

**EXCELENTÍSSIMO DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DE SÃO PAULO**

Protocolado SEI Nº 29.0001.0149259.2020-68

OFÍCIO DO EXPEDIENTE nº 163/2021

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 2º e 3º DO ART. 25 E ANEXO III DA LEI COMPLEMENTAR Nº 4.744, DE 08 DE DEZEMBRO DE 2020, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA. DISPOSITIVOS LEGAIS QUE FORNECEM ULTRATIVIDADE A NORMAS LOCAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS QUE CRIAVAM CARGOS PÚBLICOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. OFENSA À SEPARAÇÃO DE PODERES NA PERSPECTIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. AGRAVO À COISA JULGADA. DESVIO DE PODER DE ATO LEGISLATIVO. ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DE MORALIDADE, FINALIDADE, INTERESSE PÚBLICO E IMPESSOALIDADE.

1. Declaração de inconstitucionalidade dos cargos em comissão de suporte pedagógico contidos na Lei Complementar nº 4.378, de 23 de outubro de 2018, do Município de São João da Boa Vista (Diretor de Escola; Vice-Diretor; Supervisor de Ensino; Coordenador Pedagógico e Assistente Pedagógico) em ação direta proposta anteriormente (Processo nº 2194941-86.2018.8.26.0000).

2. Posterior edição da Lei Complementar nº 4.744, de 08 de dezembro de 2020, do Município de São João da Boa Vista, cujo §§ 2º e 3º do art. 25 e Anexo III mantêm a vigência das normas declaradas inconstitucionais no controle concentrado, por acórdão já transitado em julgado.

3. Normativa que ao manter a vigência de lei que criava cargos em comissão e que foi declarada inconstitucional por decisão colegiada transitada em julgado, viola a coisa julgada e o

CÂMARA MUNICIPAL
DOCUMENTO RECEBIDO EM
03/08/2021
Sane Carvalho
funcionário

princípio da separação dos poderes, por subverter o sistema de freios e contrapesos.

4. Normativa que ao determinar que os cargos já declarados inconstitucionais permaneçam ocupados pelos servidores que atualmente os lotam até a efetivação da nomeação dos novos cargos criados, indica nítido desvio do poder de legislar com patente agravo aos princípios de moralidade, finalidade, interesse público e finalidade.

○ **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 do Estado 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, pelos fundamentos adiante expostos, promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face dos §§ 2º e 3º do art. 25 e Anexo III da Lei Complementar nº 4.744, de 08 de dezembro de 2020, do Município de São João da Boa Vista, pelos fundamentos adiante expostos:

I – HISTÓRICO

Em 12 de setembro de 2018 foi proposta ação direta (ADI nº 2194941-86.2018.8.26.0000), pleiteando a declaração de **inconstitucionalidade** das expressões “Coordenador Pedagógico”, “Vice-diretor de Escola”, “Diretor de Escola”, “Supervisor de Creche”, “Supervisor de Ensino Infantil”, “Supervisor de Ensino Fundamental” e “Assistente Pedagógico”, previstas no art. 6º e na Tabela II da Lei Complementar nº 110, de 08 de janeiro de 1999, e, por arrastamento, das expressões “Diretor”, “Vice-diretor”, “Coordenador pedagógico”, “Supervisor de ensino” e “Assistente pedagógico” constantes do **parágrafo único do art. 5º da**

Lei Complementar nº 4.378, de 23 de outubro de 2018, do Município de São João da Boa Vista.

O Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça julgou a ação **procedente**, na parte conhecida, **com modulação**, conforme se extrai da ementa do venerando acórdão (fls. 467/487):

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Cargos de provimento em comissão de “Diretor de Escola”, “Vice-Diretor de Escola”, “Coordenador Pedagógico”, “Supervisor de Ensino Infantil”, “Supervisor de Ensino Fundamental”, “Supervisor de Creche”, “Assistente Pedagógico” e “Assessor Pedagógico”, previstos no artigo 6º e na Tabela II da Lei nº 110, de 08 de janeiro de 1999, do Município de São João da Boa Vista - Ausência de descrição das respectivas atribuições – **Superveniência da Lei Complementar nº 4.378, de 23 de outubro de 2018, que modificou a estrutura administrativa local** - Ao revogar as disposições em contrário, em especial a Lei nº 110, de 08 de janeiro de 1998 e não citar as expressões “Assessor Pedagógico” e “Supervisor de Creche”, a lei nova extinguiu os referidos cargos - Carência superveniente reconhecida, nesse ponto, pela ausência de interesse de agir - Perda parcial do objeto - Extinção parcial da ação, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil - **Exame dos cargos comissionados de “Diretor”, “Vice-diretor”, “Coordenador Pedagógico”, “Supervisor de Ensino” e “Assistente Pedagógico”** - Possibilidade - Cargos de provimento em comissão previstos na alteração legislativa - **Alegação de que a descrição das atribuições desempenhadas pelos ocupantes dos referidos cargos, não revela natureza exigente da confiança senão plexo de competências comuns, técnicas profissionais** - **É necessário que a legislação demonstre, de forma efetiva, que as atribuições**

