

Interessado: José Jurandi da Silva Machado

Objeto – Consulta

Senhor secretário,

Consulta-nos o servidor José Jurandi da Silva Machado sobre a possibilidade de ser efetuada a nomeação de servidor em estágio probatório para exercer função de confiança e/ou ocupar cargo em comissão.

A consulta nos é feita tendo em vista o previsto no artigo 19, parágrafo 3º da Lei Complementar nº 277, de 07 de outubro de 2011, a qual pode estar trazendo prejuízo ao atendimento do Interesse da Administração e de servidores efetivos.

Essa é a síntese passo a opinar.

O artigo 19, parágrafo 3º da Lei Complementar nº 277, de 07 de outubro de 2011 deve ser analisado de maneira mais crítica, de modo a preservar o interesse público e ao que determina o artigo 37 da Constituição Federal.

Temos assim, que a possibilidade de autorizar ao servidor em estágio probatório ser nomeado para exercer cargo de confiança ser possível.

O texto da Lei Complementar nº 277 é o seguinte:

Artigo 19 - Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 3 (três) anos, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados os seguinte fatores:

§ 3º. O servidor em estágio probatório não ocupará cargo em comissão e não será cedido ou posto à disposição de outro órgão ou entidade da Administração pública municipal, estadual ou federal, salvo mediante convênio específico, respeitados, sempre, os interesses do Município.

A análise na realidade da dúvida apontada passa, necessariamente, pela verificação da possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento ex officio da inconstitucionalidade do art. 19, parágrafo 3º da Lei Complementar nº 277, de 07/10/11 (Estatuto dos Servidores Públicos), no âmbito da Administração do Município de Barueri.

Há de se considerar que em matéria administrativa, vigora o princípio da presunção de constitucionalidade de leis e atos normativos emanados dos órgãos responsáveis pelo processo legislativo (art. 60 e seguintes da Constituição Federal). Em razão deste princípio, todo e qualquer legislativo (ou com força de lei) editado pelo poder competente nasce com a presunção relativa (juris tantum) de constitucionalidade.

Destarte, os destinatários das normas editadas pelo Legislativo estão adstritos a sua observância, salvo se desobrigados por uma decisão judicial. Em princípio, somente o Judiciário dispõe de competência para reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, retirando-o do mundo jurídico, com eficácia ex tunc ou ex nunc, erga omnes ou inter partes.

No entanto, reconhece a doutrina mais abalizada ao Chefe de cada um dos três Poderes, a prerrogativa de, nos limites dos seus poderes de administração, determinar o não cumprimento de lei que considere inconstitucional, face ao princípio da supremacia da Constituição, desde que o faça de maneira expressa e motivada, assumindo, em contrapartida, a responsabilidade finalística pela negativa de vigência desta lei. Como registra Ronaldo Poletti "não somente pode o Executivo recusar cumprimento à disposição emanada do Legislativo, mas evidente inconstitucional, como é de seu dever zelar para que não

tenha eficácia na órbita administrativa". Tal entendimento também é seguido por outros constitucionalistas, a exemplo de Luís Roberto Barroso (RDA 190/191, p. 387-397).

Essa orientação é também referendada pelo Supremo Tribunal Federal, registrada nos seguintes julgamentos:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA. REVOGAÇÃO. PEDIDO DE LIMINAR.

- Por ser a medida provisória ato normativo com força de lei, não é admissível seja retirada do Congresso Nacional a que foi remetida para o efeito de ser, ou não, convertida em lei.

- Em nosso sistema jurídico, não se admite declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo com força de lei por lei ou por ato normativo com força de lei posteriores. o controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos e da competência exclusiva do poder judiciário. Os poderes executivo e legislativo, por sua chefia - e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade -, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais.

(...)

Artigo 19 - Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 3 (três) anos, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados os seguinte fatores:

§ 3º. O servidor em estágio probatório não ocupará cargo em comissão e não será cedido ou posto à disposição de outro órgão ou entidade da Administração pública municipal, estadual ou federal, salvo mediante convênio específico, respeitados, sempre, os interesses do Município.

Duas inconstitucionalidades emergem imediatamente da análise do dispositivo supra reproduzido. A primeira delas diz respeito à inversão da prioridade elegida pela Constituição Federal para o exercício do cargo de provimento em comissão (art.37, inciso V, da Constituição Federal). A segunda, se refere a infringência do princípio da igualdade (art.5º, caput, Constituição Federal).

O art.37, inciso V, da Constituição Federal prevê:

Art.37 (...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) grifamos

Os servidores que estão cumprindo estágio probatório são efetivos e de carreira, desde quando tomaram posse do cargo para o qual fizeram concurso. Não são estáveis, uma vez que não implementaram o prazo de estágio probatório (3 anos) e nem foram aprovados na avaliação de desempenho, mas, já desde o primeiro dia de exercício, passaram a ser servidores efetivos e de carreira do Poder Executivo.

Se são efetivos desde a posse os servidores, inconstitucional se mostra o texto da Lei Complementar Municipal (art.19 parágrafo 3º) do Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Barueri, uma vez que as funções de confiança foram criadas para ser exercidas exatamente por servidores efetivos. Ou seja, funções de confiança são para serem exercidas EXCLUSIVAMENTE por servidores titulares de cargos de provimento efetivo (art. 37, V da CF).

Igualmente agressivo a dignidade da Constituição Federal é a disposição inserta no art. 19, parágrafo 3º do Estatuto, que proíbe o servidor em estágio probatório de ocupar cargo de provimento em comissão.

Ora, a Constituição Federal determina que os cargos de provimento em comissão devem ser preenchidos por servidores de carreira e, excepcionalmente, por pessoas que não tenham vínculo de efetividade com a Administração Pública. O legislador municipal, inconstitucionalmente, inverteu a preferência constitucional, agredindo assim o texto da Constituição Federal. A prevalência da Lei dá prioridade aos estranhos aos quadros da Administração Pública Municipal.

