



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

DATA DA SESSÃO:16/2/2012

REQTE. : O MUNICÍPIO DE LINHARES
REQDO. : A CÂMARA MUNICIPAL DE LINHARES
RELATOR: O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA

R E L A T Ó R I O

O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA (RELATOR):-

Cuida-se de representação de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, por meio da qual pretende, o *Prefeito Municipal de Linhares*, ver declarada a inconstitucionalidade formal da Lei n.º 3.049/2011 de 06 de maio de 2011 do Município de Linhares, com efeitos *ex tunc*.

Sustenta o requerente que a norma impugnada, de autoria do Poder Legislativo, autoriza a criação de vagas de assistente social nas escolas municipais, o que na melhor técnica traduz a criação de cargo (vaga) na estrutura administrativa da Secretaria de Educação, a ser ocupado por profissional de assistência social, matéria de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo Municipal.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 14/41.

O eminente Desembargador Sérgio Bizzoto Pessoa de Mendonça declarou-se suspeito para atuar no feito (fl. 43), vieram-me os autos redistribuídos.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

O pedido de medida cautelar incidental foi indeferido (fls. 46/49).

O d. Presidente da Câmara Municipal prestou informações (fls. 53/56) defendendo a constitucionalidade da lei impugnada. Com as informações vieram os documentos de fls. 57/68.

A d. Procuradoria de Justiça ofereceu parecer (fls. 71/74-verso) opinando pela procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 3.049/01.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório, em mesa para julgamento.

*

V O T O

O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA (RELATOR):-

A Lei Municipal n.º 3.049 de 06 de maio de 2011, aqui impugnada, ostenta o seguinte teor:

Art. 1º - Fica o Chefe do Poder Executivo Municipal, autorizado a criar uma vaga de ASSISTENTE SOCIAL em cada unidade escolar do Município de Linhares - Estado do Espírito Santo.

Não se olvida que são de iniciativa privativa do Chefe do Executivo as leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; servidores públicos, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; bem como, que a



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

contratação sem a realização de concurso público é exceção que se limita aos casos em que comprovadamente haja necessidade temporária de pessoal, não abrangendo os serviços permanentes nem os de natureza previsível.

Ocorre que não há previsão de competências privativas dos Prefeitos Municipais na Constituição Federal e/ou Estadual, mas apenas na Lei Orgânica Municipal, não se podendo realizar o controle concentrado de constitucionalidade, nos termos em que requerido.

No que interessa ao caso sob exame, vejamos o que determina a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *in verbis*:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

(...)

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

(...)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

Art. 63. Não será admitido aumento da despesa prevista:

I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, § 3º e § 4º;

Em observância ao princípio da simetria, a Constituição Estadual estabeleceu normas com idêntico conteúdo, senão vejamos:

Art. 63. A iniciativa das leis cabe a qualquer membro ou comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público e aos cidadãos, satisfeitos os requisitos estabelecidos nesta Constituição.

Parágrafo único. São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre:

I - criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo ou aumento de sua remuneração;

(...)

III - organização administrativa e pessoal da administração do Poder Executivo;

IV - servidores públicos do Poder Executivo, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade;

(...)

Art. 64. Não será admitido aumento da despesa prevista:

I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Governador do Estado, ressalvado o disposto no art. 151, §§ 2º e 3º;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

Dessa forma, como inicialmente mencionado, verifica-se que não há previsão de competências privativas dos Prefeitos Municipais na Constituição Federal e/ou Estadual, mas apenas na Lei Orgânica Municipal, *ad litteram*:

Art. 31 A iniciativa das leis cabe à Mesa, a Vereador ou Comissão de Câmara, ao Prefeito Municipal e aos cidadãos na forma e nos casos previstos nesta Lei Orgânica.

Parágrafo único. São de iniciativa privativa do Prefeito Municipal, as Leis que disponham sobre:

(...)

II - criação transformação ou extinção de cargos, funções ou empregos públicos, na administração direta e indireta ou aumento de remuneração;

III - servidores públicos do Município, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

(...)

Art. 32 Não será admitido aumento da despesa prevista nos projetos de iniciativa exclusiva do Prefeito Municipal, nem nos de competência exclusiva da Mesa da Câmara Municipal;

Preleciona Zeno Veloso que:

"(...) havendo dissensão entre a Lei Orgânica e a lei ordinária edilícia, estabelece-se um conflito, sem dúvida, mas este antagonismo não pode ser resolvido em juízo de inconstitucionalidade, pela curial



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

razão de a Lei Orgânica não ser, formalmente, uma Constituição. Tanto a Lei Orgânica quanto as leis ordinárias municipais integram legislação local, infraconstitucional".

"Além disso, jurisdição constitucional não pode ser instituída por interpretação extensiva ou em virtude de mera semelhança de situações com as previstas na Carta Magna. Ao contrário, por seu conteúdo político, sua abrangência e peculiaridade, só existe nos casos expressamente previstos ou autorizados na Constituição Federal".

"Enfim, a violação da Lei Orgânica pela Lei ordinária municipal é uma questão de ilegalidade e não de inconstitucionalidade"¹.

Neste mesmo sentido, firmou-se a jurisprudência do e. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, senão vejamos:

REPUBLICADO POR CONTER ERRO MATERIAL NA PUBLICAÇÃO DO DIA 04/02/2011. APELAÇÃO CÍVEL Nº 014090065468 APELANTE: MUNICÍPIO DE COLATINA - ES APELADA: FUNERÁRIA PARQUE DOS GIRASSÓIS LTDA-ME RELATOR: DES. SUBST. WILLIAM COUTO GONÇALVES EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - EFICÁCIA DA SENTENÇA CONDICIONADA AO TRÂNSITO EM JULGADO - ERROR IN JUDICANDO - LEI MUNICIPAL - DISTÂNCIA MÍNIMA ENTRE ESTABELECI-

¹ VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 359.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