dos cargos a serem criados se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração - Atribuições não inerentes a natureza das funções de direção, chefia e assessoramento - Violação aos artigos 111, 115, incisos II, V e 144, da Constituição do Estado de São Paulo - Modulação dos efeitos.

Processo parcialmente extinto sem resolução de mérito e, no remanescente, pedido procedente, com modulação”.

O acórdão **transitou em julgado em junho de 2020**, conforme se extrai de certidão expedida em 25 de junho de 2020 do aludido processo.

Relevante ponderar que **houve modulação de efeitos** para que “a declaração de inconstitucionalidade tenha eficácia em 120 (cento e vinte) dias do julgamento”, como consta do venerando acórdão proferido em 13 de abril de 2019, e publicado em 15 de abril de 2019.

Não obstante a respeitável decisão colegiada tenha declarado a inconstitucionalidade das normas em caráter definitivo, o Município de São João da Boa Vista editou nova lei, mantendo a vigência do ato normativo declarado inconstitucional, conforme a seguir explicitado.

II – OS DISPOSITIVOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

A **Lei Complementar nº 4.744, de 08 de dezembro de 2020**, do Município de São João da Boa Vista, que “Dispõe sobre alterações na Lei Complementar Municipal nº 4.378, de 23 de outubro de 2018, que reestrutura o Estatuto do Magistério Público Municipal e cria o plano de cargos, carreiras e salários do Magistério Público do Município de São João da Boa Vista, relativamente à educação básica, e dá outras providências”, possui, no que pertine ao objeto desta ação, em destaque, a seguinte redação:

Art. 25 – Ficam criadas 04 (quatro) vagas para o cargo público efetivo de Supervisor de Ensino, 10 (dez) vagas para o cargo público efetivo de Diretor de Escola, 23 (vinte e três)

vagas para o cargo público efetivo de Vice-Diretor, 24 (vinte quatro) vagas para o cargo público efetivo de Coordenador Pedagógico e 03 (três) vagas para o cargo público efetivo de Assistente Pedagógico, no Quadro do Magistério Público Municipal de São João da Boa Vista, constante do Anexo I da Lei Complementar Municipal nº 4.378, de 23 de outubro de 2018, nos termos do Anexo I da presente Lei Complementar.

§ 1º - Ficarão automaticamente extintas na vacância as vagas para as funções de suporte pedagógico de Supervisor de Ensino, Diretor de Escola, Vice-Diretor, Coordenador Pedagógico e Assistente Pedagógico, constantes da Lei Complementar Municipal nº 4.378, de 23 de outubro de 2018, quando da efetivação da nomeação dos cargos, por meio de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos.

§ 2º - Até a efetivação da nomeação dos cargos a que se refere o parágrafo anterior, os titulares de cargos docentes efetivos designados para ocupar as funções de Supervisor de Ensino, Diretor de Escola, Vice-Diretor, Coordenador Pedagógico e Assistente Pedagógico, serão mantidos no desempenho das referidas funções, percebendo seus vencimentos com base no disposto no art. 16 e Anexo III da Lei Complementar nº 4.378, de 23 de outubro de 2018 e Anexo III desta Lei Complementar.

§ 3º - Permanecem vigentes, até a ocorrência do disposto neste artigo, as disposições da Lei Complementar Municipal nº 4.378, de 23 de outubro de 2018, aplicáveis às funções de suporte pedagógico.

(...)

**ANEXO III – FUNÇÕES DE SUPORTE PEDAGÓGICO DA LEI
Nº 4.378, DE 23 DE OUTUBRO DE 2018**

FUNÇÃO DE SUPORTE PEDAGÓGICO	QUANTIDADE	VALOR BASE DA GRATIFICAÇÃO
SUPERVISOR DE ENSINO – em extinção	7	R\$ 4.986,97
DIRETOR ESCOLA – em extinção	11	R\$ 4.640,10
VICE-DIRETOR – em extinção	22	R\$ 4.293,22
COORDENADOR PEDAGÓGICO – em extinção	24	R\$ 3.603,48
ASSISTENTE PEDAGÓGICO – em extinção	5	R\$ 3.946,42

III – OS PARÂMETROS DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

Os dispositivos impugnados, editados na estrutura administrativa do Município de São João da Boa Vista, 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 preceitos da Constituição Federal e da Constituição do Estado são aplicáveis aos Municípios por força do art. 29 daquela e do art. 144 desta.

