



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 29.177/2018

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE PROVIMENTO DE “OUVIDOR MUNICIPAL DO SUS” PREVISTO NA LEI Nº 5.537, DE 20 DE MARÇO DE 2012, DO MUNICÍPIO DE ITAPETININGA, QUE “DISPÕE SOBRE A INSTITUIÇÃO DA OUVIDORIA MUNICIPAL DO SUS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”.

1. O cargo de “Ouvidor Municipal do SUS” deve ser preenchido por servidor investido em cargo de provimento efetivo, mercê do conhecimento real da estrutura administrativa do ente público em que for atuar. Impossibilidade, à conta da natureza do cargo, de a ocupação recair sobre pessoa estranha ao quadro funcional.

2. Violação aos arts. 111, 115, II e V, e 144, da CE/89.



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

○ **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 (PGJ nº 29.177/18), que segue como anexo), vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face dos artigos 4º e 5º e do Anexo I da Lei nº 5.537, de 20 de março de 2012, do Município de Itapetininga, pelos fundamentos expostos a seguir:

I. DOS ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

A Lei nº 5.537, de 20 de março de 2012, do Município de Itapetininga, que “*Dispõe sobre a instituição da Ouvidoria Municipal do SUS*”, possui, no que diz respeito ao objeto desta ação, a seguinte redação, *verbis*:

“(…)

Art. 4º Fica criado no Anexo I do quadro de pessoal de provimento em comissão parte permanente I do Poder Executivo da Secretaria da Saúde, instituído pela Lei nº 4.497, de 31 de janeiro de 2001, com as alterações que lhe foram introduzidas posteriormente, o cargo a seguir relacionado:

Ref.	Denominação	QTD	Requisito P/ Provimento
V	Ouvidor Municipal do SUS	01	Curso Superior



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

§ 1º O Ouvidor Municipal do SUS será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo para um período de 2 (dois) anos, permitida recondução ao cargo por uma única vez, para igual período, e deve possuir as seguintes prerrogativas: autonomia e independência funcional.

§ 2º O Ouvidor Municipal do SUS deverá atuar exclusivamente na Ouvidoria do SUS, não podendo desempenhar atividades em outros departamentos.

§ 3º (VETADO)

Art. 5º Compete ao Ouvidor Municipal do SUS:

I – propor ao Gestor Municipal de Saúde, resguardadas as respectivas competências, a instauração de sindicâncias, auditorias e outras medidas destinadas à apuração das irregularidades denunciadas;

II – requisitar, diretamente e sem qualquer ônus, de qualquer departamento municipal de saúde, informações, certidões ou cópias de documentos relacionados com as reclamações ou denúncias recebidas, na forma da lei;

III – recomendar a adoção de providências que entender pertinentes, necessárias ao aperfeiçoamento dos serviços de saúde prestados à população pela Secretaria Municipal de Saúde de Itapetininga;

IV – recomendar ao Gestor Municipal de Saúde a adoção de mecanismos que dificultem e impeçam a



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

violação dos direitos dos usuários SUS e outras irregularidades comprovadas;

V – propor a celebração de termos de cooperação não onerosos com entidades públicas ou privadas nacionais, que exerçam atividades congêneres às da Ouvidoria do SUS.

(...)

Anexo I

ATRIBUIÇÕES DO CARGO

Ouvidor Municipal do SUS: promover o atendimento pessoal dos cidadãos identificando e analisando problemas e necessidades; traçar o perfil social dos denunciantes; realizar análise social dos dados apresentados, organizar e manter banco de dados relativos aos atendimentos; elaborar relatórios; emitir pareceres parciais e/ou conclusivos sobre assuntos relacionados à sua área; buscar junto aos demais Órgãos do Poder Público, os entendimentos e meios necessários à viabilização da solução dos casos apresentados.

(...)” – **grifo nosso** (fls. 142/145)

Os dispositivos legais acima transcritos são verticalmente incompatíveis com nosso ordenamento constitucional, como será demonstrado a seguir.

II - O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE



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

A incompatibilidade vertical se verifica com relação aos seguintes preceitos da Constituição Estadual, *verbis*:

“Artigo 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

(...)

Artigo 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 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.



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

(...)

Artigo 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.

(...)”

