LEI — ATO ADMINISTRATIVO — PREFEITO — MANDADO DE SEGURANÇA

— Ao Prefeito cabe impetrar mandado de segurança contra atos violadores de suas atribuições.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Prefeitura Municipal de Barretos *versus* Câmara Municipal de Barretos
Agravo de petição n.º 191.379 — Relator: Sr. Juiz
JONAS VILHENA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição n.º 191.379, da comarca de Barretos, em que é agravante a Prefeitura Municipal de Barretos, sendo agravada a Câmara Municipal de Barretos: Acordam, em Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Sob a alegação de ser ilegal e inconstitucional a Lei municipal n.º 1.216, de 12/12/1969, impetrou o Prefeito de Barretos, contra a Câmara Municipal daquela cidade, a presente segurança, sustentando que, por se tratar de lei que cria vantagens para servidores, seria de sua exclusiva iniciativa, nos termos da lei orgânica dos municípios e das Constituições Federal e Estadual. No entanto, foi o projeto apresentado por um vereador da edilidade, o qual, depois de aprovado por esta, foi vetado pelo impetrante. Apesar disso, a Câmara rejeitou o veto e o seu Presidente promulgou a lei já mencionada.

O magistrado denegou a segurança sob o fundamento de que descabe o mandado de segurança contra lei em tese.

Inconformado, manifestou o impetrante o presente agravo insistindo no deferimento do pedido. O recurso se processou regularmente e a Procuradoria-Geral da Justiça opinou pelo seu provimento.

É o relatório.

Em que pesem as decisões apontadas pelo recorrente e o parecer favorável da douta Procuradoria-Geral da Justiça, o recurso não merece acolhida, já que a sentença agravada está ampla e cabalmente fundamentada e deve subsistir pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Não se pode negar que é da exclusiva iniciativa do Poder Executivo, inclusive nos municípios, as leis sobre servidores públicos e o provimento dos cargos, conforme rezam as Constituições federal e estadual. Portanto, qualquer lei nesse sentido, que não tenha sido de iniciativa do Executivo, é nula por manifesta inconstitucionalidade.

Também é certo que cabe aos órgãos do Poder Público, inclusive aos prefeitos municipais, o direito de impetrar mandado de segurança contra os atos violadores de suas atribuições específicas.

Mas, para que isso se dê, é necessário que haja realmente um constrangimento decorrente do ato tido como ilegal.

Ora, no caso dos autos, não está o impetrante, ora agravante, sofrendo qualquer constrangimento ilegal, já que não está obrigado a cumprir uma lei manifestamente inconstitucional e, praticamente, inexistente. E o seu não cumprimento a tal lei não lhe acarretará, de maneira alguma, dificuldade administrativa.

Em tais condições, como bem assinala o eminente Desembargador do Estado do Rio, Ary Fontenelle, "se o ato é, assim, inexistente, e se o prefeito, por isso mesmo, não se encontra adstrito a respeitá-lo, sem possibilidade de padecer violência, é bem de ver-se que não há mister perseguir a declaração judicial da inconstitucionalidade, que *quod nullus, nihil.* E acrescenta ainda esse nobre magistrado: "Aqueles que, porventura, podem considerar-se prejudicados com a recalcitrância, estes sim, é que poderiam intentar a segurança, mas o fariam sem êxito, porque, então, é que se teria a oportunidade de se afirmar a legitimidade da impugnação, arrimada na inconstitucionalidade, ou seja, na inexistência da lei" (*RT*, v. 327, p. 629).

E foi exatamente nessa ordem de apreciação e por não vislumbrar qualquer constrangimento que afetasse o direito do impetrante, mesmo na qualidade de Prefeito, que a sentença agravada denegou a segurança.

Aliás, essa é também a razão pela qual o Supremo Tribunal Federal aprovou a *Súmula* n.º 266, no sentido de que: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese". Mas, é certo que o próprio Supremo tem entendido ser o mesmo cabível quando o ato, por si só, pode produzir lesão ao direito do impetrante (cf. mandado de segurança n.º 18.428 do Distrito Federal, julgado em 29/10/1969 e publicado no *DJU*, de 21/8/1970, p. 3.644). Custas na forma da lei.

São Paulo, 3 de novembro de 1970. Jonas Vilhena, pres. e relator. Andrade Junqueira, vencido, com a seguinte declaração de voto: Assiste integral razão ao bem elaborado parecer da Procuradoria da Justiça.

Não ocorre a carência aludida pela sentença recorrida.

A Câmara Municipal, por um ato administrativo contido na Lei n.º 1.216, de 12/12/1969 (fls.), dispôs que cargos públicos previstos em lei fossem providos por determinados servidores.

Dita lei não passa de um mero ato administrativo, não obstante a denominação que lhe foi dada.

Não será pelo fato de se denominar um ato administrativo de lei, que ele se transformará em lei; poderá sê-lo em seu aspecto formal, de aparência, mas nunca em seu aspecto intrínseco, de direito material.

A lotação do servidor público em determinado cargo criado por lei é da competência do Poder Executivo no que tange aos servidores desse Poder; essa lotação é feita por decreto, portaria ou outro nome que se queira dar a esse ato, devendo obedecer ao que se contiver na lei que disciplina o assunto.

Mesmo que se denomine lei tal ato, nem por isso deixa de ser um ato administrativo.

O Prof. Bandeira de Mello é preciso ao ensinar que somente se poderá considerar lei "a regra geral, abstrata e impessoal" que estabeleça novo ordenamento jurídico, ao passo que qualquer lei individual "será lei simplesmente formal e não material, e, além disso, inconstitucional" (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 219).

Daí porque conclui que o ato da Câmara Municipal não obstante denominado lei, não passa de um ato administrativo, passível de ser apreciado pela via rápida do mandado de segurança.

No tocante ao mérito, concedia a segurança.

O Projeto do Executivo dizia respeito exclusivamente ao cargo de Diretor de Parques Infantis (fls.); pela lei em vigor, o cargo é de provimento efetivo (art. 2.º da Lei n.º 1.194, a fls.), ao passo que o projeto transformava-o de provimento "sem comissão", o que perdo mais não conviesse ao Prefeito manmitiria a substituição do titular quantê-lo no cargo.

Contudo, a Câmara, aproveitando-se daquele projeto do Executivo, deliberou

sobre o provimento de cargos outros que não aquele previsto no Projeto; ora, o art. 57, n.º V, da Constituição Federal, e o art. 22, n.º III, da Constituição do Estado de São Paulo, ambos aplicáveis aos municípios (Constituição Federal, art. 13, n.º III) estabelecem que ao Chefe do Poder Executivo fica reservada a iniciativa exclusiva das leis que disponham sobre servidores públicos e seu regime jurídico.

Nessas condições, era defeso a qualquer dos vereadores apresentar projeto de lei sobre servidor público do município, apresentando-se assim o ato da Câmara, aprovando o projeto, rejeitando o veto e promulgando o seu Presidente a lei, como manifestamente infringente das normas que disciplinam o processo legislativo.

Deixa-se de reconhecer a inconstitucionalidade da lei porque o ato é infringente de norma legal constante da Lei Orgânica dos Municípios, que veda a apresentação de qualquer emenda que altere a criação de cargos ou funções previstos em projetos de iniciativa exclusiva do Poder Executivo (art. 19 e seu parágrafo único da Lei n.º 9.842, de 1967).

Eis por que *data venia* da douta maioria, dava provimento ao recurso para conceder a segurança — Participou do julgamento, com voto vencedor, o Des. Cardoso Rolim.