



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 18.597/2018

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO CRIADOS PELA LEI Nº 5.565, DE 04 DE NOVEMBRO DE 2013, DO MUNICÍPIO DE AMERICANA. CRIAÇÃO ARTIFICIAL DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. ATRIBUIÇÕES TÉCNICAS E BUROCRÁTICAS. DESCRIÇÃO GENÉRICA E INDETERMINADA DE ATIVIDADES. CARGOS EM EXAGERADA QUANTIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, IMPESSOALIDADE, RAZOABILIDADE E INTERESSE PÚBLICO. ARTS. 111, 115, I, II E V, E 144, DA CE/89.

1. Atribuições dos cargos de provimento em comissão de “Assessor Técnico”, “Assistente Técnico I”, “Assistente Técnico II”, “Assistente Técnico III”, previstos nos Anexos I e II da Lei nº 5.565, 04 de novembro de 2013, do Município de Americana, que não retratam atividades 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).

2. Descrição genérica, imprecisa e indeterminada de atribuições, que reforçam a inexistência de relação especial de confiança.



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

3. Cargos em exagerada quantidade. Excepcionalidade, no vigente ordenamento constitucional, dos cargos de provimento em comissão.
4. Escalonamento e estruturação em classes de cargos comissionados, com diferentes níveis remuneratórios e sem qualquer distinção relevante de atribuições. Ideia típica de carreira de servidores efetivos e incompatível com provimento em comissão.
5. Violação dos princípios de moralidade, impessoalidade, razoabilidade e interesse público (art. 111 da CE/89)

○ **Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, inciso VI, da Lei Complementar Estadual nº 734 de 26 de novembro de 1993, e em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 129, inciso IV, da Constituição da República, e ainda no art. 74, inciso VI, e no art. 90, inciso III da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado, vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face da Lei nº 5.565, de 04 de novembro de 2013, do Município de Americana, pelos fundamentos expostos a seguir.

1. BREVE RETROSPECTIVA.

○ protocolado que instrui esta inicial de ação direta de inconstitucionalidade, e a cujas folhas esta petição se reportará, foi



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

instaurado após representação encaminhada pelo DD. Promotor de Justiça do Patrimônio Público e Social do Município de Americana, Dr. Sergio Claro Buonamici, para a apuração da conformidade dos cargos de provimento em comissão instituídos pela Lei nº 5.565, de 04 de novembro de 2013, daquela localidade, com o ordenamento constitucional vigente (fls. 02/68).

Verifica-se pelos documentos acostados ao Protocolado que, em momento anterior, foram ajuizadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 0181366.55.2012.8.26.0000, nº 994.09.225375-6 e nº 0229475-08.2009.8.26.0000, questionando cargos comissionados instituídos no Município de Americana em descompasso com a Constituição Estadual.

De proêmio, foi ajuizada e julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 994.09.225375-6, conforme acórdão deste Colendo Órgão Especial, proferido aos 14 dias do mês de julho de 2010, assim ementado (fl. 31):

“Ação direta de inconstitucionalidade. Leis municipais criando cargos de provimento em comissão que não expressam atribuições de assessoramento, chefia e direção de nível superior. Revogação. Perda do objeto. Decreto que, por delegação de lei municipal, fixa as atribuições dos cargos de provimento em comissão e de provimento efetivo. Inadmissibilidade. Matéria reservada à lei. Inconstitucionalidade reconhecida.”

Por sua vez, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0229475-08.2009.8.26.0000 foi julgada procedente em 14 de dezembro de 2011, por este Colendo Órgão Especial, cujo acórdão encontra-se ementado nos seguintes termos (fl. 23):



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

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei nº 4.871, de 18 de setembro de 2009, do Município de Americana deste Estado - Cargos em Comissão - Parte dos cargos redenominados e cujas atribuições foram redefinidas, previstos no artigo 1º e anexo I da Lei nº 4.871/2009 (Assessor I, Assessor II, Assessor III, Chefe de Departamento I, Chefe de Departamento II, Chefe de Departamento III, Assessor Jurídico e Diretor de Unidade) - Ofensa aos artigos 98, § 1º a 3º, 99, 101, 115, incisos II e V da Constituição Paulista - Cargos cujas atribuições não contém a necessária relação de confiança entre o ente público nomeante e o funcionário público nomeado em comissão, além de, em parte deles, estabelecer organização de carreira, o que é incompatível com os cargos em comissão - Trata-se de cargos comuns a serem exercidos por funcionários contratados após aprovação em certame público, já que o emprego em questão tem natureza pública - Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste C. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a respeito do tema - Ação procedente - Inconstitucionalidade declarada.”