De mais a mais, igual entendimento (declarada inconstitucional) já foi consolidado repetidas vezes pelo Plenário do Tribunal de Justiça de vários Estados, em sede de controle difuso, conforme precedentes a seguir citados:

"CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA - ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO I, DO ART. 59-A, DO ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SERGIPE (LEI ESTADUAL N.º 2.148/1977) - NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N.º 149/2007 - PROIBIÇÃO DE O SERVIDOR EFETIVO, EM ESTÁGIO PROBATÓRIO, OCUPAR CARGO EM COMISSÃO - OFENSA AO PRINCÍPIO

(ADIn 221 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES
Julgamento: 29/03/1990, Órgão Julgador: TRIBUNAL
PLENO, Publicação: DJ DATA-22-10-93, PP-22251
EMENT VOL-01722-01, PP-00028)

Acompanha essa compreensão o Superior
Tribunal de Justiça:

"LEI INCONSTITUCIONAL - PODER EXECUTIVO
- NEGATIVA DE EFICÁCIA.

O Poder Executivo deve negar execução a ato
normativo que lhe pareça inconstitucional."

(STJ, RESP 23121/GO; RECURSO ESPECIAL
1992/0013460-2, Relator(a) Ministro HUMBERTO
GOMES DE BARROS (1096), Órgão Julgador: T1 -
PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 06/10/1993,
Data da Publicação, Fonte DJ 08.11.1993, p. 23521,
LEXSTJ vol. 55 p. 152)

Estabelecida a possibilidade jurídica do pedido
perpetrado pela Consulente, passo agora ao exame específico do
mérito.

Com efeito, a Lei Complementar nº 277, de 07 de
outubro de 2011, de iniciativa do Exmo. Sr. Prefeito Municipal, deu
nova redação prevendo o seguinte, litteris:

DA ISONOMIA E DA NORMA ÍNSITA NO ART. 37, V, DA CARTA MAGNA - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM DA NORMA ESTADUAL - PRESENÇA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO - PRECEDENTE DESTA CORTE - CONCESSÃO TOTAL DA SEGURANÇA - DECISÃO UNÂNIME."

(TJSE, ACÓRDÃO Nº 7345/2008, MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0158/2008, PROCESSO: 2008110908, IMPETRANTE - MARIA DO SOCORRO DEDA LIMA MIMOSO, ADVOGADO: CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA DEDA, IMPETRADO: PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTICA DE SERGIPE, RELATOR: JUIZ(A) CONVOCADO(A): ROSALGINA ALMEIDA PRATA LIBÓRIO)

"Constitucional - Mandado de Segurança - Declaração incidental de inconstitucionalidade dos incisos I e II do art. 59-A, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de Sergipe (Lei estadual n.º 2.148/1977) - Nova redação dada pela Lei Complementar Estadual n.º 149/2007 - Proibição de o servidor efetivo, em estágio probatório, ocupar função de confiança - Violação aos princípios da isonomia, do substantive duo process of law, e da norma inserida no art. 37, V, da Lei Maior. Lei de efeitos concretos. Inaplicabilidade da súmula 266 do STF. Verba retroativa. Impossibilidade. Direito subjetivo à nomeação. Inexistência em face da discricionariedade administrativa. Concessão parcial da segurança.

I - a proibição legal em foco gera efeitos concretos ipso iure na esfera jurídica da impetrante, afastando a aplicação da súmula 266 do STF e tornando o remédio heróico um meio processual vocacionado a resguardar direitos fundamentais, ainda que preventivamente;

II - O art. 59-A, incisos I e II, da Lei 2.148/77, introduzido pela Lei Complementar nº 149/2007, viola os princípios constitucionais da isonomia (art. 5º), da razoabilidade - dimensão material da cláusula do devido processo (art. 5º, LIV)- substantive duo process of law, e afronta o critério preferencial eleito pelo art. 37, inciso V, sobre servidores efetivos para o preenchimento de cargos comissionados e/ou funções de confiança; II - a pretensão quanto a parcelas remuneratórias pretéritas, em sede de mandamus, esbarra nas Súmulas 269 e 271 do STF;

III - A confiança depositada sobre um servidor, in casu, técnico judiciário, apenas lhe confere a qualificação necessária para ser nomeado num cargo em comissão, mas não o direito subjetivo para tanto. Segurança parcialmente concedida. Decisão unânime.

(TJSE, ACÓRDÃO Nº: 9328/2008, MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0170/2008, PROCESSO: 2008111727, IMPETRANTE: SANNY LARA LIMA VERÍSSIMO ARAUJO, IMPETRADO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTICA DE SERGIPE, RELATOR: DESA. CLARA LEITE DE REZENDE)

"MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO -
SERVIDOR PÚBLICO OCUPANTE DE CARGO EM
COMISSÃO - APROVAÇÃO EM CONCURSO
PÚBLICO - CONVOCAÇÃO - POSSÍVEL
EXONERAÇÃO DO CARGO COMMISSIONADO -
ESTÁGIO PROBATÓRIO - PROIBIÇÃO DE
OCUPAÇÃO DE CARGO OU FUNÇÃO
COMMISSIONADA - LEI COMPLEMENTAR
149/2008 - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE
INCONSTITUCIONALIDADE - OFENSA AO
PRINCÍPIO DA ISONOMIA - ARTIGO 5º DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL - AUSÊNCIA DE
DIREITO ADQUIRIDO QUE POSSIBILITE
INCORPORAÇÃO - SEGURANÇA
PARCIALMENTE CONCEDIDA - DECISÃO
UNÂNIME."

(TJSE, ACÓRDÃO Nº: 8926/2008, MANDADO DE
SEGURANÇA Nº0206/2008, PROCESSO:
2008114231, IMPETRANTE; MARTA REGINA
SANTANA POLETTI, ADVOGADO: ARLINDO
JOSÉ NERY NETO, IMPETRADO PRESIDENTE
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE ,
RELATOR: DES. ROBERTO EUGENIO DA
FONSECA PORTO)

"MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO -
SERVIDOR NÃO EFETIVO OCUPANTE DE
CARGO EM COMISSÃO - POSTERIOR
APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DESTE ESTADO -
CONVOCAÇÃO - IMINÊNCIA DE EXONERAÇÃO"

DO CARGO COMISSONADO - SERVIDOR EM ESTÁGIO PROBATÓRIO QUE NÃO PODE OCUPAR FUNÇÃO DE CONFIANÇA OU CARGO EM COMISSÃO - PROIBITIVO IMPOSTO PELO ART. 59-A DA LEI ESTADUAL Nº 2.148/77 CRIADO PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 149/2007 - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM SEU ART. 5º CAPUT - CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA - DECISÃO UNÂNIME."