MENTOS (FUNERÁRIA E HOSPITAL, CLÍNICA E ASSEMBELHADOS) - PREVISÃO EM LEI ORDINÁRIA Nº 5.337/07 DO MUNICÍPIO DE COLATINA/ES - COMPETÊNCIA DEFERIDA À LEI COMPLEMENTAR - AFRONTA À LEI ORGÂNICA- HIPÓTESE DE ILEGALIDADE E NÃO INCONSTITUCIONALIDADE - NEGAR PROVIEMENTO. 1 - Juiz "a quo" que julga procedente o pedido, mas condiciona a eficácia da sentença aso seu trânsito em julgado, incorre "in error judicando" por conferir, "ex officio", à própria decisão um efeito que equivale ao suspensivo antes mesmo da interposição de recursos pelas partes. 2 - Eror in judicando que é evidenciado, mormente, aos se considerar que, na oportunidade do juízo de admissibilidade do Recurso de Apelação, o Juiz a quo o recebeu apenas no efeito devolutivo, o que implicaria, por consequencia, na manutenção da eficácia da sentença. 3- Em razão disso, há que se extrair do dispositivoda sentença a expressão "após o trânsito em julgado desta". 4- Ademais, certo é que só as Constituições Estaduais e Federal foram estabelecidas pelo ordenamento jurídico vigente como parâmetros de controle de constitucionalidade. Sendo assim, a violação à Lei Orgânica por Lei Ordinária Municipal revela ilegalidade a ser declarada pela Câmara, e não inconstitucionalidade, cuja declaração é de competência do Tribunal Pleno. 5- Portanto, a declaração de ilegalidade da Lei 5.337/07 acarreta a nulidade do ato que determinava o fechamento do estabelecimento comercial (Funerária) da Apelada por estar localizado a menos de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

250m (duzentos e cinquenta metros) de hospitais, clínicas e assemelhados. 6- Recurso conhecido e desprovido. VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Desembargadores que integram a Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, na conformidade da ata e notas taquigráficas, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

(TJES, Classe: Apelação Cível, 14090065468, Relator: FREDERICO GUILHERME PIMENTEL - Relator Substituto : WILLIAM COUTO GONCALVES, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/08/2010, Data da Publicação no Diário: 17/03/2011)

Deveras, havendo divergência entre a Lei Orgânica e a lei ordinária municipal, não se pode resolver a controvérsia em juízo de inconstitucionalidade, uma vez que a Lei Orgânica não é, formalmente, uma Constituição, mas, assim como as leis ordinárias municipais, parte da legislação local infraconstitucional.

Demonstrado que o caso é de violação da Lei Orgânica do Município de Linhares pela Lei Ordinária Municipal nº 3.049 de 06 de maio de 2011, tenho que a questão é de ilegalidade e não de inconstitucionalidade, incompatível com o controle concentrado de constitucionalidade.

Do exposto, e por tudo mais que dos autos consta, extingo o processo sem resolução de mérito, por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

É como voto.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

*

V O T O S

O SR. DESEMBARGADOR ADALTO DIAS TRISTÃO:-
Acompanho o voto do Eminentíssimo Relator.

*

PROFERIRAM IDÊNTICO VOTO OS EMINENTÍSSIMOS DESEMBARGADORES:-

MAURÍLIO ALMEIDA DE ABREU;
SÉRGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA;
ANNIBAL DE REZENDE LIMA;
SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA.

*

O SR. DESEMBARGADOR ARNALDO SANTOS SOUZA:-
Sr. Presidente, tenho a impressão de que a questão é de análise de mérito. Está-se julgando que o aspecto não é de declaração de inconstitucionalidade.

Não houve o aspecto de constitucionalidade, porque a causa de pedir me parece...

*

O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA (RELATOR):-

É uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por afronta à Lei Orgânica Municipal.

*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

O SR. DESEMBARGADOR ARNALDO SANTOS SOUZA:-
Tenho a impressão de que se está julgando o mérito da questão.

*

O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA (RELATOR):-
Estou simplesmente extinguindo o processo, porque não é cabível a Ação Direta de Inconstitucionalidade, no caso, por afronta à Lei Orgânica.

Essa é a questão.

*

O SR. DESEMBARGADOR ARNALDO SANTOS SOUZA:-
V.Ex^a está julgando que há impropriedade da via eleita?

*

O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA (RELATOR):-
Exatamente.

*

V O T O S

O SR. DESEMBARGADOR ARNALDO SANTOS SOUZA:-
Neste caso, seria uma Preliminar de Impropriedade da Via Eleita.
Com esse esclarecimento, julgo extinto o processo.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

*

PROFERIRAM IDÊNTICO VOTO OS EMINENTES DESEMBAR-
GADORES:-

JOSÉ LUIZ BARRETO VIVAS;
CARLOS ROBERTO MIGNONE;
RONALDO GONÇALVES DE SOUSA;
FÁBIO CLEM DE OLIVEIRA;
SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR.

*

V I S T A

O SR. DESEMBARGADOR NEY BATISTA COUTINHO:-
Respeitosamente, peço vista dos autos.

*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

*Kshl**

CONTINUAÇÃO DO JULGAMENTO: 8-3-12

V O T O

(PEDIDO DE VISTA)

O SR. DESEMBARGADOR NEY BATISTA COUTINHO:-

Eminentes pares, pedi vista dos autos a fim de melhor examinar os pressupostos que respaldam a arguição de inconstitucionalidade formal da Lei Municipal nº 3.049/2011, emanada do Município de Linhares, mais precisamente com o intuito de analisar se a via escolhida pelo legitimado afigura-se adequada.

Consigno, primeiramente, que a questão debatida no presente julgamento centra-se na suposta inconstitucionalidade de lei municipal de **autoria do Poder Legislativo do Município de Linhares**, cujo teor autorizaria a criação de cargos de assistente social no âmbito da Secretaria de Educação, vício este que teria fundamento na alegada **infringência da iniciativa exclusiva do chefe do executivo municipal** para a proposta de lei a respeito de tal matéria.

