

*Inconstitucionalidade de preceito da Carta Estadual que estabelece foro privilegiado ao Prefeito para ter seus atos julgados pelo Tribunal de Justiça. Afronta ao princípio do juiz natural e da competência privativa da União para legislar sobre processo*

*Processo nº 15232/95*

**Impetrante:** Paulo Roberto Pereira Pimentel

**Autoridade Coatora:** Prefeito de Duque de Caxias

**PARECER**

MM. Dr. Juiz,

*Paulo Roberto Pereira Pimentel* pretende segurança contra, inicialmente, o *Secretário Municipal de Administração do Município de Duque de Caxias*, por se sentir prejudicado pela aplicação do item 1.5 da norma complementar nº 001/SMA/92.

O impetrante se inscreveu no concurso público para o cargo de Orientador Pedagógico do Município de Duque de Caxias, e entende que a aplicação do artigo 19 da Lei 1070/91, que determina a reserva de 1/3 das vagas da categoria funcional de Orientador Pedagógico, para pessoal interno da Secretaria Municipal de Educação de Duque de Caxias, ofende seu direito de concorrer em grau de igualdade com os demais candidatos inscritos para o concurso.

Pela narrativa da inicial, verifica-se que o impetrante obteve a 22ª colocação no concurso, tendo sido anunciadas 27 vagas, porém, até a data da impetração do *mandamus*, ainda não havia sido nomeado nem chamado a tomar posse.

A causa de pedir é a inconstitucionalidade do artigo 19 da Lei 1070/91, em face do artigo 5º *caput* c/c artigo 5º inciso XIII c/c artigo 37, II, da CR, pretendendo lhe seja assegurado o direito de assumir o cargo de Orientador Pedagógico.

Houve manifestação do Ministério Público no sentido de se retificar o pólo passivo da relação processual, posto que o ato impugnado foi emitido pelo Prefeito Municipal.

Tal arguição foi acolhida pelo Juízo, que declinou da competência para o Tribunal de Justiça.

A autoridade coatora prestou as informações, alegando:

a - descabimento do *mandamus* por não haver direito líquido e certo ou ilegalidade cometida;

b - o artigo 19 da Lei municipal nº 1070/91 não é inconstitucional, posto que a própria Constituição admite a contagem do tempo de serviço para efeito de benefício em serviço público;

c - ocorreu a decadência do direito do impetrante, considerando que o prazo começou a fluir a partir da data em que este tomou ciência do ato impugnado, ou seja, em 16/3/92, dia que saiu publicado o edital do concurso.

Entendo que não assiste razão à autoridade coatora.

O fato do mandado de segurança ter sido impetrado em face de autoridade que, em tese, não poderia ser apontada como coatora, não enseja prejuízo ao processo.

Com o advento da reforma administrativa e de suas bases através do Decreto-Lei nº 200, a função delegada ganhou importância, e conseqüentemente seus atos, ou melhor, os atos daquele que exerce a delegação, são de capital importância, sendo certo que transferida a competência, nenhuma reserva é feita à autoridade delegante, ficando o delegado responsável pela solução administrativa e a aplicação da lei.

E nesse sentido é a orientação da Súmula 510 do STF, que enuncia:

“Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.”

Ainda em preliminar, entendo que, mesmo figurando o Sr. Prefeito Municipal como autoridade coatora, a competência para processar e julgar o presente feito é do Juízo da 4ª Vara Cível.

A Constituição da República de 1988 estabelece como direito fundamental da pessoa, vedada qualquer emenda a esta garantia (artigo 60, parágrafo 4º inciso IV), o princípio do juiz natural, expresso nos incisos XXXVII e LIII do seu art. 5º, que determinam que não haverá juízo ou tribunal de exceção e que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

As exceções ao princípio, como não poderiam deixar de ser, vêm expressas na própria lei magna, que estabelece no artigo 29, inciso VII a competência do Tribunal de Justiça para o julgamento do Prefeito.

É evidente que tal preceito, por constituir exceção ao princípio do Juiz Natural, deve ter interpretação restritiva, sob pena de deixar à lei ordinária o poder de criar novas hipóteses de foro privilegiado.

Também é bom que se diga que a competência dos Tribunais é matéria de processo e, como tal, de competência privativa da União, conforme o artigo 22, inciso I da CR.



Advirta-se, ainda, que o privilégio se dá por prerrogativa de função, e nunca em decorrência de atos em virtude de densidade demográfica do município.

Desta forma, entendo que a competência do Tribunal de Justiça é para o julgamento de crimes cometidos pelo chefe do executivo municipal, e nunca para a análise de seus atos, que se submete ao princípio do Juiz Natural.

Assim, qualquer norma estadual que crie novas hipóteses de foros privilegiados, é flagrantemente inconstitucional, pois atenta contra o direito fundamental da pessoa ser julgado pelo juízo natural da causa, princípio basilar de um regime democrático, além de não haver competência legislativa do ente federado para legislar na hipótese.

No mérito:

No que tange à arguição da decadência do direito do autor, entendo que o termo *a quo* do prazo decadencial é o ato de nomeação dos servidores.

Sendo assim, está afastada a incidência da decadência do direito do impetrante.

No caso em questão, a Lei municipal nº 1070/91 é uma lei de efeitos concretos, não se podendo argüir a Súmula 266 do STF.

Como sabemos, na nossa sistemática jurídica, há dois tipos de controle da constitucionalidade das leis, quais são: o por via de ação direta e *incidenter tantum*.

No controle por exceção ou *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade é argüida no caso concreto, e o juiz limita-se apenas a dizer que a vontade enunciada na lei de maneira abstrata por ele não será materializada, por considerá-la atentadora à compatibilidade vertical das normas.

E, nesse sentido, é cabível a arguição de inconstitucionalidade suscitada pelo impetrante.

Entendo que o artigo 19 da Lei municipal nº 1070/91 é inconstitucional, em face do estabelecido no art. 5º e artigo 37, incisos I e II da Constituição da República.

O artigo 37 da CR, ao estabelecer os princípios que regem a administração pública, preceitua no inciso II que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão.”

Verifica-se que o instituto do acesso, acolhido na Constituição anterior, foi banido do nosso sistema, sendo certo que a não observância a tal preceito implica na nulidade do ato e na punição da autoridade responsável - artigo 37, parágrafo 2º da CR.

Na verdade, o princípio da acessibilidade das funções públicas *lato sensu* é especificação do princípio da isonomia em favor dos brasileiros, sob o aspecto da igualdade de oportunidades.

Fortifica a noção de cidadania o fato do acesso ao cargo ou emprego público ser restrito aos brasileiros, e corrobora o princípio de democracia, visto que permite o ingresso no serviço público tão-somente através de concurso.

O constituinte originário, ao determinar que o ingresso no serviço público seja tão-somente por concurso, quis evitar que, através do instituto do acesso, uma pessoa ingressasse por intermédio de um concurso simples, para um cargo de nível mais baixo, e, posteriormente, lograsse alcançar, mercê de provas internas, com um contingente de vagas reservadas para tal, carreiras de categorias mais elevadas.

Por tais razões, entendo que o dispositivo legal em exame afronta o princípio da isonomia, e, ainda, a determinação da obrigatoriedade do concurso público, tentando trazer à baila práticas tão rejeitadas pela nova ordem social introduzida pela Constituição da República de 1988.

Face ao exposto, opino pela procedência do pedido autoral.

Caxias, 02 de maio de 1996.

**Denise Freitas Fabião Guasque**

Promotora de Justiça