(TJSE, ACÓRDÃO Nº: 8238/2008, MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0211/2008, PROCESSO Nº: 2008114437, IMPETRANTE: JAQUELINE OLIVEIRA SANTOS, ADVOGADO: ROSANE DA SILVA FERREIRA, IMPETRADO: PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTICA DE SERGIPE, RELATOR: DES. JOSÉ ALVES NETO)

"MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - SERVIDOR PÚBLICO - ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 59-A DA LEI ESTADUAL 2.148/77 - REDAÇÃO DETERMINADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 149/2007 - VEDAÇÃO AO EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA POR SERVIDOR PÚBLICO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO RECONHECIDO -

PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO."

(TJSE, ACÓRDÃO Nº: 341/2009, MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0232/2008, PROCESSO: 2008116062, IMPETRANTE: TADEU GOES ARAGÃO, ADVOGADO: FABIANA ARAÚJO MENDONÇA, IMPETRADO: PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTICA DE SERGIPE, RELATOR: DES. EDSON ULISSES DE MELO)

"MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO - VEDAÇÃO LEGAL DE NOMEÇÃO EM CARGO DE COMISSÃO - ART. 59-A DA LEI ESTADUAL Nº 2.148/77 - NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 149/2007 - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA, IGUALDADE E RAZOABILIDADE - CONCESSÃO DA SEGURANÇA - DECISÃO UNÂNIME."

(TJSE, ACÓRDÃO Nº: 9566/2008, MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0234/2008, PROCESSO: 2008116252, IMPETRANTE: MARIA VANEIDE FERREIRA, ADVOGADO: SÉRGIO LUÍS DE CARVALHO, IMPETRADO: PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTICA DE SERGIPE, RELATORA: DESA. SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA)

"Constitucional - Mandado de Segurança - Declaração incidental de inconstitucionalidade dos incisos I e II do art. 59-A, do estatuto dos funcionários públicos do Estado de Sergipe (lei estadual n.º 2.148/1977) - nova redação dada pela lei complementar estadual n.º 149/2007 - proibição de o servidor efetivo, em estágio probatório, ocupar função de confiança - violação aos princípios da isonomia, do substantive due process of law, e da norma inscrita no art. 37, V, da Lei Maior. Verba retroativa. Impossibilidade. Direito subjetivo à nomeação. Inexistência em face da discricionariedade administrativa. Concessão parcial da segurança.

I - o art. 59-A, incisos I e II, da Lei 2.148/77, introduzido pela Lei Complementar nº 149/2007, viola os princípios constitucionais da isonomia (art. 5º), da razoabilidade - dimensão material da cláusula do devido processo (art. 5º, LIV)- substantive due process of law, e afronta o critério preferencial eleito pelo art. 37, inciso V, sobre servidores efetivos para o preenchimento de cargos comissionados e/ou funções de confiança;

II - a pretensão quanto a parcelas remuneratórias pretéritas, em sede de mandamus, esbarra nas Súmulas 269 e 271 do STF;

III - A confiança depositada em um Analista Judiciário do gabinete da Presidência apenas lhe confere a qualificação necessária para ser nomeado na função de confiança FCE-05, mas não o direito subjetivo para tanto em face da discricionariedade administrativa de que se reveste o ato de nomeação. Segurança parcialmente concedida.

Decisão unânime."

(TJSE, ACÓRDÃO Nº: 9003/2008, MANDADO DE SEGURANÇA Nº0141/2008, PROCESSO Nº: 2008109483, IMPETRANTE: MARCO ANTONIO CAMILO DOS SANTOS, ADVOGADO: ANA PAULA BEZERRA PONCIN, IMPETRADO: PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTICA DE SERGIPE, RELATOR: DESA. CLARA LEITE DE REZENDE)

Por oportuno deve ser trazido a baila que caso ocorra nomeação do servidor em estágio probatório para ocupar cargo de confiança, se esse não guardar relação com a atribuição do cargo efetivo deverá o estágio ficar suspenso pelo tempo que perdurar a nomeação.

Por todo exposto, entende este Procurador, que é possível e necessária, a alteração da Lei Complementar por flagrante inconstitucionalidade, comunicando-se o Senhor Prefeito Municipal com urgência.

Por oportuno e para que se restabeleça a ordem constitucional que seja determinado pelo senhor Prefeito Municipal aos órgãos administrativos deste Poder Executivo, que neguem aplicação à norma do art. 19, parágrafo 3º, da Lei Complementar nº 277 (Estatuto dos Servidores Públicos), francamente inconstitucional (como reconhecido pelos Tribunais Superiores), servindo esse de respaldo aos Atos de Nomeação de servidores em idêntica situação jurídica, o que, por certo, irá minimizar a possibilidade do Município ser compelido a responder demandas judiciais.

Essa é a minha manifestação sob censura.

Barueri, 21 de maio de 2012.


PAULO ADOLFO WILLI

Procurador Municipal

OAB/SP 107.584

Da: Procuradoria Jurídica

Para: Secretaria de Negócios Jurídicos

Ref.: - Protocolo nº 044628/2012

Assunto: Exercício de cargo em comissão por servidor público municipal efetivo em estágio probatório - possibilidade

Interessado: José Jurandi da Silva Machado

Senhor Secretário de Negócios Jurídicos,

Conforme bem observado no parecer jurídico anexo, a disposição contida na Lei Complementar Municipal nº 277, de 07 de outubro de 2011, (que trata do impedimento de nomear servidor público municipal em estágio probatório para função de confiança) não pode ser considerada válida à luz do artigo 37 da Constituição Federal.


No mais, a tese encontra sustentação jurídica na própria lógica do sistema do servidor público, assim como na teoria dos poderes implícitos contido no sistema constitucional.

