



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO E.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Protocolado nº 2.675/2018

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO “DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE COMPRAS E LICITAÇÕES” CONSTANTE NO ART. 4º E NO ANEXO I, DA LEI Nº 3.437, DE 28 DE SETEMBRO DE 2017, DO MUNICÍPIO DE ITAQUAQUECETUBA.

Cargo de provimento em comissão que não retrata atribuições de assessoramento, chefia e direção, senão funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais a serem preenchidas por servidores públicos investidos em cargos de provimento efetivo. Inexigibilidade de especial relação de confiança. Violação de dispositivos da Constituição Estadual (art. 115, I, II e V, e art. 144).

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, no exercício da atribuição prevista no art. 116, inc. VI, da Lei Complementar Estadual nº 734 de 26 de novembro de 1993, e em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, no art. 129, inc. IV, da Constituição da República, no art. 74, inc. VI, e no art. 90, inc. III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso procedimento administrativo, vem, perante esse Egrégio Tribunal de Justiça, promover a presente AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE em face da expressão “*Diretor do*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Departamento de Compras e Licitações”, constante no art. 4º e no Anexo I, da Lei nº 3.437, de 28 de setembro de 2017, do Município de Itaquaquecetuba, pelos fundamentos expostos a seguir:

I. DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO

A Lei nº 3.437, de 28 de setembro de 2017, do Município de Itaquaquecetuba, ao dispor sobre *“a extinção, readequação e transformação de cargos, na estrutura administrativa da Câmara Municipal de Itaquaquecetuba”*, prevê no que diz respeito ao objeto da presente ação:

“Art. 4º. Fica transformado 01 (um) cargo de Assessor Legislativo, provimento em comissão, referência inicial “27”, da escala de vencimentos “02” em 01 (um) cargo de Diretor de Departamento de Compras e Licitações, provimento em comissão, referência inicial “39”, da escala de vencimentos “02”.

(...)

§2º. As atribuições bem como os requisitos de investidura do cargo de Diretor de Departamento de Compras e Licitações estão definidos no quadro previsto no Anexo I, que faz parte integrante da presente lei.”

ANEXO – ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS DE PESSOAL DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITAQUAQUECETUBA

(...)

PROVIMENTO EM COMISSÃO – SUBQUADRO II DO ART. 4º DA RESOLUÇÃO 13/95



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

CARGO – Diretor de Departamento de Compras e Licitações

REQUISITOS DE INVESTIDURA – Ensino superior e 02 (dois) anos de experiência.

DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES:

a) Gerenciar a realização dos procedimentos licitatórios e expedientes visando à contratação de obras, serviços, e a aquisição de bens de consumo e permanente para a Câmara Municipal de Itaquaquecetuba;

b) Designar e encaminhar os procedimentos ao (s) pregoeiro (s) e respectiva equipe de apoio à Comissões Permanente de Licitações;

c) Gerenciar o desempenho das atribuições das Seções que lhe são subordinadas;

d) Gerenciar os serviços pertinentes à elaboração de editais e licitações;

e) Coordenar e orientar os servidores do Departamento, dentro das diretrizes legais que norteiam os procedimentos licitatórios;

f) Encaminhar minutas de editais para exame e emissão de parecer jurídico;

g) Auxiliar o Pregoeiro e a Comissão Permanente de Licitações naquilo que for necessário para a emissão de respostas aos pedidos de questionamentos, impugnações e recursos advindos dos certames licitatórios (salvo aqueles de ordem técnica);



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

- h) Dar transparência aos certames licitatórios realizados pelo Departamento;
- i) Prestar informações sobre as licitações e contratos, visando ao cumprimento da prestação de contas e instruções do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, especialmente por intermédio do Sistema AUDESP;
- j) Encaminhar os procedimentos licitatórios, de dispensa e inexigibilidade para homologação e/ou ratificação da autoridade superior;
- k) Distribuir as tarefas entre os servidores;
- l) Realizar outros serviços afins quando determinados pelos responsáveis por instâncias hierárquicas superiores.)”

