



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 22.896/2018**

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO N. 06, DE 01 DE NOVEMBRO DE 2017, DA CÂMARA MUNICIPAL DE CAÇAPAVA. PERCENTUAL MÍNIMO DE CARGOS COMISSIONADOS A SEREM PREENCHIDOS POR SERVIDORES DE CARREIRA. OMISSÃO PARCIAL. INSUFICIÊNCIA DA NORMA. PERCENTUAL ÍNFINO.**

1. A exigência constitucional de percentual mínimo dos cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira institui direito de acesso dos servidores públicos efetivos aos cargos de direção superior, bem como assegura a qualidade, a eficácia e a continuidade do serviço público.

2. Reserva de 5% dos cargos comissionados a serem preenchidos por servidores públicos efetivos. Ao estabelecer em lei percentual desse jaez, torna-se mera ficção jurídica a exigência plasmada no art. 115, V, por evidente esvaziamento de sua *ratio* normativa. Violação aos arts. 111 (razoabilidade, proporcionalidade e moralidade), e 115, V, da Constituição Estadual.



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

3. Manutenção do percentual previsto no artigo 1º da Resolução n. 06/2017, com reconhecimento de insuficiente atendimento ao comando constitucional, mediante o reconhecimento de omissão parcial.

○ **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 22.896/18, que segue anexo), vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face da omissão parcial constante do art. 1º da Resolução n. 06, de 1º de novembro de 2017, da Câmara Municipal de Caçapava, pelos fundamentos expostos a seguir.

## 1. DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO

A Resolução n. 06, de 1º de novembro de 2017, da Câmara Municipal de Caçapava, estabelece:

“Artigo 1º - Fica estabelecido que no mínimo 5% do total de cargos em comissão pertencentes ao quadro ao quadro de servidores da Câmara Municipal de Caçapava deverão ser preenchidos por servidores públicos efetivos.



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

Parágrafo único – Os cargos em comissão destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Artigo 2º - Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação, revogando-se as eventuais disposições em contrário.”

O diploma legal acima transcrito é verticalmente incompatível com nosso ordenamento constitucional, como será demonstrado a seguir.

## **2. O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE**

O dispositivo legal contestado é incompatível com os seguintes preceitos da Constituição Estadual, *in 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:



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

(...)

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.

(...)”

**3. DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL. PREVISÃO DE PERCENTUAL ÍNFIIMO DE 5% (CINCO POR CENTO) DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO A SEREM PREENCHIDOS POR SERVIDORES EFETIVOS**

O inc. V do art. 115 da Constituição Estadual, reproduzindo o inc. V do art. 37 da Constituição Federal, determina a reserva de percentual mínimo, adotado em ato normativo, de cargos de provimento em comissão a servidores de carreira, com nítido escopo de estímulo à profissionalização do serviço público (e conseqüente valorização do servidor público titular de cargo de provimento efetivo, isolado ou de carreira), bem como compatibilizar a liberdade de provimento de cargos comissionados com os princípios que norteiam a atividade administrativa, previstos no art. 111 da Carta Bandeirante.

É sabido que a nossa ordem constitucional republicana privilegia a meritocracia, não o favoritismo, o nepotismo ou qualquer outro subjetivismo.



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

O princípio da moralidade impõe o recrutamento do pessoal que servirá ao Poder Público pelo critério do concurso público. Excepcionalmente, e para hipóteses cada vez mais extravagantes, caberá o provimento em comissão e, mesmo dentre essas hipóteses, há que prevalecer a preferência por quem já integra a carreira.

Os cargos públicos têm de restar acessíveis a todos aqueles que, providos em razão da qualificação profissional exigida, também se mostrem merecedores de ocupá-los, após vencerem a corrida de obstáculos de um concurso sério, transparente, aberto a todos, fenômeno com o qual a Democracia não pode transigir.

Cumprido salientar que o inciso V do art. 115, da Constituição Estadual, institui o princípio constitucional de acessibilidade aos cargos de direção superior da administração aos servidores públicos efetivos.