Eis a questão: Como impedir um servidor do quadro de carreira do município – ainda que em estágio probatório – de assumir um cargo em comissão na própria administração, ao passo que outro aspirante, sem vínculo estatutário com o ente público não goza de restrição alguma? Vale dizer, esta norma confere tratamento desigual entre administrados e servidores, pois impede um servidor efetivo de assumir cargo em comissão de livre nomeação pelo chefe do executivo.

Assim, pois, considerando os argumentos expostos pelo colega, bem como esta ponderação complementar, ratifico na integralidade as razões e conclusões exaradas no parecer.

Nada mais.

Barueri, 21 de maio de 2012.


Stéphen Santoro Sales
Procurador do Município
OAB/SP 320.950

Da: Procuradoria Jurídica

Para: Secretário dos Negócios Jurídicos

Ref: Parecer Colegiado - Nomeação de servidor em estágio probatório para cargo em comissão - art. 19, § 3º da Lei Complementar nº 277/11 - Inconstitucionalidade.

Relator: Procurador Paulo Adolfo Willi

Senhor Secretário de Negócios Jurídicos

Trata-se de interpretação constitucional de dispositivo do Estado dos Servidores (LC 277/11) que proibi a nomeação para cargos em comissão de servidores efetivos em estágio probatório.

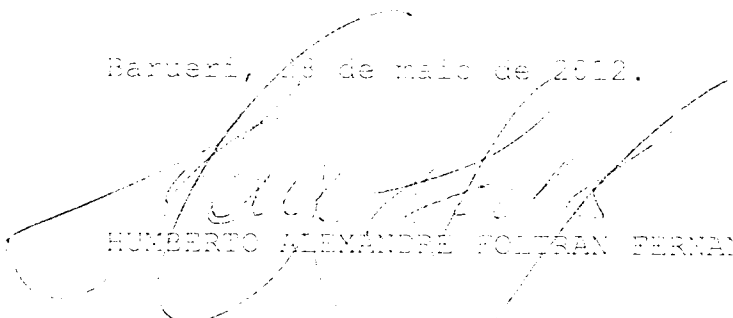
Comungamos do entendimento do relator no sentido de que a norma legislativa municipal fere a Constituição Federal ao privilegiar a atuação ocasional de terceiros que nunca mantiveram qualquer relação com a Administração Pública, através de exclusão sumária e injustificada de servidores efetivos em estágio probatório, mas já mantém liame jurídico e de fidelidade com a coisa pública. Tal proposição não se

coaduna com os princípios de Direito Administrativo, especialmente os da eficiência e economicidade, pois alija o administrador da possibilidade de se utilizar de servidores que gozam da sua confiança ao tempo em que oferece, sem necessidade, a possibilidade de aumento do quadro de servidores com a incursão privilegiada de terceiros.

Por oportuno, a título de conclusão, sugere-se que, concomitantemente à ordem superior para afastar a aplicação do dispositivo sob análise, seja enviado projeto de Lei ao Poder Legislativo para efetiva exclusão (revogação) do mesmo.

É o parecer. Sub censura.

Barueri, 13 de maio de 2012.



HUMBERTO ALEXANDRE FOLTRAN FERNANDES

Procurador Municipal

Da: Procuradoria Municipal Trabalhista.

Para: Secretaria dos Negócios Jurídicos.

Interessado: José Jurandi da Silva Macinado

Ref. Parecer jurídico colegiado.

Assunto: Servidor ocupante de cargo efetivo.
Estágio Probatório. Nomeação para cargo em comissão.

Entendemos que razão assiste ao ilustre procurador-relator ao asseverar, em seu acreditado parecer jurídico, ser inconstitucional o regramento contido na Lei Complementar Municipal nº 277, de 07 de outubro de 2011, que impede a nomeação de servidor público municipal em estágio probatório para ocupar cargo em comissão.

Ao nosso sentir o dispositivo da lei municipal em causa fere flagrantemente o regramento insculpido no art.37 da Carta Magna.

O ponto nodal da discussão foi brilhante e sucintamente desatado pelo ilustre procurador Stephen Santoro Saies, cujo trecho pedimos vênha em transcrever, verbis:

“Eis a questão: Como impedir um servidor do quadro de carreira do município – ainda que em estágio probatório – de assumir um cargo em comissão na própria administração, ao passo que outro aspirante, sem vínculo estatutário com o ente público não goza de restrição alguma? Vale dizer, esta norma confere tratamento desigual entre administrados e servidores, pois impede um servidor efetivo de assumir cargo em comissão de livre nomeação pelo chefe do executivo”.

À guisa de sugestão, alvitrarmos seja remetido projeto de lei ao Legislativo Municipal para revogação da norma tida por inconstitucional.

É o parecer que, sub censura, submetemos às considerações superiores.

Barueri, 28 de maio de 2012.

PAULO DE TARSO GUIMARÃES,
Procurador Municipal.

Barueri, 25 de maio de 2012

Ref.: protocolo n.044628/2012_solicitação de parecer da Procuradoria Municipal pelo Ilmo. Sr.
Secretário de Negócios Jurídicos

Interessado: Jose Jurandi da Silva

Assunto: exercício de cargo em comissão por servidor efetivo em estágio probatório

Ilustre Secretário,

Trata-se de expediente administrativo em que servidor público municipal ocupante de cargo em comissão, argumenta ter sido aprovado em concurso público deste Município no exercício de 2010. Nesse cenário questiona sua situação, haja vista que ao assumir o cargo para o qual foi aprovado passará a cumprir estágio probatório, sendo que a LCM 277/11 proíbe o exercício do cargo em comissão por servidor que esteja nessa condição.

Instada a se manifestar, esta procuradoria instalou o presente parecer colegiado.

Assiste razão ao relator do parecer.

Isso porque, objetivamente, o art. 37, V da Constituição Federal não proíbe a ocupação de cargo em comissão por aquele que esteja investido em cargo público cumprindo estágio probatório.