Anoto que o ilustre relator, Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama, e todos os demais julgadores que até então exararam seus votos, entenderam que, em realidade, a presente demanda pretenderia discutir a validade do aludido diploma municipal perante o teor da Lei Orgânica do Município de Linhares, eis que somente esta cuidaria expressamente das matérias de competência privativa do Prefeito Municipal, inserindo, dentre elas, a **"criação, transformação ou extinção de cargos, funções ou empregos públicos, na administração direta e indireta ou aumento de remuneração"**, de modo que a Constituição



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

da República e a Constituição Estadual apenas disciplinariam as competências exclusivas do Presidente da República e do Governador do Estado, respectivamente.

Feitas essas considerações, pondero que o enfrentamento da presente controvérsia deve ser iniciado por meio da análise dos fundamentos que respaldam a suscitação de inconstitucionalidade, a fim de se examinar, com precisão, qual é o parâmetro verdadeiramente invocado pelo legitimado com o intuito de invalidar a norma impugnada.

Dessa forma, reputo pertinente transcrever os seguintes trechos da petição inicial:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente no sentido de que a disciplina normativa pertinente a criação de cargos, empregos e funções públicas no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, bem como o processo de estruturação e organização administrativa traduz matéria que se insere na esfera exclusiva da iniciativa do Chefe do Poder Executivo local, **por força da cláusula de reserva inscrita no art. 61, § 1º, II, da Constituição Federal, que consagra o princípio fundamental inteiramente aplicável aos Estados-membros (extensivo aos municípios) em matéria de processo legislativo.**

O desrespeito a essa reserva, de observância pelos Estados-membros e Municípios, dada sua estreita ligação com o postulado da separação e independência dos Poderes, viola o art. 61, § 1º, II, a e b, e art. 63, I, da Constituição Federal; **art. 63, parágrafo único, inc. I e**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

IV, e art. 64, I, da Constituição Estadual, o que emerge do processo legislativo de formação da lei ora guerreada, porquanto constitui ingerência indevida do Poder Legislativo e criação de cargo público na administração direta e intervenção na estruturação da Secretaria Municipal de Educação (cada unidade escolar do Município deverá ter uma assistente social).

[...].

Assim, o exercício das atribuições enumeradas no parágrafo único, art. 63, da CE e, parágrafo único, do art. 31 da Lei Orgânica de Linhares, exclui da competência do Poder Legislativo a iniciativa de leis ou a alteração de projetos oriundos do Poder Executivo, que disponham sobre a criação de cargos públicos do Executivo e a estruturação e organização administrativa do cargo do Município, notadamente quando acarretem elevação de despesa pública (CE, art. 63, I e IV, e 64, I; LO, art. 31, II e IV, e art. 32). (Fls. 6-7 - grifei).

Nesses moldes, a interpretação detida de tais excertos, segundo o meu sentir e com a devida vênia, conduzem ao entendimento de que, em realidade, o parâmetro destacado na presente pretensão com o intuito de questionar a constitucionalidade do diploma municipal supracitado não é a Lei Orgânica do Município de Linhares e, sim, o próprio teor da Constituição Estadual, mais precisamente o art. 63, parágrafo único, I, cujo teor dispõe ser de iniciativa privativa do Governador do Estado o encaminhamento de projeto de lei que verse so-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

bre a "criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo ou aumento de sua remuneração".

Digo isso porque, o fato de o texto do diploma constitucional estadual não abrigar menção expressa às matérias de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo municipal não faz com que tal ente federativo esteja fora do âmbito de obrigatoriedade das diretrizes básicas do processo legislativo instituídas na CRFB e na Constituição Estadual, independentemente de estas estejam ou não contempladas na legislação organizacional municipal, raciocínio que encontra sua premissa maior no princípio da simetria.

Não é por outra razão que a doutrina constitucional, direcionada pela jurisprudência dos tribunais superiores, dispõe, de forma clara, que "as hipóteses previstas na Constituição Federal de iniciativa reservada do Presidente da República, pelos princípios da simetria e da separação de poderes, devem ser observadas em âmbito estadual, distrital e municipal", de modo que as "referidas matérias terão de ser iniciadas pelos Chefes do Executivo (Governadores do Estado e do DF e Prefeitos), sob pena de se configurar inconstitucionalidade formal subjetiva" (PEDRO LENZA. Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 443).

Em idêntico sentido, DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, pondera que "as regras do processo legislativo, em especial as concernentes à iniciativa legislativa, por forma da simetria, são de observância obrigatória para os Estados, Distrito Federal e Municípios", de modo que a "violação à reserva da iniciativa releva conduta inconstitucional que não pode ser convalidada com a sanção do chefe do executivo se a iniciativa invadida era dele" (Curso de Direito Constitucional. 5 ed. Salvador: Juspodvm, 2011, p. 1035).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

Seguindo a mesma linha: **UADI LAMMÊGO BULOS**, **Curso de Direito Constitucional**, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1022.

Registro que, na jurisprudência do **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, a matéria afeta à incidência do **princípio da simetria** no tocante à necessidade de atendimento, pelos estados-membros, das disposições da Constituição da República respeitantes ao processo legislativo também é recorrente, como ilustram os seguintes julgados:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ALAGONA N. 6.153, DE 11 DE MAIO DE 2000, QUE CRIA O PROGRAMA DE LEITURA DE JORNAIS E PERIÓDICOS EM SALA DE AULA, A SER CUMPRIDO PELAS ESCOLAS DA REDE OFICIAL E PARTICULAR DO ESTADO DE ALAGOAS. 1. Iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo Estadual para legislar sobre organização administrativa no âmbito do Estado. 2. Lei de iniciativa parlamentar que afronta o art. 61, § 1º, inc. II, alínea e, da Constituição da República, ao alterar a atribuição da Secretaria de Educação do Estado de Alagoas. Princípio da simetria federativa de competências. 3. Iniciativa louvável do legislador alagoano que não retira o vício formal de iniciativa legislativa. Precedentes. (ADI nº 2329, Relª. Minª. **CÁRMEN LÚCIA**, Tribunal Pleno, DJ. 25.6.2010 - grifei).