A necessidade de observância a tal mandamento constitucional visa não só estimular e servir de prêmio à dedicação do servidor efetivo, mas passa a integrar o próprio plano de carreira. Deve se estabelecer uma proporcionalidade para que alguns cargos de provimentos em comissão da administração sejam preenchidos por servidores públicos efetivos.

De outro lado, tal proporcionalidade é necessária para assegurar a qualidade, a eficiência, a profissionalização e a continuidade do serviço público, sobretudo por ocasião das mudanças de governo, quando se verifica uma substituição significativa dos ocupantes de cargos importantes da direção superior da Administração Pública. Nas trocas de governos, deve existir uma estrutura mínima de pessoal do quadro de servidores públicos para ocupação de postos responsáveis pela condução superior da administração para que ela não sofra solução de continuidade.

Pois bem.



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

A legislação examinada estabelece percentual mínimo de 5% (cinco por cento) para preenchimento de cargos em comissão por servidores de carreira na Câmara Municipal de Caçapava.

Dessa forma, abstraindo-se a quantidade, em primeira análise, poder-se-ia cogitar sua obediência ao disposto no inciso V do art. 115, da Constituição Estadual, porquanto se visualiza diploma tendente a dar cumprimento ao comando constitucional apontado.

Contudo, a partir de uma interpretação acurada da *ratio essendi* do inciso V do art. 115, da CE, a inteligência supramencionada revela-se errônea, pois, ao prever percentual assaz diminuto de postos comissionados a serem preenchidos por servidores de carreira no ente, conforme mencionado, tornou mera ficção o dispositivo indicado por representar evidente esvaziamento de seu comando. Há, portanto, violação aos arts. 111 e 115, V, da Carta Paulista, por afronta à razoabilidade, à proporcionalidade e à moralidade, assim como burla implícita à excepcionalidade do provimento em comissão quando do preenchimento de postos na estrutura da Administração.

Sendo assim, é de rigor seja reconhecida a omissão inconstitucional parcial, mantendo-se o percentual de 5% (cinco por cento) previsto pelo ato normativo impugnado, **porém reconhecendo a omissão para que seja determinado o estabelecimento de um percentual maior e condizente com os ditames constitucionais.**

A previsão do percentual ínfimo de 5% **supre apenas de forma parcial a omissão**, subsistindo a necessidade de sua complementação, para integral adequação ao preceito constitucional. Ensina a doutrina que:



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

“Como a norma é inconstitucional por omissão parcial, a declaração de sua inconstitucionalidade retiraria o pouco de proteção que foi conferido pela lei ou a proteção que, embora prometida pela Constituição em maior extensão, foi deferida apenas a determinado grupo. Neste sentido, a declaração de inconstitucionalidade não constitui solução judicial adequada, uma vez que é necessário preservar o benefício outorgado pela lei, ainda que insuficiente ou indevidamente limitado a determinado grupo ou categoria.(...) **Ademais, no caso de omissão parcial em sentido horizontal (exclusão do grupo), da inobservância do legislador ao prazo fixado na decisão seria possível pensar em extrair os benefícios que deveriam ter sido conferidos pela lei ao grupo excluído. Neste caso, a decisão não estaria limitada à declaração de omissão inconstitucional, mas faria surgir – mediante conhecida e velha técnica processual respeitante às sentenças – a própria norma faltante, assumindo conteúdo constitutivo-positivo.**” (Sarlet, Ingo Wolfgang – “Curso de direito constitucional” Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pg. 1191;)

Possível, assim, a manutenção do preceito considerado insuficiente, que fixou o percentual de 5%, subsistindo, contudo, a necessidade de se suprir a omissão parcial, mediante o reconhecimento da mora legislativa quanto a este aspecto. Neste sentido:



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

**“2. Quando se alega uma omissão inconstitucional parcial, discute-se a validade de um diploma que teria afrontado a Carta Federal por não ser suficientemente abrangente. Essas hipóteses se situam em uma zona de fronteira entre a ação e a omissão inconstitucional, evidenciando a relativa fungibilidade entre o controle de constitucionalidade das condutas omissivas e comissivas. Por isso, é possível a cumulação de pedidos alternativos de saneamento da omissão e de afastamento do diploma editado.**

(...)

a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **já reconhece a relativa fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão, ao menos nos casos de omissão parcial.** No julgamento da ADI 875/DF, destacou o Relator, Ministro Gilmar Mendes: “O atendimento insatisfatório ou incompleto de exigência constitucional de legislar configura, sem dúvida, afronta à Constituição. A afirmação de que o legislador não cumpriu, integralmente, dever constitucional de legislar contém, implícita, uma censura da própria normação positiva.