Nomeação de servidor, em estágio probatório, para cargo de confiança. (...) Ressalte-se, por fim, que na hipótese de haver MANIFESTA CORRELAÇÃO entre as atribuições das funções de confiança e as atribuições do cargo efetivo do servidor, não há que se falar em suspensão do estágio probatório nem da contagem do prazo para efeito de estabilidade funcional.(TCE/PE, decisão T.C. nº408/96, publ. 11/04/1996).

relator. Pelo exposto, acompanhamos os fundamentos do procurador, ora



Vanessa Ferraretto Goldman

Procuradora Municipal

Matrícula 12076



Da: Procuradoria Jurídica

Para: Sr. Secretário dos Negócios Jurídicos

Interessado: José Jurandi da Silva Machado

Ref.: nº 044628/2012 de 16/05/2012 – Parecer Colegiado

Assunto: servidor público – estágio probatório – viabilidade de nomeação para cargo em comissão

Sr. Secretário dos Negócios Jurídicos,

Trata-se de pedido de parecer colegiado que dispõe quanto à viabilidade de exercício de cargo em comissão por servidor efetivo em estágio probatório.

Entende, o interessado, que o preceito contido na Lei Complementar 277/2011 – denominado “Estatuto do Servidor Público Municipal”, que impede a nomeação de servidor público não estável para o exercício de cargo em comissão fere os dispositivos constitucionais (artigo 37, V) e princípio da igualdade, ante a *inversão de prioridade em nomeações*.

Eis o relatório.

Passo a opinar.

Secretaria de Negócios Jurídicos
Rua do Paço, 08- 2º andar - Centro, Barueri, SP / CEP: 06401-090
Fone: (11) 4199.8005 e 4199.8036 - e-mail: juridico@barueri.sp.gov.br - www.barueri.sp.gov.br

A stylized, bold logo of the city of Barueri, featuring the word "Barueri" in a unique, blocky font.

A handwritten signature in black ink, appearing to be the initials "Jf" or similar, written in a cursive style.

Antes de analisarmos o caso concreto, faz-se necessário estabelecer algumas premissas em relação ao princípio da supremacia da Constituição Federal.

A Constituição Federal é lei hierarquicamente superior às demais normas infraconstitucionais, sendo que todos os comandos legais devem ser elaborados em estrita observância às suas prescrições.

Se uma norma estabelece algo contrário às normas constitucionais, não encontra seu fundamento de validade na Constituição Federal, então deverá ser afastada do ordenamento jurídico.

Pois bem. Ao analisarmos o disposto no § 3º, artigo 19, Lei Complementar nº 277/2011, verificamos a clara violação aos preceitos constitucionais, mormente aquele apontado no artigo 37, V.

Isso porque, o dispositivo constitucional NÃO restringe a nomeação, aos cargos em comissão, apenas aos servidores que já cumpriram estágio probatório. Na verdade, a norma não faz referência ao cumprimento ou não do estágio probatório, mas apenas menciona que o cargo seve ser *preenchido por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei.*¹

¹ Art. 37, V, CF

Pode-se dizer que os institutos não se confundem, vez que a finalidade do estágio probatório é *apurar se o servidor apresenta condições para o exercício do cargo, referentes à moralidade, assiduidade, disciplina e eficiência.*² Em contrapartida, são nomeados aos cargos em comissão os servidores que passam a ter atribuição de direção, chefia e assessoramento.

Importante destacar que a Lei 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, também não veda a nomeação de servidor efetivo, sem o cumprimento do estágio probatório, ao cargo em comissão, *in verbis*:

Art. 20 (...)

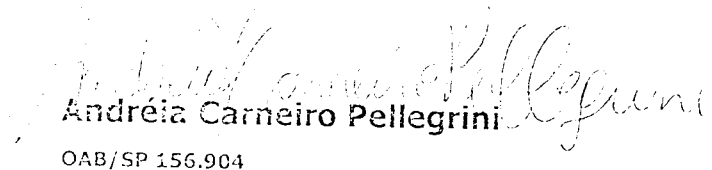
(...)

§ 3º O servidor em estágio probatório poderá exercer quaisquer cargos de provimento em comissão ou funções de direção, chefia ou assessoramento no órgão ou entidade de lotação, e somente poderá ser cedido a outro órgão ou entidade para ocupar cargos de Natureza Especial, cargos de provimento em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, de níveis 6, 5 e 4, ou equivalentes.

² *In Direito Administrativo*, Maria Sylvia Zanella, p. 596.

Ressalto, ainda, que caso a nomeação para o cargo em comissão não tenha relação com o cargo efetivo, acompanho a orientação do d. relator e da d. procuradora Vanessa F. Goldman, para que seja suspenso o cumprimento do estágio probatório.

No mais, acompanho as bem lançadas razões do d. relator , inclusive quanto à legitimidade do Chefe do Poder Executivo em deixar de aplicar lei incompatível com o ordenamento constitucional.


Andréia Carneiro Pellegrini

OAB/SP 156.904

Da: Procuradoria Jurídica

Para: Secretário de Negócios Jurídicos

Ref.: protocolo geral nº 44628/2012

Assunto: exercício de cargo em comissão ou função de confiança – servidor em estágio probatório – vedação inserida em lei municipal – inconstitucionalidade.

Senhor Secretário de Negócios Jurídicos

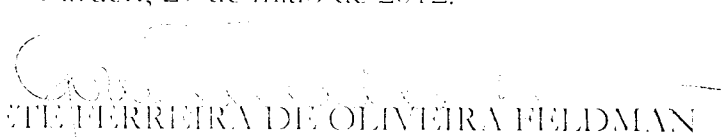
Partilhamos do mesmo posicionamento sustentado pelo Procurador-relator, apenas ressaltamos que o discrimen legal, para ter suporte de validade, deve ser haurido do Texto Constitucional, algo que não se extrai da norma inserida no §3º, do art. 19, da LCM 277/2011.

O panorama jurídico atual, pois, revela-se divorciado dos princípios constitucionais. Assim, o descumprimento da norma inconstitucional pelo Chefe do Poder Executivo encontra autorização constitucional para implementar-se.

Todavia, apenas sugerimos a alteração legislativa, tão-logo seja possível.

É o parecer, *sub censura*.

Barueri, 29 de maio de 2012.


GORETTE FERREIRA DE OLIVEIRA FELDMAN
Procuradora do Município



Ao
Sr. Secretário dos Negócios Jurídicos

Da Procuradoria Jurídica

Assunto: exercício de cargo em comissão ou função de confiança – servidor em estágio probatório

Sr. Secretário,

Concordo com o pronunciamento do Procurador Relator. Apenas acrescento as seguintes ponderações.