III – DO CARGO DE OUVIDOR MUNICIPAL DO SUS

O cargo de “OUVIDOR MUNICIPAL DO SUS” não pode ser provido por servidor puramente comissionado, mas sim por servidor investido de provimento efetivo, conforme já decidido por esse Col. Órgão Especial:

“DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Criação de cargo de provimento em comissão de Ouvidor Geral do Município de Taquaritinga. (Lei nº 4.295, de 09 de novembro de 2015, em sua redação original e na que lhe deu a Lei nº 4.317, de 29 de fevereiro de 2016). Inconstitucionalidade. Cargo que há de ser preenchido por servidor investido de provimento efetivo, mercê do conhecimento real da estrutura administrativa do ente público em que for atuar. Irregularidade, ademais, das atribuições fixadas, as quais estão divorciadas das posições de, chefia, direção e assessoramento, que reclamam outros atributos. Impossibilidade, à conta da natureza da posição, de a ocupação se dar por pessoa estranha ao quadro funcional. Violação aos artigos 111 e 115, incisos II e V, todos da Carta Política Paulista. Doutrina e Precedentes deste Colegiado.



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

Modulação. Necessidade de salvaguardar os serviços que vêm sendo prestados em prol da população. AÇÃO PROCEDENTE sem redução de texto.” (ADI nº 2208067-77.2016.8.26.0000, Rel. Beretta da Silveira, j. 24.05.2017).

De fato, não há, evidentemente, nenhum componente no posto de OUVIDOR MUNICIPAL DO SUS a exigir o controle de execução das diretrizes políticas do governante a serem desempenhados por quem detenha absoluta fidelidade a orientações traçadas, sendo, por isso, igualmente ofensivo aos princípios da moralidade e da impessoalidade (art. 111, Constituição Estadual), que orientam os incisos II e V do art. 115 da Constituição Estadual.

A criação de cargos de provimento em comissão não pode ser desarrazoada, artificial, abusiva ou desproporcional, devendo, nos termos do art. 37, II e V, da Constituição Federal de 1988, e do art. 115, II e V, da Constituição Estadual, ater-se às atribuições de assessoramento, chefia e direção para as quais se empenhe relação de confiança, sendo vedada para o exercício de funções técnicas ou profissionais às quais é reservado o provimento efetivo precedido de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, como apanágio da moralidade, da impessoalidade e da eficiência.

A jurisprudência proclama a inconstitucionalidade de leis que criam cargos de provimento em comissão que possuem atribuições técnicas, burocráticas ou profissionais, ao exigir que elas demonstrem, de forma efetiva, que eles tenham funções de assessoramento, chefia ou direção (STF, ADI 3.706-MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, v.u., DJ 05-10-2007; STF, ADI 1.141-GO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, 29-08-2002, v.u., DJ 29-08-2003, p. 16; STF, AgR-ARE 680.288-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz



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

Fux, 26-06-2012, v.u., DJe 14-08-2012; STF, AgR-AI 309.399-SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Informativo STF 663; STF, AgR-RE 693.714-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, 11-09-2012, v.u., DJe 25-09-2012; STF, ADI 4.125-TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, 10-06-2010, v.u., DJe 15-02-2011; TJSP, ADI 150.792-0/3-00, Órgão Especial, Rel. Des. Elliot Akel, v.u., 30-01-2008).

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.

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).*

Prelecionando na vigência da ordem constitucional anterior, mas em magistério 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*



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

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).

Cumprido observar que das atribuições do cargo em comissão impugnado (artigo 5º e Anexo) não se extrai a imprescindibilidade do elemento fiduciário em concurso às atribuições de assessoramento, chefia e direção em nível superior.

Do art. 37, V, da Constituição Federal, e do art. 115, V, da Constituição Estadual, deriva que há cargos de provimento em comissão: a) não exclusivos; b) exclusivos de servidores de carreira. Aqueles são livremente providos por qualquer pessoa que satisfaça os requisitos legais; estes somente por servidores de carreira, porque, embora o provimento seja precário, a natureza não-técnica de chefia, direção ou assessoramento aponta com maior grau para o caráter profissional respectivo.



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

A função de Ouvidor Municipal do SUS deve ser exercida por servidor de carreira, integrante do Poder Executivo Municipal, pois pressupõe o conhecimento específico das funções e da estrutura administrativa do Município, a fim de bem processar as reclamações, denúncias e queixas recebidas da população, encaminhando-as ao órgão competente para apurá-las, quando necessário.

É incompatível com as atribuições de Ouvidor do SUS a livre escolha e a nomeação de qualquer pessoa.

Afinal, trata-se de relevante função de direção e de chefia que só pode ser atribuída a servidor ocupante de cargo efetivo, em função da adição de atribuições que se impõe ao Ouvidor.