À luz do princípio da simetria, a jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica ao afirmar que, no tocante ao regime jurídico dos servidores militares estaduais, a iniciativa de lei é reservada ao Chefe do Poder Executivo local por



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

força do artigo 61, § 1º, II, f, da Constituição. II - O vício formal não é superado pelo fato de a iniciativa legislativa ostentar hierarquia constitucional. (ADI nº 3930, Rel. Min. **RICARDO LEWANDOWSKI**, Tribunal Pleno, DJ 23.10.2009 - grifei).

No mesmo sentido: RE nº 396970 AgR, Rel. Min. **EROS GRAU**, Segunda Turma, DJ 9.10.2009 e ADI nº 2192, Rel. Min. **RICARDO LEWANDOWSKI**, Tribunal Pleno, DJ 20.6.2008.

Importante consignar que, apesar de tais julgados - assim como a maior parte de todos os demais existentes sobre o tema - não versarem especificamente a respeito da análise da constitucionalidade de diplomas municipais, chamo a atenção dos ilustres pares para dois precisos precedentes oriundos da Corte Excelsa que tratam exatamente do debate ora concretizado, advindos dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, nos quais as respectivas Constituições Estaduais foram empregadas como parâmetro para a análise da validade de diplomas municipais eivados de vício decorrente da usurpação de iniciativa legislativa, mesmo inexistindo, em seus textos, previsão expressa a respeito das matérias a serem encaminhadas exclusivamente pelos Prefeitos Municipais.

Eis os julgados aludidos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS A SERVIDORES ATIVOS. EXTENSÃO AOS INATIVOS. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO EXECUTIVO MUNICIPAL. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.
1. A norma do art. 5º da Lei Municipal



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

2.285/1995 foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial do TJ/RJ, por violação aos arts. 112, § 1º, II, a e b, e 113, I, c/c 342 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. 2. A disposição sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica dos servidores públicos municipais é de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo. 3. É inadmissível emendas parlamentares em projeto de lei de iniciativa privativa do Prefeito Municipal visando estender aos inativos vantagem concedida aos servidores em atividade que impliquem aumento de despesas. Precedentes. (RE nº 374922 AgR, Relª. Minª. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJ 27.6.2011 - grifei).

A norma municipal foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial do TJ/SP, por violação aos arts. 24 (§ 2º, 4) e 144 da Constituição do Estado de São Paulo. 2. A disposição sobre regime jurídico dos servidores municipais é de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 61, § 1º, II, a e c, da Constituição Federal, de observância obrigatória pelos Municípios. 3. É inadmissível emendas parlamentares em projeto de lei de iniciativa privativa do Prefeito Municipal visando ampliar vantagens dos servidores que impliquem aumento de despesas. Precedentes. (RE nº 370563 AgR, Relª. Minª. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJ 27.6.2011).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

Com o intuito de reforçar as razões de convencimento ora despendidas, também considero imperioso destacar que os dispositivos das constituições dos mencionados estados afiguram-se idênticos ao art. 63, parágrafo único, I, da Constituição do Estado do Espírito Santo, ou seja, não consagram expressamente as matérias de iniciativa privativa do Prefeito Municipal, somente o fazendo quanto ao Chefe do Poder Executivo Estadual:

Constituição do Estado do Rio de Janeiro

Art. 112 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do **Governador do Estado** as leis que:

I - fixem ou alterem os efetivos da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica do

Poder Executivo ou aumento de sua remuneração;

Constituição do Estado de São Paulo

Artigo 24 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribu-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

nal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 2º - Compete, exclusivamente, ao **Governador do Estado** a iniciativa das leis que disponham sobre:

1 - criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;

Constituição do Estado do Espírito Santo

Art. 63. A iniciativa das leis cabe a qualquer membro ou comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público e aos cidadãos, satisfeitos os requisitos estabelecidos nesta Constituição.

Parágrafo único - São de iniciativa privativa do **Governador do Estado** as leis que disponham sobre:

I - criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo ou aumento de sua remuneração;

Dessa forma, é possível concluir que o Supremo Tribunal Federal, **por intermédio da aplicação do princípio da simetria**, chancela pronunciamentos de tribunais que, em sede de controle de constitucionalidade concentrado, julgam inconstitucionais leis municipais produzidas sem a observância das reservas de iniciativa do Chefe do Poder Executivo municipal, ainda que as Constituições Estaduais não as disciplinem de maneira patente,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

situação que, ao meu ver, mostra-se idêntica a ora debatida.

Assim, como o diploma ora questionado cuida da criação de cargos no âmbito da administração direta do Município de Linhares e, ainda, uma vez verificado que a iniciativa do mesmo não foi desempenhada pelo Chefe do Poder Executivo municipal, entendo que discussão objeto da presente ação centra-se, sim, na eventual afronta das disposições constitucionais estaduais, mais precisamente aquelas referentes às diretrizes básicas do processo legislativo.

Em conclusão, não considero que o caso se insira na denominada "**crise de legalidade**", eis que - repito - o parâmetro a ser considerado para fins de exame da afirmada inconstitucionalidade formal da Lei Municipal nº 3.049/2011 é o art. 63, parágrafo único, I, da Constituição Estadual, de modo que o art. 31 da Lei Orgânica Municipal foi utilizado pelo legitimado apenas com o desiderato de reforçar a obrigatoriedade do acatamento das regras de processo legislativo contempladas no texto constitucional estadual, as quais, ante a necessária simetria a ser guardada entre os entes federativos, já encontrariam suficiente imperatividade apenas em face do teor do art. 61, § 1º, I, da CRFB.

Ante o exposto, peço vênias aos eminentes pares e divirjo do entendimento até então seguido, de modo a afastar a extinção da presente ação de inconstitucionalidade, a fim de que o mérito da mesma seja examinado.

É como voto.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

RETORNO DOS AUTOS

O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA:-

Eminente Presidente, não há divergência em relação à matéria de fundo.

A via eleita, se é ou não correta, obviamente com base em precedente desta Corte, é que assumi essa posição.

