obtenção de licença especial de funcionamento, o legislador teve em mira o fortalecimento do sistema sindical, invadindo órbita de competência privativa da União.

Concluimos, assim, que, ‘a toda evidencia, a lei municipal, visando, a beneficiar o movimento sindical está maculada pelo vício de abuso do poder normativo, caracterizado como desvio de finalidade’ (RDA 164/460).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

O tema do desvio de poder legislativo foi amplamente estudado, no Direito italiano, por Lívio Paladin, em ensaio sob o título 'Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario' (*Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, ano VI, 4/993-1.046, outubro – dezembro/56).

Pondera o autor que: 'L'illegittimità di ogni fine, diverso da quello costituzionalmente previsto, consente logicamente di configurare, sul piano legislativo, qual vizio della causa degli atti amministrativi, che è l'eccesso di potere' ('A ilegitimidade de todo fim, diverso daquele constitucionalmente previsto, conduz logicamente afigurar-se, no plano legislativo, a quele vício de causa dos atos administrativos, que é o excesso de poder') (*Rivista cit. p. 1.031*).

A figura do desvio de poder legislativo foi, pioneiramente, sustentada por Santi Romano, que, reconhecendo o poder discricionário do legislador, destaca, porém, o limite que se impõe em face da finalidade da competência legislativa: 'ma la figura dele potere discrezionale richiede per l'appunto che di esse si faccia uso conforme alle finalità da cui il potere medesimo deriva; si há altrimenti uno sviamento di potere, che costituisce una violazione di diritto, nel senso più próprio della parola. Son concetti questi di commune applicazione riguardo alle competenza degli oragnia amministrativi e non si saprebbe indicarei I pechè non possono riferirsi, nella loro generalità, al Parlamento. In certi campi della sua



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

funzione legislativa, questo non há poteri sconfinati, ma poteri discricionali, il che vuol dire litate, e non altro, dall'obbligo di fare uso per dati motivi' ('mas a figura do poder discricionário reclama precisamente que dele se faça uso conforme à finalidade, da qual o próprio poder deriva: há de outra forma um desvio de poder que constitui uma violação de direito no sentido próprio da palavra. São conceitos estes de aplicação comum no que se refere à competência dos órgãos administrativos, e não se saberá indicar por que não parecem se referir em sua generalidade, ao Parlamento. Em certos campos de sua competência legislativa, este não possui poderes sem fronteiras, mas poderes discricionários, importa dizer, limitados pelo menos da obrigação de fazer uso por motivos determinados') ('Osservazioni preliminari per una teoria sui limite della funzione legislativa nel Diritto Pubblico', 1902, e incluído na coletânea *Scritti Minori – Diritto Costituzionale*, v. I/199, 1950).

Não é outro o pensamento de Costantino Mortati quando adverte que 'a lei poderá estar viciada de inconstitucionalidade não somente quando o interesse perseguido contrasta com aquele imposto pela Constituição, mas também nos casos em que o próprio teor da lei está em absoluta incongruência com a norma editada e o fim do interesse público a ser perseguido e o próprio legislador afirma pretender perseguir. Verifica-se, nessa ultima hipótese, uma modalidade de vício de legitimidade assimilável ao excesso de poder administrativo' ('la legge può



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

risultare viziata per incostituzionalità non solo quando l'interesse perseguito contrasta con quello imposto dalla Costituzione, ma anche nei casi in cui dallo stesso tenore della legge risulti un'assoluta incongruenza fra la norma dettata ed il fine di pubblico interesse che si doveva perseguire e che lo stesso legislatore assume di volere perseguire. Si verificherebbe in quest'ultima ipotesi un'ipotesi di vizio della legittimità assimilabile a quello dell'eccesso di potere amministrativo') (verbete 'Discrezionalità', *Novissimo Digesto Italiano*, v. V/1.09).

Entendemos, em suma, que a validade da norma de lei, ato emanado do Legislativo, igualmente se vincula à observância da finalidade contida na norma constitucional que fundamenta o poder de legislar.

O abuso de poder legislativo, quando excepcionalmente caracterizado, pelo exame dos motivos, é vício especial de inconstitucionalidade da lei, pelo divórcio entre o endereço real da norma atributiva da competência e o uso ilícito que a coloca a serviço de interesse incompatível com a sua legítima destinação.

Gilmar Ferreira Mendes dedicou capítulo especial de sua monografia sobre controle de constitucionalidade à avaliação do excesso de poder legislativo como vício substancial de inconstitucionalidade. Com apoio na doutrina alemã e na lição de Canotilho, evidencia a prevalência da vinculação do ato legislativo a uma finalidade e à aplicação do princípio da proporcionalidade como elemento da legitimidade



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

constitucional das leis. Oferece, como exemplos, precedentes colhidos na jurisprudência do STF (*Controle de Constitucionalidade*, Saraiva, 1990, pp. 38-54).