O dispositivo contestado é incompatível com os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

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

.....

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.

IV – FUNDAMENTAÇÃO

Os §§ 2º e 3º do art. 25 da Lei Complementar nº 4.744, de 08 de dezembro de 2020, do Município de São João da Boa Vista, mantêm vigentes normas que criaram cargos de provimento em comissão cuja descrição legal de atribuições não se amoldava ao assessoramento, chefia e direção (“Diretor”, “Vice-diretor”, “Coordenador Pedagógico”, “Supervisor de Ensino” e “Assistente Pedagógico”) e que **já foram declaradas inconstitucionais** em controle de constitucionalidade concentrado, por acórdão desse Egrégio Órgão Especial transitado em julgado, em manifesta **violação à coisa julgada** e ao **princípio da separação dos poderes**.

Os dispositivos agora impugnados também determinam que referidos cargos já declarados inconstitucionais permaneçam ocupados pelos servidores que atualmente os lotam até a efetivação da nomeação dos novos cargos criados, o que configura **nítido desvio do poder de legislar**.

A – VIOLAÇÃO À COISA JULGADA E À SEPARAÇÃO DOS PODERES

Contesta-se a constitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 25 da Lei Complementar nº 4.744, de 08 de dezembro de 2020, do Município de São João da Boa Vista, na medida em que estabelecem que “permanecem vigentes,

até a ocorrência do disposto neste artigo, as disposições da Lei Complementar Municipal nº 4.378, de 23 de outubro de 2018, aplicáveis às funções de suporte pedagógico”, mantendo nos postos os docentes que ocupam tais funções até a efetivação da nomeação dos cargos criados.

A previsão, nos dispositivos impugnados, de manutenção da vigência de norma já declarada inconstitucional por decisão transitada em julgado pelo Poder Judiciário, que criava cargos em comissão que não revelavam plexos de assessoramento, chefia e direção, **viola a coisa julgada e o princípio da separação de poderes ao dar ultratividade à norma julgada inconstitucional após inclusive o prazo de modulação de efeitos.**

Com efeito, a coisa julgada torna definitiva a solução dada pelo Poder Judiciário a determinada controvérsia que a ele tenha sido submetida, emprestando imutabilidade e indiscutibilidade, ou mais precisamente, autoridade à decisão proferida. Sua concepção destina-se a garantir a segurança extrínseca das relações jurídicas, impedindo qualquer outra decisão a respeito da mesma questão.

Logo, quando o Município de São João da Boa Vista edita nova lei com conteúdo modificativo daquilo que já foi definitivamente decidido em decisão jurisdicional colegiada no exercício de controle concentrado, **ofende a coisa julgada, preceito magno na Constituição Federal (art. 5º, XXXVI) e que tem a qualidade de norma de reprodução obrigatória, não bastasse a remissão que se opera no art. 144 da Constituição Estadual, violado.**

A disposição ofende, ainda, a separação dos poderes.

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.

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.

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. 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).

Nesse contexto, a função legislativa é voltada à produção de normas gerais, abstratas, obrigatórias e **inovadoras** do ordenamento jurídico, através de um processo legislativo estruturado normativamente pela Carta Constitucional. Sua finalidade é a de produzir **legitimamente** normas gerais, abstratas, obrigatórias e, como dito, **inovadoras** do ordenamento jurídico, cuja validade reside na sua compatibilização com um interesse universalizável.

De outro lado, a função jurisdicional objetiva resolver conflitos de interesse, e, no âmbito da jurisdição constitucional, extirpar do ordenamento jurídico norma que não tenha compatibilidade com a Constituição.

O princípio da separação de poderes pressupõe, para perfeito funcionamento do sistema, mecanismos de controle recíprocos de um poder sobre o outro para evitar abusos e disfunções, naquilo que se denomina sistema de freios e contrapesos.

O sistema de freios e contrapesos apresenta-se como complemento natural e ao mesmo tempo garantidor da separação de poderes, possibilitando que cada Poder, no exercício de competência própria, controle outro Poder e seja pelo outro controlado, sem que haja impedimento do funcionamento alheio ou mesmo invasão da sua área de atuação.

Dentre esses mecanismos está o controle de constitucionalidade concentrado exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos editados pelos Poder Legislativo. Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, a decisão produzirá, em regra, efeitos gerais (*erga omnes*) e vinculantes, que deverão ser necessariamente observados.