Mas em face do primoroso estudo feito pelo Eminente Desembargador Ney Batista Coutinho, peço o retorno dos autos para melhor análise da matéria.

*

*Kshl**

CONTINUAÇÃO DO JULGAMENTO: 15-3-12

V O T O

RETORNO DOS AUTOS

RECONSIDERAÇÃO DE VOTO

O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA (RELATOR):-

Eminente pares, como sumariamente relatado, cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, por meio da qual pretende, o *Prefeito Municipal de Linhares*, ver declarada a inconstituição



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

onalidade formal da Lei n.º 3.049/2011 de 06 de maio de 2011 do Município de Linhares, com efeitos *ex tunc*.

Sustenta o requerente que a norma impugnada, de autoria do Poder Legislativo, autoriza a criação de vagas de assistente social nas escolas municipais, o que na melhor técnica traduz a criação de cargo (vaga) na estrutura administrativa da Secretaria de Educação, a ser ocupado por profissional de assistência social, matéria de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo Municipal.

Num primeiro momento, entendi que o caso sob exame seria de ilegalidade, por ofensa à Lei Orgânica de Linhares, haja vista a ausência de previsão na Constituição Federal e na Constituição Estadual das matérias de iniciativa privativa dos prefeitos municipais, restando essa matéria prevista apenas nas leis orgânicas de cada um dos municípios.

Após a prolação de judicioso voto pelo eminente Des. Ney Batista Coutinho, pedi o retorno dos autos para melhor analisar o cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade no caso em destaque.

Pois bem. De fato, no caso *sub oculi*, há de se reconhecer o cabimento do controle de constitucionalidade da Lei n.º 3.049/2011 de 06 de maio de 2011 do Município de Linhares, por se tratar de norma de repetição obrigatória, ou seja, malgrado não exista nenhuma previsão na Constituição Federal e na Constituição Estadual quanto às matérias de iniciativa privativa dos chefes dos Poderes Executivos Municipais, por simetria, é possível tomar as Constituições Estadual e Federal como parâmetro de controle. Nesse sentido, *mutatis mutandis*, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL CONTESTADA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. NORMA



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

DE REPETIÇÃO OBRIGATÓRIA. OMISSÃO DA CONSTITUIÇÃO MARANHENSE. A omissão da Constituição Estadual não constitui óbice a que o Tribunal de Justiça local julgue a ação direta de inconstitucionalidade contra Lei municipal que cria cargos em comissão em confronto com o artigo 37, V, da Constituição do Brasil, norma de reprodução obrigatória. Agravo regimental provido.

(RE 598016 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 20/10/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VO-L-02382-07 PP-01293)

Fincada essa premissa, vejamos o que determina a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 acerca da matéria de fundo:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

(...)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

(...)

Art. 63. Não será admitido aumento da despesa prevista:

I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, § 3º e § 4º;

Em observância ao princípio da simetria, a Constituição Estadual estabeleceu normas com idêntico conteúdo, senão vejamos:

Art. 63. A iniciativa das leis cabe a qualquer membro ou comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público e aos cidadãos, satisfeitos os requisitos estabelecidos nesta Constituição.

Parágrafo único. São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre:

I - criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo ou aumento de sua remuneração;

(...)

III - organização administrativa e pessoal da administração do Poder Executivo;

IV - servidores públicos do Poder Executivo, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade;

(...)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

Art. 64. Não será admitido aumento da despesa prevista:

I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Governador do Estado, ressalvado o disposto no art. 151, §§ 2º e 3º;

De acordo com o art. 29 da Constituição Federal e o art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88, respectivamente:

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

(...)

Art. 11. Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

Parágrafo único. Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual.

No mesmo sentido, o art. 20 da Constituição Estadual e o artigo 6º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CE dispõem, respectivamente, que:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

Art. 20. O Município rege-se por sua lei orgânica e leis que adotar, observados os princípios da Constituição Federal e os desta Constituição.

Art. 6º Caberá às Câmaras Municipais, no prazo de seis meses, votar e promulgar a Lei Orgânica do Município, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto nas Constituições Federal e Estadual.

Respeitando o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual, a Lei Orgânica do Município de Linhares, em observância ao princípio da simetria, determina que:

Art. 31 A iniciativa das leis cabe à Mesa, a Vereador ou Comissão de Câmara, ao Prefeito Municipal e aos cidadãos na forma e nos casos previstos nesta Lei Orgânica.

Parágrafo único. São de iniciativa privativa do Prefeito Municipal, as Leis que disponham sobre:

(...)

II - criação transformação ou extinção de cargos, funções ou empregos públicos, na administração direta e indireta ou aumento de remuneração;

III - servidores públicos do Município, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

(...)

Art. 32 Não será admitido aumento da despesa prevista nos projetos de iniciativa exclusiva



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

do Prefeito Municipal, nem nos de competência exclusiva da Mesa da Câmara Municipal;

Todavia, a Lei Municipal n.º 3.049 de 06 de maio de 2011, aqui impugnada, ostenta o seguinte teor:

Art. 1º - Fica o Chefe do Poder Executivo Municipal, autorizado a criar uma vaga de ASSISTENTE SOCIAL em cada unidade escolar do Município de Linhares - Estado do Espírito Santo.

Numa simples leitura das regras supra, é facilmente constatada a inconstitucionalidade formal da Lei n.º 3.049 de 06 de maio de 2011 do Município de Linhares, uma vez que as leis que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica são de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, *in casu*, o Prefeito Municipal de Linhares.