II – DO PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

O cargo em comissão de “*Diretor de Departamento de Compras e Licitações*”, editado na estrutura administrativa da Câmara Municipal de Itaquaquecetuba, contraria frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal.

Os preceitos da Constituição Federal e da Constituição do Estado são aplicáveis aos Municípios por força de seu art. 144, que assim estabelece:

“Artigo 144 - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição”.

A incompatibilidade da norma atacada se visualiza a partir de cotejo com os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

(...)

Artigo 115 – Para a organização da administração pública direta ou indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração;

(...)

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;”

III - DA NATUREZA TÉCNICA OU BUROCRÁTICA DAS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELO OCUPANTE DO CARGO COMISSIONADO DE “DIRETOR DE DEPARTAMENTO DE COMPRAS E LICITAÇÕES”

O cargo de “*Diretor de Departamento de Compras e Licitações*”, constante no art. 4º e no Anexo I, da Lei nº 3.437, de 28 de setembro de 2017, do Município de Itaquaquecetuba, é incompatível com a ordem



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

constitucional vigente, em especial com o art. 115, incisos I, II e V, e art. 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

A incompatibilidade decorre da inadequação ao perfil e limites impostos pela Constituição quanto ao provimento no serviço público sem concurso.

Embora o Município seja dotado de autonomia política e administrativa, dentro do sistema federativo (cf. art. 1º e art. 18 da Constituição Federal), esta autonomia não tem caráter absoluto, pois se limita ao âmbito pré-fixado pela Constituição Federal (cf. José Afonso da Silva, *Direito constitucional positivo*, 13. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 459).

A autonomia municipal deve ser exercida com a observância dos princípios contidos na Constituição Federal e na Constituição Estadual (cf. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 285).

No exercício de sua autonomia administrativa, o Município cria cargos, empregos e funções, mediante atos normativos, instituindo carreiras, vencimentos, entre outras questões, bem como se estruturando adequadamente.

Todavia, a possibilidade de que o Município organize seus próprios serviços encontra balizamento na própria ordem constitucional, sendo necessário que o faça através de lei, respeitando normas constitucionais federais e estaduais relativas ao regime jurídico do serviço público.

A regra, no âmbito de todos os Poderes Públicos, deve ser o preenchimento dos postos através de concurso público de provas ou de provas e títulos, pois assim se garante a acessibilidade geral (prevista inclusive no art. 37, I, da Constituição Federal; bem como no art. 115, I, da



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Constituição do Estado de São Paulo). Essa deve ser a forma de preenchimento dos cargos e cargos de natureza técnica ou burocrática.

A criação de cargos de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração, deve ser limitada aos casos em que seja exigível **especial relação de confiança entre o governante e o servidor**, para que adequadamente sejam desempenhadas funções inerentes à atividade predominantemente política.

Há implícitos limites à sua criação, visto que, assim não fosse, estaria na prática aniquilada a exigência constitucional de concurso para acesso ao serviço público.

A propósito, anota Hely Lopes Meirelles, amparado em precedente do E. Supremo Tribunal Federal, que *“a criação de cargo em comissão, em moldes artificiais e não condizentes com as praxes do nosso ordenamento jurídico e administrativo, só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso (STF, Pleno, Repr.1.282-4-SP)”* (*Direito administrativo brasileiro*, 33. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 440).

Podem ser de livre nomeação e exoneração apenas aqueles cargos que, pela própria natureza das atividades desempenhadas, exijam excepcional relação de confiança e lealdade, isto é, verdadeiro **comprometimento político e fidelidade com relação às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos**, que vão bem além do dever comum de lealdade às instituições públicas, necessárias a todo e qualquer servidor.

É esse o fundamento da argumentação no sentido de que *“os cargos em comissão são próprios para a direção, comando ou chefia de certos órgãos, onde se necessita de um agente que sobre ser de confiança da*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

autoridade nomeante se disponha a seguir sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da Administração. Por essas razões percebe-se quão necessária é essa fragilidade do liame. A autoridade nomeante não pode se desfazer desse poder de dispor dos titulares de tais cargos, sob pena de não poder contornar dificuldades que surgem quando o nomeado deixa de gozar de sua confiança” (cf. Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, p. 208).