Portanto, a norma editada pelo Poder Legislativo local contrariando manifestamente a decisão pelo Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade de leis, não constitui norma legítima, implicando, por consequência, em violação ao princípio da separação dos poderes.

B – DESVIO DE PODER

É nítido o desvio de poder radicado nas disposições normativas ora combatidas, que as contamina de maneira a expô-las ao controle abstrato, concentrado, direto e objetivo de constitucionalidade por vício material de inconstitucionalidade na medida em que encerram, *de per si* e atento às circunstâncias, ofensa aos princípios de moralidade e impessoalidade.

A manutenção de vigência de dispositivos criadores de cargos em comissão já declarados inconstitucionais, bem como a manutenção dos servidores e referidos cargos até provimento de concurso desvia de sua finalidade, visando à outorga de favorecimento indevido em prol de seus destinatários ou do próprio interesse público secundário, por esse expediente que destoa da ética pública e da pauta de valores morais que guiam o poder público, como lealdade, boa-fé, moralidade.

A contextura circundante à edição das normas impugnadas 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 das disposições impugnadas foi manter vigentes normas que já foram declaradas inconstitucionais – até a vacância e até efetivo provimento de novos cargos criados ao final do concurso público.

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

Patente, pois, o desvio de poder na edição do ato normativo porque, em síntese, a finalidade perseguida pelas normas 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.

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 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 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.

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.

Apreciando lei de organização judiciária na qual se inseria emenda em benefício de determinado serventuário, 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.

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 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.

Concluímos, 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).

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, ch è l'eccesso di potere' ('A ilegitimidade de todo fim, diverso daquele constitucionalmente previsto, conduz logicamente afigurar-se, no plano legislativo, aquele 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 uma violazione di diritto, nel senso più próprio della parola. Son concetti questi di commune applicazione riguardo alle competenze degli organi amministrativi e non si saprebbe indicare il peccato non possono riferirsi, nella loro generalità, al Parlamento. In certi campi della sua funzione legislativa, questo non há poteri sconfinati, ma poteri discrezionali, il che vuol dire limitati, 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 limiti 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 última hipótese, uma modalidade de vício de legitimidade assimilável ao excesso de poder administrativo' ('la legge può 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 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, 4ª ed., 1986, p. 739)".

Verifica-se, no presente caso, o abandono ostensivo do fim a que se destina a atribuição constitucional, configurando-se verdadeiro desvio de poder, pois a competência legislativa foi colocada a serviço de interesses outros, quicá dos próprios funcionários comissionados que ocupam os cargos declarados inconstitucionais, em detrimento do legítimo interesse público.

Nem se alegue que a edição da nova lei visou atender o disposto na Lei Complementar Federal nº 173, de 27 de maio de 2020.

Referida normativa não proíbe o provimento de cargos que estejam criados pois as disposições do inciso IV do art. 8º proíbem a União, os Estados, Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia, até 31 de dezembro de 2021, de "admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares".

A Lei Complementar nº 173/20 também não impede a adoção de procedimentos voltados à lotação, relotação, realocação ou remanejamento, em sua vacância, de cargos efetivos criados, mediante a destinação à unidade administrativa diversa, visando o atendimento das necessidades do serviço e à melhor distribuição de pessoal, desde que não implique em aumento de despesa.

Além disso, o inciso II do art. 8º do citado ato normativo somente veda a criação de cargo, emprego ou função que implique em aumento de despesas. A realização de concurso público também é permitida nos casos em que haja a necessidade de reposição de servidores, consoante dispõe o inciso V.

V – PEDIDO

Diante do exposto, requerendo o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos **§§ 2º e 3º do artigo 25 e Anexo III da Lei Complementar nº 4.744, de 08 de dezembro de 2020, do Município de São João da Boa Vista.**

Requer-se a **requisição de informações** ao Prefeito Municipal e à Câmara Municipal de São João da Boa Vista, bem como a **citação** da Procuradora-Geral do Estado, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 09 de abril de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

Blo/hps

Protocolado SEI nº 29.0001.0149259.2020-68

Interessada: Patrícia Palhares Aversa Marzochi

Assunto: Análise da constitucionalidade do art. 25, §§ 2º e 3º, da Lei Complementar nº 4.744, de 08 de dezembro de 2020, do Município de São João da Boa Vista.

1. Distribua-se a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade no egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2. Oficie-se à interessado, informando-lhe a propositura da ação, com cópia da petição inicial.

São Paulo, 09 de abril de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

Blo/hps