Posteriormente, tendo em vista a edição das Leis Municipais nº 5.130, de 20 de dezembro de 2010, e nº 5.120, de 06 de dezembro de 2010, de Americana, que novamente reproduziram ofensas à Constituição Estadual, mudando, em linhas gerais, a nomenclatura dos postos já questionados, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0181366-55.2012.8.26.0000, julgada procedente aos 05 dias do mês de



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

junho de 2013, por este Egrégio Tribunal de Justiça, em acórdão cuja ementa segue transcrita (fl. 20):

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - EXPRESSÕES ASSESSOR COMUNITÁRIO, ASSESSOR GOVERNAMENTAL, ASSESSOR DE PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO, ASSESSOR EXECUTIVO, ASSESSOR ADJUNTO, ASSESSOR ESPECIAL E DIRETOR DE UNIDADE CONSTANTES DOS ANEXOS I, II E II DA LEI Nº 5.130/2010, E DA EXPRESSÃO DIRETOR DE UNIDADE CONSTANTE NO ANEXO IV DA LEI Nº 5.120/2010, AMBAS DO MUNICÍPIO DE AMERICANA - CARGOS EM COMISSÃO COM ATRIBUIÇÕES QUE NÃO CARACTERIZAM ASSESSORAMENTO, CHEFIA E DIREÇÃO - OFENSA AO ART. 37, V DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, REPRODUZIDO NO ART. 115, II E V DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA - AÇÃO PROCEDENTE.”

Não obstante a fundamentação dos referidos acórdãos, adveio a Lei nº 5.565, de 04 de novembro de 2013, do Município de Americana, responsável, como será demonstrado, por recriar cargos em comissão na estrutura administrativa local, com os mesmos vícios de inconstitucionalidade já combatidos.

2. ATO NORMATIVO IMPUGNADO.

A Lei nº 5.565, de 04 de novembro de 2013, do Município de Americana, que “*Dispõe sobre alteração da Estrutura Administrativa do*



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

Poder Executivo no âmbito do Município de Americana e dá outras providências”, no que interessa, estabelece (fls. 16/18):

“(…)

Art. 1º - Ficam criados e incluídos no Quadro Funcional da Estrutura Administrativa do Poder Executivo do Município de Americana os cargos em comissão de livre nomeação e exoneração pelo Prefeito Municipal, nos termos do art. 37, inciso II (parte final) da Constituição Federal, constantes do Anexo I.

Parágrafo único. Os cargos em comissão serão ocupados por pessoas de confiança do Chefe do Executivo, para o exercício das respectivas atribuições constantes do Anexo II, respeitados os limites impostos pela legislação.

(…)”. (*sic*)

Os Anexos I e II da Lei nº 5.565, de 04 de novembro de 2013, do Município de Americana, assim dispõe:

“ANEXO I

**CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO
QUANTIDADE, CARGA HORÁRIA E VENCIMENTOS**

Cargo	Quantidade	Carga Horária	Vencimentos
Assessor Técnico	30	40 hs semanal	R\$ 5.000,00
Assistente Técnico III	95	40 hs semanal	R\$ 4.500,00
Assistente Técnico II	40	40 hs semanal	R\$ 3.500,00
Assistente Técnico I	91	40 hs semanal	R\$ 1.890,00



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

ANEXO I

**CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO
QUANTIDADE, CARGA HORÁRIA E VENCIMENTOS**

Assessor Técnico

Atribuições:

- a) pesquisar, analisar, planejar e propor a implantação de serviços de interesse da administração;
- b) prestar assistência técnica, específica e especializada, aos seus superiores e demais autoridades;
- c) orientar Assistentes Técnicos no desempenho de suas atividades.

Assistente Técnico III

- a) pesquisar, analisar, planejar e propor a implantação de serviços dentro da sua área de atuação;
- b) prestar assistência técnica, específica e especializada, aos seus superiores e demais autoridades;
- c) orientar os Assistentes Técnicos I e II no desempenho de suas atividades;
- d) coordenar os trabalhos dos Assistentes Técnicos I e II da sua área administrativa.

Assistente Técnico II

Atribuições:

- a) pesquisar, analisar, planejar e propor a implantação de serviços dentro da sua área de atuação;
- b) prestar assistência técnica, específica e especializada, aos seus superiores;
- c) orientar os Assistentes Técnicos I no desempenho de suas atividades.



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

Assistente Técnico I

Atribuições:

- a) pesquisar, analisar, planejar e propor a implantação de serviços dentro da sua área de atuação;
- b) prestar assistência técnica, específica e especializada, aos seus superiores;
- c) desempenhar as demais atividades que lhe sejam atribuídas pelos seus superiores.