Daí a afirmação de que *“é inconstitucional a lei que criar cargo em comissão para o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza puramente profissional, fora dos níveis de **direção, chefia e assessoramento superior**”* (cf. Adilson de Abreu Dallari, *Regime constitucional dos servidores públicos*, 2. ed., 2. tir., São Paulo, RT, 1992, p. 41, g.n.).

São a natureza do cargo e as funções a ele cometidas pela lei que estabelecem o imprescindível *“vínculo de confiança”* (cf. Alexandre de Moraes, *Direito constitucional administrativo*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 158), que justifica a dispensa do concurso. Daí o entendimento de que tais cargos devam ser destinados *“apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”* (cf. Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 5. ed., São Paulo, RT, p. 317).

Essa também é a posição do E. Supremo Tribunal Federal (ADI-MC 1141/GO, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, J. 10/10/1994, Pleno, DJ 04-11-1994, PP-29829, EMENT VOL-01765-01 PP-00169).

Escrevendo na vigência da ordem constitucional anterior, mas em lição plenamente aplicável ao caso em exame, anotava Márcio Cammarosano a existência de limites à criação de postos comissionados pelo legislador. A Constituição objetiva, com a permissão para tal criação,



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

“propiciar ao Chefe de Governo o seu real controle mediante o concurso, para o exercício de certas funções, de pessoas de sua absoluta confiança, afinadas com as diretrizes políticas que devem pautar a atividade governamental. Não é, portanto, qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiado o seu exercício a esta ou aquela pessoa, a dedo escolhida, merecedora da absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aquelas que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos seus titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior (...). Admite-se que a lei declare de livre provimento e exoneração cargos de diretoria, de chefia, de assessoria superior, mas não há razão lógica que justifique serem declarados de livre provimento e exoneração cargos como os de auxiliar administrativo, fiscal de obras, enfermeiro, médico, desenhista, engenheiro, procurador, e outros mais, de cujos titulares nada mais se pode exigir senão o escorreito exercício de suas atribuições, em caráter estritamente profissional, técnico, livres de quaisquer preocupações e considerações de outra natureza” (Provimento de cargos públicos no direito brasileiro, São Paulo, RT, 1984, p. 95/96).

Para completar, é necessário ressaltar que a posição aqui sustentada encontra esteio em julgados desse E. Tribunal de Justiça (ADI 111.387-0/0-00, j. em 11.05.2005, rel. des. Munhoz Soares; ADI 112.403-0/1-00, j. em 12 de janeiro de 2005, rel. des. Barbosa Pereira; ADI 150.792-0/3-00, julgada em 30 de janeiro de 2008, rel. des. Elliot Akel; ADI 153.384-0/3-00, rel. des. Armando Toledo, j. 16.07.2008, v.u.).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Feitas estas considerações, cumpre voltar a atenção especificamente para o caso em tela.

Com efeito, a expressão “Diretor de Departamento de Compras e Licitações”, constante no art. 4º e no Anexo I, da Lei nº 3.437, de 28 de setembro de 2017, do Município de Itaquaquecetuba, corresponde a cargo de provimento em comissão.

Entretanto, tal cargo, na realidade, possui natureza meramente técnica, burocrática, operacional e profissional e para os quais cabe exigir tão somente o dever comum de lealdade às instituições públicas, necessárias a todo e qualquer servidor, consoante melhor exposto a seguir.