Nesse mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS A SERVIDORES ATIVOS. EXTENSÃO AOS INATIVOS. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO EXECUTIVO MUNICIPAL. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. 1. A norma do art. 5º da Lei Municipal 2.285/1995 foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial do TJ/RJ, por violação aos arts. 112, § 1º, II, a e b, e 113, I, c/c 342 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. **2. A disposição sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

na Administração direta e autárquica dos servidores públicos municipais é de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo. 3. É inadmissível emendas parlamentares em projeto de lei de iniciativa privativa do Prefeito Municipal visando estender aos inativos vantagem concedida aos servidores em atividade que impliquem aumento de despesas. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 374922 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 07/06/2011, DJe-121 DIVULG 24-06-2011 PUBLIC 27-06-2011 EMENT VOL-02551-01 PP-00060)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 61, § 1º, DA CB/88. COMPETÊNCIA PRIVATIVA. CHEFE DO PODER EXECUTIVO. LEGISLAÇÃO LOCAL. FATOS E PROVAS. SÚMULAS 279 E 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que o artigo 61, § 1º, da Constituição do Brasil, confere ao Chefe do Poder Executivo a competência privativa para iniciar os processos de elaboração de textos legislativos que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração Direta e Autárquica, o aumento da respectiva remuneração, bem como os referentes a servidores públicos da União e dos Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria. Esta cláusula da reserva de iniciativa, inserta no § 1º do artigo 61 da Constituição de 1988, é corolário do princípio da harmonia e interdependência entre os Poderes, sendo de compul-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

sória observância pelos entes-federados, inclusive no exercício do poder reformador que lhes assiste. Precedentes. 2. Para dissentir-se do acórdão recorrido seria necessário o reexame de legislação local e de fatos e provas, circunstâncias que impedem a admissão do recurso extraordinário ante os óbices das Súmulas ns. 279 e 280 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 554536 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/09/2008, DJe-192 DIVULG 09-10-2008 PUBLIC 10-10-2008 EMENT VOL-02336-08 PP-01730)

Em sendo a Lei n.º 3.049 de 06 de maio de 2011 do Município de Linhares de iniciativa parlamentar e pretendendo criar uma vaga de ASSISTENTE SOCIAL em cada unidade escolar do Município de Linhares - Estado do Espírito Santo, há de se declarar a inconstitucionalidade formal da norma em destaque, por ofensa ao inciso I do parágrafo único do art. 63 da Constituição do Estado do Espírito Santo, em atenção ao princípio da harmonia e interdependência entre os Poderes.

Do exposto, e por tudo mais que dos autos consta, **julgo procedente o pedido inicial**, declarando, por conseguinte, a inconstitucionalidade da Lei n.º 3.049 de 06 de maio de 2011 do Município de Linhares, atribuindo-lhe efeitos *ex tunc*.

É como voto.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

O SR. DESEMBARGADOR PEDRO VALLS FEU ROSA (PRESIDENTE):-

V.Ex^a reconsidera o entendimento inicial e decreta a inconstitucionalidade da lei.

Consulto o plenário.

*

V O T O

O SR. DESEMBARGADOR ADALTO DIAS TRISTÃO:-
Acompanho o voto do Eminentíssimo Relator.

*

PROFERIRAM IDÊNTICO VOTO OS EMINENTÍSSIMOS DESEMBARGADORES:-

MAURÍLIO ALMEIDA DE ABREU;

MANOEL ALVES RABELO;

SÉRGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA;

ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON;

SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA;

*

O SR. DESEMBARGADOR ARNALDO SANTOS SOUZA:-

Sr. Presidente, pela ordem.

Estou acompanhando aqui o voto pela extinção do processo sem resolução de mérito.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

Creio que houve manifestação de vários Desembargadores a respeito da matéria.

Agora, o Desembargador José Paulo está reformulando?

*

O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA (RELATOR):-

Reconsiderando o voto.

*

O SR. DESEMBARGADOR ARNALDO SANTOS SOUZA:-

Está havendo modificação?

*

O SR. DESEMBARGADOR PEDRO VALLS FEU ROSA (PRESIDENTE):-

Submeti ao plenário a reconsideração.

*

V I S T A



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

O SR. DESEMBARGADOR ARNALDO SANTOS SOUZA:-
Respeitosamente, peço vista dos autos.

*

*mpld**

CONTINUAÇÃO DO JULGAMENTO:17-5-12

QUESTÃO DE ORDEM

O SR. DESEMBARGADOR ARNALDO SANTOS SOUZA:-

Prima facie, com o fito de se evitar posterior alegação de nulidade do presente julgamento, hei por bem suscitar breve questão de ordem relativa ao cômputo do voto do eminente Desembargador Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, porquanto há, nos autos, despacho vestibular do preclaro magistrado declarando a sua suspeição "*para funcionar e julgar o presente feito*" (fl. 43), circunstância que repercutiu, inclusive, na redistribuição da ação à nova relatoria. Destarte, sugiro ao eminente presidente que realize o acertamento de tal questão.

V O T O

(PEDIDO DE VISTA)

Rememoro aos eminentes pares que a hipótese em apreço cuida de **representação de inconstitucionalidade**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

ajuizada pelo Prefeito Municipal de Linhares, pretendendo ver declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 3.049/2011 deflagrada pela Câmara Municipal daquela municipalidade, que *"autoriza o Chefe do Poder Executivo Municipal a criar uma vaga de assistente social em cada unidade escolar do município de Linhares-ES"*. Delineando sua causa de pedir, sustenta, o requerente, basicamente, que o ato impugnado padece de vício formal subjetivo insanável consistente na usurpação de iniciativa própria do Chefe do Poder Executivo Municipal, além de implicar em despesas excessivas para o erário.

Iniciado o julgamento, o eminente relator proferiu o seu voto pela extinção do processo sem resolução de mérito, por entender que *"não é cabível a Ação Direta de Inconstitucionalidade, no caso, por afronta à Lei Orgânica"*, esclarecendo, ademais, que tal entendimento consistia no reconhecimento da impropriedade da via eleita. Na sequência, a referida proposta foi acompanhada pelos eminentes Desembargadores Adalto Dias Tristão, Maurílio Almeida de Abreu, Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, Annibal de Rezende Lima, Sérgio Luiz Teixeira Gama, José Luiz Barreto Vivas, Carlos Roberto Mignone, Ronaldo Gonçalves de Sousa, Fábio Clem de Oliveira, Samuel Meira Brasil Júnior, e também por mim.

