Parecer

Processo nº **2237310-61.2019.8.26.0000**

**Ação Direta de Inconstitucionalidade**

Requerente: **Prefeito Municipal de Matão**

Requerida: **Câmara Municipal de Matão**

Constitucional. Administrativo. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 5.304, de 11 de julho de 2019, do Município de Matão. Cargo público. Provimento em comissão. Condições de provimento. Proibição de investidura de pessoas condenadas com base na Lei Maria da Penha. Restrição adequada e compatível com a honorabilidade no provimento de cargos públicos, notadamente os de assessoramento, chefia e direção do comando do Poder. Improcedência.

**1.** A proibição, na Lei n. 5.304, de 11 de julho de 2919, do Município de Matão, da nomeação para cargos de provimento em comissão de pessoas que tenham sido condenadas pela Lei Federal n°11.340/06 (Lei Maria da Penha), é medida normativa adequada e compatível com a honorabilidade que deve presidir a liberdade de escolha para a investidura de importantes postos na Administração Pública como os de assessoramento, chefia e direção.

**2.** Se o Chefe do Poder Executivo tem iniciativa legislativa reservada para a criação e extinção de cargos públicos e seu provimento (art. 24, § 2º, 1 e 4, CE; art. 61, § 1º, II, *a* e *c*, CF), não se situa, entretanto, no domínio dessa reserva o estabelecimento de condições para o provimento de cargos públicos, a exemplo do deliberado pela jurisprudência relativamente a normas impeditivas do nepotismo e similares à Lei Ficha Limpa.

**3.** Improcedência do pedido.

**Colendo Órgão Especial**

**Ilustre Desembargador Relator**

Em julgamento ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, movida pelo Prefeito do Município de Matão em face da **Lei n°5.304, de 11 de julho de 2.019**, daquele Município, que proíbe a nomeação para cargos de provimento em comissão, no âmbito do Município de Matão, de pessoas que tenham sido condenadas pela Lei Federal n°11.340/06 (Lei Maria da Penha).

A petição inicial alega, em linhas gerais, que o ato normativo, ao impor requisito para a nomeação para cargos comissionados no Município de Matão interfere no exercício da direção superior da Administração local e na disposição sobre os seus respectivos servidores públicos, restringindo atribuição exclusiva do Prefeito Municipal, e violando a separação de poderes e a competência privativa do Chefe do Poder Executivo Municipal.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 97/98).

A douta Procuradora Geral do Estado declinou a oferta de defesa do ato normativo impugnado (fl.189).

A Câmara Municipal prestou informações (fls. 107/110), limitada a regularidade do procedimento formal para a aprovação da lei impugnada.

É o relatório.

A meu sentir, o pedido deve ser julgado **improcedente.**

A Lei n° 5.309, de 11 de julho de 2019, do Município de Matão, tem a seguinte redação:

Art. 1° Fica vedada a nomeação, no âmbito da Administração pública direta e indireta, para todos os cargos em comissão de livre nomeação e exoneração, de pessoas que tiverem sido condenadas nas condições previstas na Lei Federal n°11.340, de 07 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha.

Parágrafo único. Inicia essa vedação com a condenação em decisão transitada em julgado, até o comprovado cumprimento da pena.

Art. 2° Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Não verifico qualquer violação aos parâmetros da Constituição Estadual indicados na inicial.

O § 2º do art. 24 da Constituição Estadual cuida das matérias inseridas na iniciativa reservada de lei do Chefe do Poder Executivo, destacando-se entre elas a criação e a extinção de cargos públicos, e servidores públicos, seu regime jurídico e provimento de cargos.

É consentido à lei a elaboração de **contenções ao provimento de posições públicas**, desde que iluminadas por princípios como **moralidade, impessoalidade, eficiência, interesse público, razoabilidade e proporcionalidade**.

Mas, a imposição de restrições à nomeação de cargos de provimento em comissão não se situa nessa reserva de iniciativa legislativa e nem significa ingerência do Poder Legislativo na esfera de atribuição do Poder Executivo, de maneira a refutar a alegação de violação ao princípio da separação dos poderes.