Explicando melhor, o exame das atribuições do cargo antes referido descritas no próprio Anexo I, conduz à conclusão de que não há necessidade de que seu exercício se faça por pessoa de particular confiança e alinhada às diretrizes políticas do Chefe do Poder Executivo Municipal. Isso porque, cabe ao “Diretor de Departamento de Compras e Licitações”, dentre outras funções, gerenciar a realização dos procedimentos licitatórios e expedientes visando à contratação de obras, serviços, e a aquisição de bens de consumo e permanente para a Câmara Municipal de Itaquaquecetuba; designar e encaminhar os procedimentos ao (s) pregoeiro (s) e respectiva equipe de apoio à Comissões Permanente de Licitações; orientar os servidores do Departamento, dentro das diretrizes legais que norteiam os procedimentos licitatórios; encaminhar minutas de editais para exame e emissão de parecer jurídico; auxiliar o Pregoeiro e a Comissão Permanente de Licitações naquilo que for necessário para a emissão de respostas aos pedidos de questionamentos, impugnações e recursos advindos dos certames licitatórios (salvo aqueles de ordem técnica); prestar informações sobre as licitações e contratos,



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

visando ao cumprimento da prestação de contas e instruções do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, especialmente por intermédio do Sistema AUDESP e realizar outros serviços afins quando determinados pelos responsáveis por instâncias hierárquicas superiores.

Assim, as atribuições previstas para tal cargo são atividades substancialmente destinadas a atender necessidades executórias distantes dos encargos de comando superior em que se exige especial confiança e afinamento com as diretrizes políticas do governo.

Neste passo, frise-se que a nomenclatura do cargo - “Diretor” -, não pode ser fator determinante para autorizar o seu provimento comissionado puro.

Ainda que a denominação tenha por objetivo indicar que a sua função é de “direção, chefia ou assessoramento”, nos termos das Constituições Estadual e Federal, é o rol de atribuições de cada específico cargo que define se o seu ocupante atuará para tais finalidades e se, para tanto, o elemento fiduciário é indispensável.

No caso em tela, todavia, não é o que se verifica. As atividades do cargo acima referido são executórias e de menor complexidade e refletem atos de simples e corriqueiro funcionamento da máquina administrativa, o que fulmina a possibilidade de provimento em comissão.

Por conseguinte, o cargo deve ser reconhecido como inconstitucional.

IV - PEDIDO LIMINAR

À saciedade demonstrado o *fumus boni iuris*, pela ponderabilidade do direito alegado, soma-se a ele o *periculum in mora*. A atual tessitura dos preceitos legais do Município de Laranjal Paulista apontados como violadores de princípios e regras da Constituição do Estado de São Paulo é



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

sinal, *de per sí*, para suspensão de sua eficácia até final julgamento desta ação, de maneira a evitar oneração do erário irreparável ou de difícil reparação.

À luz deste perfil, requer a concessão de liminar para suspensão da eficácia, até final e definitivo julgamento desta ação, da expressão “Diretor do Departamento de Compras e Licitações”, constante no art. 4º e no Anexo I, da Lei nº 3.437, de 28 de setembro de 2017, do Município de Itaquaquecetuba.

V - DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, aguarda-se o recebimento e processamento da presente ação declaratória, para que, ao final, seja julgada procedente, reconhecendo-se a inconstitucionalidade da expressão “*Diretor do Departamento de Compras e Licitações*”, constante no art. 4º e no Anexo I, da Lei nº 3.437, de 28 de setembro de 2017, do Município de Itaquaquecetuba.

Requer-se, ainda, sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Itaquaquecetuba, bem como posteriormente citado o Procurador-Geral do Estado para manifestar-se sobre o ato normativo impugnado.

Posteriormente, aguarda-se vista para fins de manifestação final.

Termos em que, aguarda-se deferimento.

São Paulo, 11 de abril de 2018.

GIANPAOLO POGGIO SMANIO
Procurador-Geral de Justiça



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Protocolado nº 2.675/2018

Distribua-se a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade em face da expressão “Diretor do Departamento de Compras e Licitações”, constante no art. 4º e no Anexo I, da Lei nº 3.437, de 28 de setembro de 2017, do Município de Itaquaquecetuba, junto ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

São Paulo, 11 de abril de 2018.

GIANPAOLO POGGIO SMANIO
Procurador-Geral de Justiça

aca/sh