(...)”. (*sic*)

Os cargos criados pelos Anexos I e II da Lei nº 5.565/2013 de Americana, anteriormente descritos, são verticalmente incompatíveis com nosso ordenamento constitucional, como será demonstrado a seguir.

3 - PARÂMETRO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE.

Os cargos e dispositivos questionados do Município de Americana contrariam 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.

Em especial, as normas contestadas são incompatíveis com os seguintes preceitos da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força de seu art. 144:

“(…)”

Art. 111. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade,



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

razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

(...)

Art. 115. Para a organização da administração pública direta e 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 de provimento 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;

(...)

Art. 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição”.

(...)”. (grifo nosso)



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

De fato, ao analisar as atribuições referentes aos cargos de provimento em comissão de “*Assessor Técnico*”, “*Assistente Técnico III*”, “*Assistente Técnico II*” e “*Assistente Técnico I*”, constata-se que consistem em atividades de natureza burocrática, ordinária, técnica, operacional e profissional, que não revelam plexos de assessoramento, chefia e direção, e que devem ser desempenhadas por servidores investidos em cargos de provimento efetivo mediante aprovação em concurso público.

4. FUNDAMENTAÇÃO: NATUREZA TÉCNICA OU BUROCRÁTICA DAS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELOS OCUPANTES DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO CONSTANTES DOS ANEXOS I E II DA LEI Nº 5.565/2013 DE AMERICANA.

As incumbências relacionadas aos cargos de provimento em comissão de “*Assessor Técnico*”, “*Assistente Técnico III*”, “*Assistente Técnico II*” e “*Assistente Técnico I*” têm natureza meramente técnica, burocrática, operacional e profissional.

Em linhas gerais, são relacionadas a suporte técnico, planejamento, assistência especializada e outras atividades destinadas a atender necessidades executórias ou a dar suporte a decisões e execução, como realizar pesquisas e análises em geral.

Trata-se, portanto, de atribuições técnicas, administrativas e burocráticas, distantes dos encargos de comando superior em que se exige especial confiança e afinamento com as diretrizes políticas do governo.

Vejamos.

Nos termos do Anexo II da Lei Municipal nº 5.565/2013 de Americana, constam como atribuições do cargo de “**Assessor Técnico**”, singelamente, as seguintes ocupações: pesquisar, analisar, planejar e propor a implantação de serviços de interesse da administração; prestar



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

assistência técnica, específica e especializada, aos superiores e demais autoridades; e orientar os “Assistentes Técnicos” no desempenho de suas atividades.

De forma análoga, estão previstas como funções inerentes ao posto de “**Assistente Técnico III**”: pesquisar, analisar, planejar e propor a implantação de serviços dentro da sua área de atuação; prestar assistência técnica, específica e especializada, aos seus superiores e demais autoridades; orientar os “Assistentes Técnicos I e II” no desempenho de suas atividades; bem como coordenar os trabalhos dos “Assistentes Técnicos I e II” da sua área administrativa (Anexo II da Lei nº 5.565/2013 de Americana).

Seguindo a mesma técnica legislativa, na resenha de atribuições do “**Assistente Técnico II**” estão consignadas as atividades a seguir elencadas: pesquisar, analisar, planejar e propor a implantação de serviços dentro da sua área de atuação; prestar assistência técnica aos seus superiores; e orientar os “Assistentes Técnicos I” no desempenho de suas atividades (Anexo II da Lei nº 5.565/2013 de Americana).

Por fim, e de forma muito similar, compete ao “**Assistente Técnico I**” nos termos do Anexo II da Lei nº 5.565/2013 de Americana: pesquisar, analisar, planejar e propor a implantação de serviços dentro da sua área de atuação; prestar assistência técnica aos seus superiores; e desempenhar as demais atividades que lhe sejam atribuídas.

Destarte, todos os postos questionados apresentam obrigações técnicas e burocráticas, extremamente genéricas e aproximadas, sublinhando a censurável instituição.

Aliás, embora na descrição das atribuições dos cargos mencionados tenham sido utilizadas as expressões “coordenar”, “orientar”, “planejar”,



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

etc., em verdade, foram enumeradas atividades destinadas a atender necessidades executórias ou a dar suporte subalterno a decisões e execução.

Ademais, em relação aos cargos de “Assistente Técnico”, observa-se a existência e estruturação em classes diferentes com níveis distintos de remuneração e com funções similares.

A estruturação em classes com diferentes níveis remuneratórios – Assistente Técnico I, II e III – **sem qualquer distinção relevante de atribuições** entre eles fornece ideia de carreira que não se coaduna com sua natureza comissionada.