O art. 37, V da Constituição nada ressalva a respeito de servidores em estágio probatório.

Ao que parece, uma das finalidades desse dispositivo consiste em evitar a burla ao concurso público, na medida em que deixa claro que, em primeiro lugar, as funções de confiança e os cargos em comissão destinam-se apenas as atribuições de direção, chefia e assessoramento. Além disso, determina-se que a função deve ser exercida por servidor ocupante de cargo efetivo e os cargos em comissão devem ser preenchidos por servidores de carreira.

Portanto, o que se procura evitar é que haja um “inchaço” de funções de confiança e cargos em comissão ocupados por mero expediente de apadrinhamento.

Nesse sentido, vê-se que a restrição existente na legislação municipal não se coaduna com a finalidade do diploma constitucional. Pelo contrário, veda-se, justamente, o acesso de servidor aprovado em concurso.

Assim sendo, concordo com as considerações lançadas pelo colega Relator.

Barueri, 29 de maio de 2012.

Priscilla Okamoto
Priscilla Okamoto

procuradora municipal

Da: Procuradoria Jurídica

Para: Secretaria dos Negócios Jurídicos

Ref.: Solicitação de parecer jurídico colegiado

Assunto: Exercício de cargo em comissão por servidor efetivo em estágio probatório

Senhor Secretário,

Trata-se de solicitação de parecer colegiado acerca da possibilidade do servidor público efetivo em estágio probatório ser nomeado para o exercício de cargo em comissão e/ou função de confiança.

Analisando o contido no expediente em anexo, penso que a razão está com o Colega Relator, uma vez que não há fundamento razoável para vedar a nomeação de servidor efetivo, em estágio probatório, ao exercício de cargo em comissão e/ou função de confiança.

Entendo, ainda, que o dispositivo da lei municipal, ora em análise, ofende o critério preferencial eleito pelo artigo 37, V da Carta Magna, sem embargo da violação aos princípios constitucionais apontados pelo Colega Relator.

Em somatória ao exposto, acompanho as razões lançadas pelas brilhantes colegas, Dra Vanessa Ferraretto Goldman e Dra. Andréia Carneiro Pellegrini acerca da suspensão do estágio probatório caso as atribuições do cargo em comissão sejam diversas das do cargo efetivo.

Feitas essas sintéticas considerações, acompanho as demais razões lançadas pelo Colega Relator, as quais esgotaram, a meu ver, a discussão ora travada.

Este é o parecer que submeto à elevada apreciação de Vossa Senhoria.

Barueri, 29 de maio de 2012.


Priscilla Martins Ferreira
Procuradora Municipal

Origem: Procuradoria Municipal Trabalhista

Destinatário: Secretaria de Negócios Jurídicos

Interessado: José Jurandi da Silva Machado

Ref: Parecer Colegiado – Consulta.

**Assunto: Servidor ocupante de cargo efetivo.
Estágio Probatório. Nomeação para cargo em comissão.**

Trata a presente manifestação acerca de consulta formulada pelo interessado, o qual, em breve síntese, salienta ter sido aprovado em concurso público para cargo efetivo, mas que atualmente está nomeado em cargo comissionado. Informa que o disposto no artigo 19, § 3º, da LC 277/2011, pode trazer prejuízo aos interesses da Administração e de servidores efetivos, uma vez que referido comando legal veda a nomeação do servidor efetivo em estágio probatório para função de confiança e/ou ocupar cargo em comissão. Invoca afronta ao princípio constitucional da igualdade e ao disposto no artigo 37, V, da CF/88.

Posiciono-me pela incompatibilidade constitucional, em tese, do artigo 19, § 3º, da LC 277/2011, frente ao artigo 37, V, da CF/88.

Dispõe o artigo 37, “caput”, e inc. V, da CF/88:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos



princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...);

V- as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (...) – grifo próprio.

Notadamente, a CF é taxativa no sentido de que as funções de confiança devem ser exercidas somente por servidores nomeados em cargos efetivos. Quanto aos cargos em comissão, a Constituição Federal remete ao legislador ordinário a previsão dos casos, condições e percentuais mínimos, para provimento dos cargos comissionados a serem preenchidos por servidores de carreira. Ademais, os cargos em comissão destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Portanto, a CF/88 concede certa margem de discricionariedade ao legislador ordinário, para estipular as hipóteses, condições e percentuais mínimos, relativos às atribuições de direção, chefia e assessoramento, por meio de cargos em comissão.

Em que pese o parágrafo terceiro do artigo 19, da LC 277/2011 estabelecer que o servidor em estágio probatório não ocupará cargo em comissão, representando uma condição para aquele que vier a ocupar quaisquer das atribuições de direção, chefia ou assessoramento, desde que o servidor em estágio probatório exerça cargo de carreira, cuida-se de exemplo legislativo dissonante, em tese, ao preconizado no artigo 37, V, da CF/88.

Logo, em parte, concordo com o parecer do I.

Procurador-relator.



Estado de São Paulo



NEGÓCIOS JURÍDICOS

Fis: N° 39
Proc: N° 1871/12

No entanto, entendo ser imperioso que o legislador municipal retire do ordenamento jurídico local a vedação do servidor de carreira, em estágio probatório, para ocupar cargo em comissão, cuja opção encontra-se no âmbito de discricionariedade legislativa concernente ao artigo 37, V, da CF/88 - ante à devida observância pela administração ao princípio da legalidade.

Sub censura, é o parecer.

Barueri, 30 de maio de 2012.

FÁBIO SCHIZATO

Procurador do Município

OAB/SP 174.301

Da: Procuradoria Trabalhista

Para: Secretário dos Negócios Jurídicos

Ref.: Consulta – José Jurandi da Silva Machado

Senhor Secretário,

José Jurandi da Silva Machado, servidor público municipal, solicita consulta quanto à constitucionalidade do § 3º, do artigo 19, da Lei Complementar nº 277, de 07 de outubro de 2011, que veda a nomeação para ocupação de cargo em comissão de servidor que esteja em estágio probatório.