Canotilho adverte que a lei é vinculada ao fim constitucionalmente fixado e ao princípio de razoabilidade a fundamentar ‘a transferência para os domínios da atividade legislativa da figura do desvio de poder dos atos administrativos’ (*Direito Constitucional*, 4<sup>o</sup> ed., 1986, p. 739)”.

E, mais amplamente, o mesmo autor estuda o desvio de poder legislativo diante do princípio de que “as leis estão todas positivamente vinculadas quanto a fim pela Constituição” (*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, 1982, p. 259)’ (Caio Tácito. “Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais”, in *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 04, São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 33-37).

Há, também, vulneração do princípio de razoabilidade, igualmente indicado no art. 111 da Constituição Estadual.

Não é ocioso obtemperar que a razoabilidade é critério de aferição da constitucionalidade de leis e atos normativos como sumula a jurisprudência:

“(…) TODOS OS ATOS EMANADOS DO PODER PÚBLICO ESTÃO NECESSARIAMENTE SUJEITOS, PARA EFEITO DE SUA VALIDADE MATERIAL, À INDECLINÁVEL OBSERVÂNCIA DE PADRÕES MÍNIMOS DE RAZOABILIDADE. - As normas legais devem observar, no processo de sua formulação,



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do 'substantive due process of law'. Lei Distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade. A EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE QUALIFICA-SE COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ATOS ESTATAIS. - A exigência de razoabilidade - que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas - atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. (...)" (STF, ADI-MC 2.667-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 19-06-2002, v.u., DJ 12-03-2004, p. 36).

"(...) SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW E FUNÇÃO LEGISLATIVA: A cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

*substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. O magistério doutrinário de CAIO TÁCITO. Observância, pelas normas legais impugnadas, da cláusula constitucional do *substantive due process of law*. (...)” (RTJ 178/22).

Por força desse princípio é necessário que a norma passe pelo denominado “teste” de razoabilidade, ou seja, que ela seja: (a) necessária (a partir da perspectiva dos anseios da Administração Pública); (b) adequada (considerando os fins públicos que com a norma se pretende alcançar); e (c) proporcional em sentido estrito (que as restrições, imposições ou ônus dela decorrentes não sejam excessivos ou incompatíveis com os resultados a alcançar).

Nessa análise pormenorizada, infere-se que os direitos reconhecidos não passam por nenhum dos critérios do teste de razoabilidade: (a) não atendem a nenhuma necessidade da Administração Pública, vindo em benefício exclusivamente da conveniência dos servidores públicos beneficiados pela contagem do tempo de magistério; (b) é, por consequência, inadequada na perspectiva do interesse público; (c) é



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

desproporcional em sentido estrito, pois cria ônus financeiros que naturalmente se mostram excessivos e inadmissíveis, tendo em vista que não acarretarão benefício algum para a Administração Pública.

Em síntese, não é razoável que os ocupantes de cargos possam ter como regular o exercício de tempo no magistério municipal quando inconstitucional a inserção dos mesmos na referida carreira, sem o indispensável concurso público.

Por fim, registre-se que nos termos do que constou no acórdão da ação direta (ADI nº 2152255-21.2014.8.26.0000), a modulação da declaração de inconstitucionalidade, teve seu efeito após o prazo de 120 dias, tão somente para que a Prefeitura Municipal de Barretos regularizasse a situação dos quadros do magistério local, e não para assegurar os direitos mencionados (contagem de tempo) na lei impugnada.

### III – PEDIDO LIMINAR

À saciedade demonstrado o *fumus boni iuris*, pela ponderabilidade do direito alegado, soma-se a ele o *periculum in mora*. A atual tessitura dos preceitos legais do Município de Barretos apontados como violadores de princípios e regras da Constituição do Estado de São Paulo é sinal, *de per se*, para suspensão de sua eficácia até final julgamento desta ação, de maneira a evitar oneração do erário irreparável ou de difícil reparação.

À luz deste perfil, requer a concessão de liminar para suspensão da eficácia, até final e definitivo julgamento desta ação da Lei Complementar nº 307, de 08 de julho de 2016, do Município de Barretos.

### IV – PEDIDO



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

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 Complementar nº 307, de 08 de julho de 2016, do Município de Barretos.

Requer-se ainda sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Barretos, bem como citado o Procurador-Geral do Estado para se manifestar sobre os atos normativos impugnados, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 18 de janeiro de 2018.

**Gianpaolo Poggio Smanio**  
**Procurador-Geral de Justiça**

ms/dcm