Com efeito, o que se impõe é a verificação, à vista do princípio da **divisão funcional do poder** (separação de poderes), da existência ou não da reserva de iniciativa legislativa, ao Chefe do Poder Executivo, para o estabelecimento de condições para provimento de cargos comissionados.

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.

O estabelecimento de restrições gerais ao acesso aos cargos, funções e empregos públicos não traduz requisitos para o provimento de cargos públicos, disciplina da organização administrativa, ou regime jurídico dos servidores públicos, mas, **condições de acesso a cargos, funções e empregos públicos**, matéria que não se encontra no catálogo constitucional da reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo.

Foi esse o entendimento pretoriano dispensado à inserção de regras proibitivas do nepotismo e de regras similares às limitações da Lei Ficha Limpa no provimento de cargos públicos comissionados. Saliente, nesta última hipótese (assim como na que se encontra sob julgamento), que 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).

Se, como naquelas hipóteses, 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.

No julgamento da questão, o Supremo Tribunal Federal tonificou a incidência desse princípio ao asseverar 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).

E, como acima esboçado, **há 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.

O Supremo Tribunal Federal apreciando a edição de regras proibitivas de nepotismo no provimento de cargos comissionados enunciou que:

“Não é privativa do Chefe do Poder Executivo a competência para a iniciativa legislativa de lei sobre nepotismo na Administração Pública: leis com esse conteúdo normativo dão concretude aos princípios da moralidade e da impessoalidade do art. 37, caput, da Constituição da República, que, ademais, têm aplicabilidade imediata, ou seja, independente de lei” (STF, RE 570.392-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, 11-12-2014, m.v., DJe 19-02-2015).

Esse julgamento fomentou o estabelecimento de repercussão geral que assim expressa:

“Leis que tratam dos casos de vedação a nepotismo não são de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo” (Tema 29).

Examinando a adoção de normas similares à Lei Ficha Limpa, esse colendo Órgão Especial rechaçou a inconstitucionalidade. Eis a ementa do venerando acórdão:

“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” (ADI 0301346-30.2011.8.26.0000).

Fixado que a lei, de iniciativa comum, pode traçar condições ao provimento de cargos, impende examinar se a medida normativa adotada tem suficiente razoabilidade.

A denominada Lei Maria da Penha **cristaliza a sensível evolução dos direitos da mulher** ao **tempo constitucional** das conquistas desse relevante segmento social - e que se repercutiu à plena observância dos direitos ligados à **orientação sexual** e à **identidade e diversidade de gênero** – na confluência dos vetores da dignidade da pessoa humana, mas, não pode ser concebida como um ponto de chegada, senão “um ponto de partida importante”, como destaca, com propriedade, Silvia Chakian em obra de referência (*A construção dos direitos das mulheres: histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 338).

De qualquer modo, emerge hialino que a proteção da mulher, orientada pelo combate a toda forma de violência, é um valor constitucional que não pode ser desprezado; ao contrário, deve ser prestigiado e fomentado por todos os meios juridicamente admissíveis, sendo inadmissível contê-los ao Direito Penal. O valor tutelado – repúdio a tradições patriarcais machistas - tem relevância singular e **merece tratamento jurídico interdisciplinar**.

No entrosamento dessas premissas com o provimento de cargos, funções e empregos públicos tenho em conta que, como dito antes, a **honorabilidade** é fator preponderante para esta operação de aderência física de uma pessoa a um posto na Administração Pública.

Em geral, os estatutos do funcionalismo público traçam regras contendo requisitos bem como condições e incompatibilidades – algumas dos quais decorrentes da falta de honorabilidade no exercício de função (*lato sensu*) pública anterior, como a punição por demissão (art. 137, Lei n. 8.112/90, *v.g.*).

O cerceio da liberdade de provimento do Chefe do Poder Executivo de cargos comissionados exige motivo razoável e proporcional porque, além de interferência na prática de atos de Administração, implanta **discriminação**. Como se sabe, discriminações (positivas ou negativas) são constitucionais ou não, sob o color da isonomia, de acordo com a incidência de princípios como **razoabilidade e proporcionalidade**. Como já escrevi:

“A Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos aspectos substantivo e adjetivo nos incisos LIV e LV do art. 5º. 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 aninhar, *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 *racionality* (racionalidade), devendo ostentar real e substancial nexo 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)” (Wallace Paiva Martins Junior. *Tratado de Direito Administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, vol. I, p. 542, coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro).