1

Segundo alega, teria sido aprovado em concurso público em 2010, estando prestes a ser convocado para tomar posse.

Entende que a referida vedação legal ofende o princípio da igualdade e disposto no artigo 37, V da CF. diante a inversão de prioridades em nomeações.

É o relatório.

Opino.

Em que pese opiniões divergentes, entendo que não se pode descumprir a lei municipal proposta pelo próprio Executivo, até que se declare sua

inconstitucionalidade. Permitir que o Executivo descumpra uma lei ou ordene que seus subordinados a descumpram, sob alegação de inconstitucionalidade, não encontra amparo na atual ordem constitucional.

Os atos do Poder Público gozam de presunção de constitucionalidade, a qual só se desfaz com a declaração de inconstitucionalidade;

A separação de funções estatais definida na Constituição não pode ser desprezada, servindo de baliza para a atuação dos órgãos do Estado;

A segurança jurídica é um importante princípio constitucional, representando uma proteção dos indivíduos contra as mudanças fáticas e jurídicas.

O Poder Executivo tem o dever de zelar pelas leis e a insatisfação com seus preceitos devem ser buscados através do Poder Judiciário.

'Hely Lopes Meirelles, bem ensinou:

"A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

2

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.7874/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

Na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto que na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim", para o administrador público significa "deve fazer assim". (Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros, 32ª Ed., p.88).

No mesmo sentido, Diogenes Gasparini:

“O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente alço legal, ou que exceda o âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor do que o do particular. De fato, este pode fazer tudo o que a lei permite e a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situações excepcionais (grave perturbação da ordem e guerra quando irrompem inopinadamente). A esse princípio também se submete o agente público. Com efeito, o agente da administração pública está peso à lei, e qualquer desvio de sua competência pode invalidar o ato e tornar o seu autor responsável, conforme o caso, *disciplinar, civil e criminalmente*. Esse princípio orientou o constituinte federal na elaboração do inciso II do art. 5º da Constituição da República, que estatui: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Essa regra, todos sabem, se de um lado prestigia e resguarda o particular contra investidas arbitrárias da Administração Pública, de outro exige lei para os comportamentos estatais, pois quaisquer desses comportamentos, pó mínimos que sejam, alcançam o particular.” (Gasparini, Diogenes. *Direito Administrativo*. Saraiva, 7ª e., p. 7 e 8).

Nesse sentido, sob a égide da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, na ADI-MC 221, de relatoria do ministro Moreira Alves, a ementa trouxe o seguinte trecho:

Em nosso sistema jurídico, não se admite declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo com força de lei por lei ou por ato normativo com força de lei posteriores. O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimidade ativa na ação direta de inconstitucionalidade.

A doutrina não é uníssona sobre a questão. Luis Roberto Barroso defende a possibilidade de o Executivo não cumprir uma lei que considere inconstitucional, tendo como principal argumento a supremacia da Constituição⁴. Alexandre de Moraes tem o mesmo posicionamento, admitindo, contudo, a possibilidade de um exame posterior pelo Poder Judiciário.⁵

Em sentido contrário, Gilmar Ferreira Mendes sustenta que, ao menos nos planos federal e estadual, onde os Chefes do Executivo têm legitimidade para provocação do controle concentrado (com possibilidade, inclusive, de pedido de medida cautelar), o Executivo não pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional⁶. Walber de Moura Agra também discorda da possibilidade de o Executivo

escusar-se do cumprimento da lei, invocando a presunção de legitimidade de que gozam os atos do Poder Público e a insegurança jurídica que poderia advir de tal controle político⁷.

O principal argumento invocado por aqueles que advogam a tese descumprimento de lei inconstitucional – do qual decorrem todos os outros – é a supremacia da Constituição. Segundo entendem alguns autores, “aplicar a lei inconstitucional é negar vigência à Constituição”⁸, de modo que, havendo conflito entre a lei e a Constituição, pode o Executivo negar cumprimento a uma lei que entenda inconstitucional. Mas do que um *poder*, entendem estes autores ser um *dever* do Chefe do Executivo⁹, que, assim o fazendo, estaria prestigiando a Constituição.

Contudo, discordamos. A supremacia da Constituição é uma importante conquista do constitucionalismo moderno, sendo igualmente certo que tal idéia deve pautar as ações de todos os agentes da ordem constitucional. Entretanto, não podemos reduzir a questão a termos simples. A supremacia da Constituição deve ser globalmente considerada, já que é cediço que não se interpreta a Constituição em tiras.

A *presunção de constitucionalidade* consiste na suposição de que todos os atos do Poder Público (entre os quais se inclui a lei) são constitucionais. Tal postulado é perfeitamente lógico, na medida em que seria absurdo imaginar (presumir) que os entes constitucionalmente instituídos (entre os quais se inclui o Poder Legislativo) atuam contra a Constituição. Ora, se são por ela constituídos, *presume-se* que sua atuação é com ela compatível. É verdade que tal presunção é *juris tantum* (relativa), e, como tal, admite prova em contrário (declaração de inconstitucionalidade), mas essa ressalva só reforça a tese de o Executivo não pode descumprir uma lei antes da declaração de inconstitucionalidade: até a declaração de inconstitucionalidade, a norma presume constitucional¹⁰.

É tão relevante para a supremacia da Constituição a presunção de constitucionalidade que o próprio constituinte previu que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art. 97). Essa cláusula (reserva de plenário – *full bench*), ao estabelecer um quórum de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade, reforça a presunção de constitucionalidade de que gozam os atos do Poder Público. Se num tribunal, que é o ente a quem cabe a declaração de inconstitucionalidade (Poder Judiciário), exige-se maioria absoluta, não parece razoável deixar ao alvedrio do Chefe Executivo a definição do que é e do que não é constitucional. Ressalte-se, ainda, que, mesmo que admitíssemos a possibilidade de o Executivo descumprir a lei, caso sobreviesse um pronunciamento judicial afirmando a constitucionalidade do dispositivo, não seria mais lícito admitir tal

escusa, pois o que era só presunção teria sido confirmado, ganhando força e estabilidade¹¹.