Trata-se, em última análise, de atribuição que requer conhecimento técnico, de tal forma que deve haver uma adição ou um acoplamento de atribuições ao servidor efetivo, de carreira, que pertence à mesma unidade administrativa cujas competências incluam as atividades próprias do cargo efetivo.

Cuida-se de situação que impõe um acréscimo de responsabilidades de natureza gerencial ou de supervisão que só pode ser atribuído a servidor ocupante de cargo efetivo.

Nesse sentido, esse Col. Órgão Especial assim decidiu no julgamento já mencionado:

(...)

O posto de Ouvidor Geral nem de longe não se aproxima das chamadas funções de chefia, direção ou assessoramento.



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

Conforme bem pontuou o parecer Ministerial inexistente qualquer missão destinada ao Ouvidor Geral “(...) a exigir o controle de execução das diretrizes políticas do governante a serem desempenhadas por quem detenha absoluta fidelidade a orientações traçadas, (...)”.

Ao contrário do que pensa o Réu, aludida posição tem origem na palavra ombudsman, de origem sueca e que veio à cena em 1809 ao se criar o cargo de agente parlamentar de justiça que tinha a função de limitar os poderes do rei. Em termos atuais, a Ouvidoria consiste no órgão designado para atuar em instituições, públicas ou privadas, cabendo-lhe a recepção de toda sorte de queixas ou sugestões para dar o respectivo encaminhamento, devendo em essência atuar na proteção livre e imparcial de todos.

À conta de sua natureza, não há vínculo de aproximação com os seus contratantes, em especial “(...) por quem detenha absoluta fidelidade a orientações traçadas, (...)”.

“É, portanto, nesse contexto que a crítica do Autor tem cabimento. Não há como se admitir que cargo desse naipe possa ser provido em comissão.

(...)

Doutro lance, razoável a proposição vestibular no sentido de que a função “[...] de Ouvidor Geral deve ser exercida por servidor de carreira, integrante do Poder Executivo Municipal, pois



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

pressupõe o conhecimento específico das funções e da estrutura administrativa do Município (...) incompatível (...) a nomeação de qualquer pessoa.

[...]”. Este marco é representativo, na medida em que afasta a ideia da impossibilidade de provimento em comissão, senão que ele se dê em pessoa (I) concursada e (II) que integre, para melhor exercer a função, o Executivo local.

Tais postulados vão ao encontro do princípio da eficiência, que é um dos nortes a serem seguidos pelo administrador público. **De fato, soaria burlesco admitir alguém para realizar a função de Ouvidor apenas pelo critério de confiança, com o risco de produzir uma atuação aquém de sua importância, agravado pelo fato de desconhecer os meandros dos serviços e repartições públicas, primordial, convenha-se ao exercício pleno do cargo daí porque o pedido nesse cenário merece acolhida.**

Evidente, nesses termos, a injúria aos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade, assim como da impossibilidade de provimento em comissão do cargo de Ouvidor Geral, a contrariar os artigos 111 e 115, incisos II e V, ambos da Constituição Estadual. (...)”

Deste modo, necessária é a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 4º e 5º e do Anexo I da Lei nº 5.537, de 20 de março de 2012, do Município de Itapetininga, porquanto o cargo de OUVIDOR MUNICIPAL DO SUS deve ser provido por servidor de carreira do Poder Executivo local.



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

IV - DO PEDIDO

Diante do exposto, aguarda-se o recebimento e processamento da presente ação direta, a fim de que seja, ao final, julgada procedente, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade dos artigos 4º e 5º e Anexo I da Lei nº 5.537, de 20 de março de 2012, do Município de Itapetininga.

Requer-se, ainda, que sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Itapetininga, bem como posteriormente citado o Procurador-Geral do Estado para manifestar-se sobre os atos normativos impugnados.

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

Termos em que,

Aguarda-se deferimento.

São Paulo, 15 de agosto de 2018.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

grcp



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

Protocolado n. 29.177/2018

Objeto: representação para controle de constitucionalidade do cargo em comissão de “Ouvidor Municipal do SUS” criado pela Lei nº 5.537, de 20 de março de 2012, do Município de Itapetininga.

1. Promova-se a distribuição de ação direta de inconstitucionalidade, instruída com o protocolado incluso, para o fim de declaração da inconstitucionalidade dos artigos 4º e 5º e Anexo I da Lei nº 5.537, de 20 de março de 2012, do Município de Itapetininga.

2. Oficie-se ao interessado, informando-lhe a propositura da ação, com cópia da petição inicial.

São Paulo, 15 de agosto de 2018.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

grcp