Salienta o Supremo Tribunal Federal que “cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam” (RTJ 204/385). A Suprema Corte censura a irrazoabilidade das normas, limitando o poder de legislar ao enunciar que:

“O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador” (STF, ADI-MC 1.407-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 07-03-1996, DJ 24-11-2000, m.v., p. 86).

A norma jurídica há de refletir a **justa medida**, considerada a proibição do excesso (*Übermassverbot)*; transitando pelo denominado **teste** **de aferição de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**, e, sobretudo, pela **compatibilidade com os valores constitucionais dominantes**. Desta maneira, discriminações serão válidas se ancoradas nessas bases. Como já escrevi:

“Para além do conteúdo negativo que o princípio da igualdade oferece ao vedar discriminações na lei (igualdade em lei) e em sua execução (igualdade perante a lei), ele possui feição positiva. A isonomia obriga a adoção de medidas que visem à superação das desigualdades reais e que satisfaçam os princípios de cidadania, dignidade da pessoa humana e pluralismo e atinjam os objetivos republicanos fundamentais como a redução das desigualdades em razão da posição social ou da localização e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Wallace Paiva Martins Junior. *Tratado de Direito Administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, vol. I, p. 356, coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro).

É conveniente o aprofundamento e trazer a colação a magistral ensinança de Celso Antonio Bandeira de Mello assinalando que:

“as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com inte*resses prestigiados na Constituição” (Celso Antonio Bandeira de Mello. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 17).

Com efeito, é a “existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrímen e a discriminação legal decidida em função dele” (Celso Antonio Bandeira de Mello. *op. cit.*, p. 37) que aninha a sua conformidade com o princípio da igualdade à vista dos valores amparados na Constituição. Inversamente, “o tratamento diferenciado estabelecido pela lei é agressivo à isonomia quando não houver correlação lógica entre a diversidade do regime estabelecido e o fator que tenha determinado o enquadramento, num ou noutro regime, das pessoas, coisas ou situações reguladas”, como põe em acento Carlos Ari Sundfeld (*Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 169), sendo ofensivo à igualdade o regramento discriminador assentado sobre situações individuais ou em elemento ilógico, irrelevante, inútil, incapaz ou indiferente. Em resumo, a discriminação deve guardar compatibilidade com o conteúdo do princípio da igualdade (STF, ADI 3.305-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, 13-09-2006, v.u., DJ 24-11-2006, p. 60).

À luz desses conceitos, é possível assentar que a norma em exame tem compatibilidade com a proteção da mulher, valor constitucionalmente amparado. E ostenta razoabilidade porque **não se afigura idôneo e honorável à Administração Pública** que pessoas condenadas – com decisão trânsita em julgado – com base na Lei Maria da Penha ocupem cargos (comissionados) de assessoramento, chefia e direção. Ela é **adequada** porque tem aptidão à produção do resultado; **necessária** porque não extrapola os limites razoáveis, impondo restrição sem demasia em atenção à honorabilidade; e **proporcional** porque contém relação entre meio (honorabilidade) e fim (proibição da investidura).

Em arremate, não vislumbro abusividade ou arbitrariedade na interdição de investidura em cargos de provimento em comissão aos condenados com lastro na Lei Maria da Penha. A indiferença e a omissão a essa situação especial não atendem ao padrão de honorabilidade que se anseia no provimento de **funções** *(lato sensu)* **altaneiras** da Administração Pública, notadamente porque a coletividade usuária dos serviços públicos é majoritária feminina assim como porque os subordinados decerto formarão maior contingente desse gênero, e o comportamento censurável do agente decerto não contribuirá para a satisfação de direitos e interesses dos administrados nem para o regular ambiente de trabalho dos subalternos.

**Opino pela improcedência do pedido**.

É o parecer.

São Paulo, 09 de janeiro de 2020.

Wallace Paiva Martins Junior

Subprocurador-Geral de Justiça

Jurídico

tapf/plsg