Em seguida, pedindo vista dos autos, o eminente Desembargador Ney Batista Coutinho proferiu o seu judicioso voto inaugurando a divergência para afastar a extinção prematura da presente ação de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que não considera *"que o caso se insira na denominada '**crise de legalidade**', eis que - [...] - o parâmetro a ser considerado para fins de exame da afirmada inconstitucionalidade formal da Lei Municipal nº 3.049/2011 é o art. 63, parágrafo único, I, da Constituição Estadual, de modo que o art. 31 da Lei Orgânica Municipal foi utilizado pelo legitimado apenas como desiderato de reforçar a obrigatoriedade do acata-*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

mento das regras do processo legislativo contempladas no texto constitucional estadual, as quais, ante a necessária simetria a ser guardada entre os entes federativos, já encontrariam suficiente imperatividade apenas em face do teor do art. 61, §1º, I, da CRFB".

Diante dessa divergência, houve a solicitação do retorno dos autos pelo eminente relator, o qual modificou o seu voto para julgar procedente o pedido formulado na inicial, declarando a inconstitucionalidade da lei impugnada, sob o fundamento de que "a Lei nº 3.049 de 06 de maio de 2011 do Município de Linhares de iniciativa parlamentar e pretendendo **criar uma vaga de ASSISTENTE SOCIAL em cada unidade escolar do Município de Linhares - Estado do Espírito Santo**, há de se declarar a inconstitucionalidade formal da norma em destaque, por ofensa ao inciso I do parágrafo único do art. 63 da Constituição do Estado do Espírito Santo, em atenção ao princípio da harmonia e interdependência entre os Poderes".

Por conseguinte, o eminente presidente submeteu ao plenário a reformulação da proposição realizada pelo eminente relator, sendo que a mesma foi acatada pelos eminentes Desembargadores Adalto Dias Tristão, Maurílio Almeida de Abreu, Manoel Alves Rabelo, Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, Sérgio Luiz Teixeira Gama.

Depois disso, pedi vista dos autos e nesta sessão apresento minha proposta de julgamento nos seguintes termos:

Analisando com acuidade a temática *sub judice*, entendo por bem aderir aos que pensam pelo cabimento da presente ação de inconstitucionalidade para o controle abstrato da norma municipal impugnada, tendo em vista que, revendo os meus pronunciamentos, manifestei perante este egrégio sodalício afiançando os seguintes fundamen-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

tos jurídicos, os quais adoto, aliunde, na presente causa:

"Como se sabe, relativamente às demandas que têm por desiderato o controle concentrado de constitucionalidade, vige o chamado princípio da causa de pedir aberta. Ou seja, não obstante a necessidade de indicação, na petição inicial, dos fundamentos jurídicos do pedido, não está o Tribunal a eles vinculado na apreciação que faz da constitucionalidade do preceito normativo impugnado (cf. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, in "Controle Concentrado de Constitucionalidade", Saraiva, 3ª ed., p. 272/273).

Implica dizer, com isso, que esta e. Corte não fica limitada aos fundamentos, ou seja, às causas de pedir, delineadas pelo autor com o intuito de demonstrar a inconstitucionalidade da norma atacada. E nem poderia, afinal, este e. Tribunal, no exercício de seu mister jurisdicional, não é competente para analisar a alegação de que determinada lei municipal ofende a Constituição Federal, tampouco a Lei Orgânica do Município.

Elucidando tal constatação, saliento que o art. 109, I, e, da CE, de forma bastante clara, estabelece a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, as ações de inconstitucionalidade contra lei ou atos normativos estaduais e municipais que firam preceito da própria Constituição Estadual.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

Nada impede, portanto, a análise da norma atacada à luz dos preceitos insculpidos na Carta Política Estadual. [...]"

(Ação de Inconstitucionalidade nº 100090018712, Tribunal Pleno, Relator Desembargador Arnaldo Santos Souza, Data de Julgamento: 05/05/2011, Data da Publicação no Diário: 12/05/2011).

Tecidas essas breves considerações, volto-me a essência da controvérsia, qual seja a análise da compatibilidade da Lei Municipal nº 3.049 de 06 de maio de 2011 com a Constituição do Estado do Espírito Santo. Para tanto destaco o teor da norma impugnada (fl. 18):

"Autoriza o Chefe do Poder Executivo Municipal a criar uma vaga de assistente social em cada unidade escolar do município de Linhares-ES

Art. 1º - Fica o Chefe do Poder Executivo Municipal, autorizado a criar uma vaga de ASSISTENTE SOCIAL em cada Unidade Escolar do Município de Linhares - Estado do Espírito Santo.

Art. 2º - Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação, revogando-se as disposições em contrário".

Da simples literalidade do art. 1º, da Lei Municipal nº 3.049/2011, fica evidente a disposição sobre a criação de cargos de assistente social. Sucede que, a teor do que preceitua o art. 31, parágrafo único, II, da Lei Orgânica daquele município, tal matéria só pode ser



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

tratada por lei de iniciativa privativa do Prefeito Municipal. Veja-se:

"Art. 31 - (...)

§ 1º - São de iniciativa privativa do Prefeito Municipal, as Leis que disponham sobre: (...)

II - criação transformação ou extinção de cargos, funções ou empregos públicos, na administração direta ou indireta ou aumento de remuneração";

Esse preceito, em verdade, nada mais é do que uma repetição de preceito que a Constituição Federal consagra no art. 61, § 1º, ao dispor que a discussão legislativa de algumas matérias é de iniciativa exclusiva do Presidente da República, o que, em última análise, configura a consagração do princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 2º, da CF [e art. 17, da CE], e haurido à classe de cláusula pétrea constitucional no art. 60, § 4º, III, da CF.