Nesse ponto, há quem defenda que, pelo menos pelo menos em relação aos Prefeitos (Chefes do Executivo Municipal), deveria ser franqueada a possibilidade de descumprimento da lei, por não figurarem estas autoridades no rol dos legitimados para provocação do controle concentrado¹³. Tal argumentação, contudo, parte do equívoco de olvidar o controle difuso. É verdade que os Prefeitos não podem provocar o controle concentrado, mas eles dispõem do amplo controle difuso, podendo arguir, em qualquer processo de que sejam parte, a inconstitucionalidade de uma norma que lhes pareça inconstitucional.

Outrossim, a impossibilidade de o Executivo deixar de aplicar uma lei é a *separação de poderes*. É certo que esse princípio não tem mais sua feição clássica, que prestigiava demasiadamente o Legislativo e impedia qualquer interpenetração entre as funções estatais¹⁵. Entretanto, ele continua sendo uma importante baliza para a atividade estatal. Hoje, permite-se que os "poderes" exerçam funções atípicas, dentro de certos limites (edição de Medidas Provisórias pelo Executivo, por exemplo), mas não se pode dizer que a separação de poderes imaginada nos auspícios da Revolução Francesa esteja superada¹⁶. Dentro dessa concepção, por mais vanguardista que se seja, é inegável que compete ao Poder Judiciário declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei. Ao Executivo não é dado suspender a eficácia de lei ou ato normativo, devendo, se entender inconstitucional determinada disposição, provocar o Judiciário para obter um pronunciamento a respeito constitucionalidade da norma. O Executivo deve pautar sua conduta pelo princípio da legalidade¹⁷, executando fielmente a lei.

No presente caso, a lei em causa foi proposta pelo Executivo, mas ainda que assim não fosse, o Executivo não está relegado a uma função de mero "cumpridor da lei". Ele também participa do controle de constitucionalidade. Além de poder provocar o Judiciário, a ele cabe analisar previamente os projetos de lei, sancionando ou vetando. O veto, inclusive, não se baseia somente em razões de inconstitucionalidade, podendo ter como fundamento a contrariedade ao interesse público (caso em que não haveria, exatamente, controle de constitucionalidade). Entretanto, essa prerrogativa se esgota em quinze dias. Não utilizada a possibilidade de veto (ou tendo ele sido rejeitado pelo Congresso), o Chefe do Executivo está adstrito ao cumprimento da lei, devendo recorrer ao Poder Judiciário caso queria infirmar a constitucionalidade do diploma legal.

Ainda de referência à separação de poderes, é comum argumentar-se que todos devem defender a Constituição, e que isso legitimaria o controle pelo Executivo. Não prospera tal argumentação por duas razões. A uma, porque, se é certo que todos devem defender a Constituição, também é certo que a Constituição estabelece as formas pelas quais deve ser defendida, oferecendo vários instrumentos de controle de constitucionalidade (veto, parecer da CCJ, etc.), e elegendo como principal a declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário. Não se pode defender a Constituição por uma forma que a mesma não previu¹⁸. A duas, porque defender a Constituição é defendê-la como um todo, considerando-a globalmente e, como foi visto, a presunção de constitucionalidade é uma importante ideia agasalhada no texto de 1988. Em última análise, defender a Constituição é também defender a presunção de constitucionalidade gozada pelos atos do Poder Público.

Por fim, também é digna de nota a *segurança jurídica* que deve reger as relações humanas. Tal princípio, genericamente positivado no art. 5º, XXXVI, da Constituição¹⁹, representa importante esteio para os indivíduos, que necessitam de previsibilidade em suas relações. Permitir que o Executivo descumpra uma lei (supostamente inconstitucional), com a possibilidade de o Judiciário posteriormente confirmar sua constitucionalidade, geraria imensa insegurança jurídica: o Executivo criaria uma situação que a qualquer momento poderia ser desfeita com a declaração de constitucionalidade pelo Judiciário. Não parece razoável pairar essa espada de Dâmocles sobre a cabeça dos indivíduos. Se não se pode prever o futuro, é necessário ao menos a previsibilidade em relação aos fatos passados.

A lei, até que se declare sua inconstitucionalidade, é de observância obrigatória pelo Executivo, em qualquer das esferas da federação. Permitir que o Chefe do Executivo descumpra uma lei ou ordene que seus subordinados a descumpram, sob alegação de inconstitucionalidade, não encontra amparo na atual ordem constitucional.

Ademais, deve ser lembrado que a Lei nº 8.429/92, em seu artigo 11 (*caput* e inciso I) dispõe que a ofensa à legalidade constitui-se em ato de improbidade administrativa.

Por outro lado, eventual alteração na legislação a fim de permitir a nomeação para ocupação de cargos em comissão de servidores em estágio probatório, necessariamente, deveriam ter solução aos seguintes entraves legais:

1. Impossibilidade de aquisição de estabilidade, enquanto não realizado o estágio probatório (art. 41, *caput* e 41, § 4º, todos da CF);

2. Impossibilidade de realização de estágio probatório, ainda que a função seja compatível com a do cargo concursado, enquanto ocupar cargo em comissão, sob pena de violação ao art. 37, XV da CF;

3. A qual regime previdenciário estará submetido o ocupante do cargo em comissão? E se aposentar-se enquanto em tal condição? Se falecer, qual a pensão dos dependentes? Poderá aposentar-se voluntariamente se cumprir os demais requisitos, salvo o exercício efetivo do cargo para o qual concursou, violando o art. 40, III da CF?

4. Se a ocupação do cargo em comissão se der por mais de três anos, eventual exoneração do cargo em comissão implicaria no dever do servidor voltar a realizar o estágio probatório ou já se seria considerado estável?

7

Por todo o exposto, e lamentando falta de oportunidade para um debate mais aprofundado do tema, consideramos que não pode a Municipalidade declarar a inconstitucionalidade do § 3º, do artigo 19, da Lei Complementar nº 277, de 07 de outubro de 2011, que veda a nomeação para ocupação de cargo em comissão de servidor que esteja em estágio probatório.

É o nosso entendimento. s.m.j.

Barueri, 31 de maio de 2012.

José Nilson da Silva

Procurador Municipal.