[...] A imprecisa distinção entre ofensa constitucional por ação ou por omissão leva a uma relativização do significado processual-constitucional desses instrumentos especiais destinados à defesa da ordem



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

constitucional ou de direitos individuais contra a omissão legislativa. De uma perspectiva processual, a principal problemática assenta-se, portanto, menos na necessidade de instituição de determinados processos destinados a controlar essa forma de ofensa constitucional do que na superação do estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa.

[...] Tem-se, pois, aqui, uma relativa, mas inequívoca, **fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade (da lei ou ato normativo) e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que os dois processos – o de controle de normas e o de controle da omissão – acabam por ter o mesmo objeto, formal e substancialmente, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude.**” (negrito no original) (ADI 4079/ES, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 26/02/15)

Para completar, anote-se que, persistindo a mora do legislador, este Sodalício já se manifestou, **firmando em sua jurisprudência um piso de 50% (cinquenta por cento) ao percentual reclamado pelo Constituinte** quando da edição do art. 115, V, na Constituição Estadual. *In verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PERCENTUAL DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO A SEREM PREENCHIDOS POR SERVIDORES EFETIVOS - EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE FIXAÇÃO POR LEI - Mora verificada Inconstitucionalidade por omissão



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

reconhecida, com fixação de prazo de 180 (cento e oitenta) dias para tomada das providências necessárias, após o que, em caso de persistência da mora, **50% dos cargos em questão deverão ser preenchidos por servidores efetivos.** Ação procedente, com determinação.” (TJSP, ADI nº 2069053-15.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Moacir Peres, j. em 16.08.15 v.u – g.n.).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. Ausência de edição de lei específica que estabeleça percentual mínimo dos cargos de provimento em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira, na estrutura administrativa do Município de Valparaíso, conforme preconiza o artigo 115, V, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade latente. Mora legislativa configurada. Ação procedente com fixação do prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que a omissão seja suprida, bem como determinar que, enquanto persistir a omissão legislativa, **ao menos 50% (cinquenta por cento) dos cargos em comissão sejam preenchidos por servidores efetivos.**” (TJSP, ADI nº 2010554-38.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Péricles Piza, j. em 10.06.15 v.u – g.n.).

Diante do exposto, o percentual estabelecido na lei ora contestada **não se concilia com os arts. 111 e 115, V, da Constituição Paulista,**



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

devendo ser **declarada a omissão parcial da inconstitucionalidade por este E. Tribunal de Justiça.**

#### **4. DO PEDIDO**

Diante do exposto, aguarda-se o recebimento e processamento da presente ação direta, a fim de que seja, ao final, julgada procedente para reconhecer a **omissão inconstitucional parcial** quanto à fixação de percentual de cargos em comissão a serem providos por servidores de carreira, **em vista do percentual ínfimo inserido no artigo 1º da Resolução n. 06/2017 da Câmara Municipal, com a declaração de subsistência de mora legislativa quanto à edição de ato normativo específico para complementação do percentual dos cargos em comissão na edibilidade, a serem preenchidos por servidores de carreira.**

Requer-se, ainda, que sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Caçapava, 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, 10 de agosto de 2018.

**Gianpaolo Poggio Smanio**  
**Procurador-Geral de Justiça**

aaamj



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

**Protocolado** n. 22.896/18

**Objeto:** Representação para controle de constitucionalidade de percentual de cargos em comissão reservados a servidores de carreira – Câmara Municipal de Caçapava

1. Promova-se a distribuição de ação direta de inconstitucionalidade, instruída com o protocolado incluso, em face da omissão inconstitucional parcial do **artigo 1º da Resolução n. 06/2017 da Câmara Municipal de Caçapava.**

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

São Paulo, 10 de agosto de 2018.

**Gianpaolo Poggio Smanio**  
**Procurador-Geral de Justiça**

aaamj