Segundo os constitucionalistas Sylvio Motta e Gustavo Barchet, "conforme entendimento pacífico do STF, o dispositivo constitucional em questão é de observância obrigatória pelos demais entes federados, por representar manifesta aplicação do princípio da separação dos Poderes, já que reserva um rol exaustivo de matérias sob iniciativa legislativa ao Chefe do Poder Executivo. Portanto, é obrigatório aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, que, ao disporem sobre seus processos legislativos, reservem aos respectivos Chefes de Poder Executivo a iniciativa legislativa privativa nas mesmas matérias que a Constituição da República reserva ao Presidente da República. Ademais, o caráter vinculatório do §1º do art. 61 da CR veda também que as matérias nele contidas sejam tratadas exaustivamente nas Constituições



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

Estaduais e nas Leis Orgânicas do DF e dos Municípios, pois isso representaria ofensa à competência do Chefe do Poder Executivo para iniciar o processo legislativo a elas pertinente" (in Curso de Direito Constitucional, 2ª ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, págs. 395-396) .

Não é por outro motivo que, por influência do princípio da simetria, a Constituição Estadual estatui:

"Art. 17. São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

Em função disso, também a Constituição Estadual consagra um rol de matérias cuja iniciativa legislativa cabe ao Chefe do Executivo estadual (art. 63, parágrafo único, CE), assim como a já mencionada Lei Orgânica de Linhares.

Vê-se, com isso, que o estabelecimento, na Lei Orgânica Municipal, de competência exclusiva do Chefe do Executivo para iniciar o processo legislativo nada mais é do que a observância obrigatória dos princípios consagrados tanto na Constituição Federal quanto na Constituição Estadual (CE, art. 20).

Com o fito de ilustrar a ocorrência de patente vício formal relativamente à Lei Municipal nº 3.049/2011, destaco pertinente lição de Luís Roberto Barroso:

"(...) haverá inconstitucionalidade formal propriamente dita se determinada espécie normativa for produzida sem a observância do processo legislativo próprio.

O processo ou procedimento legislativo compreende iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação. O vício mais comum é o que ocorre



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

no tocante à iniciativa das leis. Pela Constituição, existem diversos casos de iniciativa privativa de alguns órgãos ou agentes públicos (...). Isso significa que somente o titular de competência reservada poderá deflagrar o processo legislativo naquela matéria."

(in O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, Saraiva, 2009, p. 26-27).

Com efeito, é exatamente essa hipótese submetida ao controle desta egrégia Corte Estadual, vício no tocante à iniciativa de lei. Afinal, tendo sido proposta por membro do Poder Legislativo municipal, a lei nº 3.049/2011, não poderia versar sobre matéria que está inserida entre aquelas cuja deflagração do processo legislativo é privativa do Chefe do Poder Executivo.

Nesse contexto, tal situação denota cabal usurpação de competência do Chefe do Executivo Municipal, porquanto o ato normativo impugnado ofende ao princípio da separação dos poderes, expressamente consagrado no art. 17, da CE, bem como afronta ao inciso I, parágrafo único, do art. 63, da CE, os quais sistematicamente interligados ao art. 20, da Constituição do Estado do Espírito Santo, autorizam o controle abstrato pela via eleita e, conseqüentemente, permitem concluir pela inconstitucionalidade da lei objeto do presente controle.

Com o adendo desses fundamentos, hei por bem acompanhar o judicioso voto prolatado pelo eminente relator Desembargador José Paulo Calmon Nogueira da Gama **para julgar procedente a representação de inconstitucionalidade**, declarando a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.049/2011, com efeito "ex tunc", em razão do vício formal de iniciativa. Outrossim, consigno que a presente decisão deve ser comunicada à Câmara Municipal



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

de Linhares e ao Exmo. Sr. Prefeito daquele município, analogamente ao que preceitua o art. 25, da Lei Federal nº 9.868/99.

É como voto.

*

O SR. DESEMBARGADOR SÉRGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA:-

Eminente Presidente, desta forma, pedirei o retorno destes autos, porque essa situação é muito grave e terei que apurar.

*

O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA (RELATOR):-

Eminente Presidente, pela ordem!

O Desembargador Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça averbou a sua suspeição nestes autos.

Este processo é da minha relatoria.

Entendo que deve ser desconsiderado o voto de S.Ex.^a, em razão da suspeição.

*

O SR. DESEMBARGADOR ARNALDO SANTOS SOUZA:-

Eminente Presidente, pela ordem!



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

Gostaria de esclarecer, em homenagem ao prezado colega, que a observação é apenas para a regularização. Se constar o voto do Eminentíssimo Desembargador Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, apesar de suspeito, futuramente poderia haver Embargos de Declaração.

Este foi o objetivo, sem absolutamente cogitar de qualquer outra situação.

*

PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DE VOTO

O SR. DESEMBARGADOR SÉRGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA:-

O caso é mais simples. Peço que seja desconsiderado o meu voto.

*

O SR. DESEMBARGADOR PEDRO VALLS FEU ROSA (PRESIDENTE):-

Simplificando a votação, havia sido extinto o feito. Porém, o Relator reformulou o seu voto e julgou procedente o pedido da Ação de Inconstitucionalidade e até o momento tem sido acompanhado por todos os Eminentes Desembargadores.

Diante deste quadro, consulto o Plenário se é mantido o acompanhamento do voto do Eminente Relator, julgando procedente a ação de inconstitucionalidade.

*

V O T O S



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100110015888

O SR. DESEMBARGADOR CARLOS HENRIQUE RIOS DO AMARAL:-

Acompanho o voto do Eminentíssimo Relator.

*

PROFERIRAM IDÊNTICO VOTO OS EMINENTÍSSIMOS DESEMBARGADORES:-

CARLOS ROBERTO MIGNONE;
RONALDO GONÇALVES DE SOUSA;
FÁBIO CLEM DE OLIVEIRA;
SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR;
NEY BATISTA COUTINHO;
CARLOS SIMÕES FONSECA;
NAMYR CARLOS DE SOUZA FILHO;
WILLIAM COUTO GONÇALVES;
DAIR JOSÉ BREGUNCE DE OLIVEIRA;
TELÊMACO ANTUNES DE ABREU FILHO;
ROBERTO DA FONSECA ARAÚJO;
WILLIAN SILVA.

*

D E C I S Ã O

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: à unanimidade, julgar procedente o pedido, nos termos do voto do Eminentíssimo Relator.

*

*

*