Constitui “figura estranha ao Direito Administrativo brasileiro, qual seja, a de carreira formada de cargos em comissão, por natureza, isolados”, porquanto “a própria organização, em carreira, dos cargos em apreço (ressaltada no parecer), pela idéia de permanência que traduz não se mostra compatível com a índole da comissão” (STF, Rp 1.282-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Octavio Gallotti, 12-12-1985, v.u., DJ 28-02-1986, p. 2.345, RTJ 116/887).

Com isso, proporciona ao administrador público uma grande margem de liberdade, inspirada por motivos secretos, subjetivos e pessoais, na medida em que lhe faculta a escolha casuística do nível do assessor na admissão (ou durante o exercício do cargo) para efeito remuneratório, distanciando-se dos princípios de moralidade e de impessoalidade

Dessa forma, os cargos comissionados anteriormente destacados são incompatíveis com a ordem constitucional vigente, em especial **com o art. 115, incisos II e V, e art. 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo.**



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

Essa 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*, 9. 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 Constituição do Estado de São Paulo). Essa deve ser a forma de preenchimento dos cargos e empregos de natureza técnica ou burocrática.



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

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. STF, 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 ou empregos 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 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*



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

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*, 3. 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. STF (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).

Não é qualquer unidade de chefia, assessoramento ou direção que autoriza o provimento em comissão, a atribuição do cargo deve reclamar especial relação de confiança para desenvolvimento de funções de nível superior de condução das diretrizes políticas do governo.

Pela análise da natureza e atribuições dos cargos impugnados não é possível identificar os elementos que justificam o provimento em comissão.



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

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, *“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 correto 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).

No caso em exame, evidencia-se claramente que os **cargos de provimento em comissão, antes referidos**, destinam-se ao desempenho



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

de atividades meramente burocráticas ou técnicas, que não exigem, para seu adequado desempenho, relação de especial confiança.

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.).

Além dos aspectos indicativos de que os cargos impugnados desempenham funções subalternas, de pouca complexidade, exigindo-se tão somente o dever comum de lealdade às instituições públicas, necessárias a todo e qualquer servidor, não é demais repetir que a **descrição genérica** de suas atribuições aponta a natureza puramente profissional, técnica, burocrática ou operacional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior.

Outrossim, é importante destacar que o exagerado número de cargos de provimento em comissão, no caso em exame, mostra-se irrazoável e desproporcional. Observa-se que os atos impugnados criam 256 (duzentos e cinquenta e seis) unidades de provimento em comissão, ao passo que o Município de Americana possui uma população estimada de 233.868 (duzentos e trinta e três mil oitocentos e sessenta e oito) habitantes, segundo informações oficiais do IBGE.

Essa situação revela com clareza a violação do princípio da razoabilidade, previsto no art. 111 da Constituição Paulista, e que na Constituição da República decorre do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CR/88), que em sua perspectiva substancial exige que as leis atendam aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.



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

O provimento de cargos sem concurso só é necessário em pequena medida (excepcionalidade), e isso é indispensável à sua adequação e para que o ônus que recai sobre o erário, nesse quadro, se mostre aceitável (proporcionalidade). Portanto, não se mostra razoável que o legislador transforme a exceção em regra, de forma a burlar a obrigatoriedade do concurso público.

Acaso o Executivo municipal creditasse aos postos impugnados uma função estratégica na estrutura administrativa municipal, cujo elemento fiduciário fosse indispensável à sua consecução, a bem do ordenamento local, deveria tê-los editado como uma função de confiança, atribuída aos servidores ocupantes de cargo efetivo após aprovação em concurso, e não de forma aleatória como a presente, em desrespeito ao art. 115, II e V da Carta Paulista.

Em outras palavras, entendimento diverso do aqui sustentado significaria, na prática, negativa de vigência ao art. 115, incisos II e V, da Constituição Estadual, bem como ao art. 37, incisos II e V, da Constituição Federal, cuja aplicabilidade à hipótese decorre do art. 144 da Carta Estadual.

5. PEDIDO.

Diante de todo o exposto, aguarda-se o recebimento e processamento da presente ação declaratória, para que, ao final, seja ela julgada procedente, reconhecendo-se a inconstitucionalidade da Lei nº 5.565, de 04 de novembro de 2013, do Município de Americana.

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



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

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

Termos em que,

Aguarda-se deferimento.

São Paulo, 5 de junho de 2018.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

aca/mjap



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

Protocolado nº 18.597/2018

Assunto: Inconstitucionalidade de cargos de provimento em comissão previstos na Lei Municipal nº 5.565, de 04 de novembro de 2013, do Município de Americana.

1. Distribua-se eletronicamente a inicial da ação direta de inconstitucionalidade.
2. Oficie-se ao representante informando a propositura da ação, com cópia da petição inicial.

São Paulo, 5 de junho de 2018.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

aca/mjap