



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

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE
DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Protocolado nº 27.758/18

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANEXO I DA LEI COMPLEMENTAR Nº 55, DE 16 DE FEVEREIRO DE 2018, DO MUNICÍPIO DE MOMBUCA. CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO CUJA DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES NÃO REPRESENTAM FUNÇÕES DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA E DIREÇÃO, MAS DE NATUREZA MERAMENTE TÉCNICA E PROFISSIONAL. REGIME CELETISTA. CRIAÇÃO ABUSIVA E DESNECESSÁRIA DE CARGOS PELO PROVIMENTO EM COMISSÃO.

1. É inconstitucional a criação de cargo de provimento em comissão que não retrata atribuições de assessoramento, chefia e direção senão funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais a serem exercidas por servidor público investido em cargo de provimento efetivo. As atribuições não revestem a excepcionalidade exigível no nível superior de assessoramento, chefia e direção como funções inerentes ao respectivo cargo de provimento em comissão.

2. Previsão como requisito básico do cargo de Diretor de Saúde ter ensino médio e do cargo de Diretor de Serviços Públicos o ensino fundamental. Incompatibilidade com o provimento em comissão destinados às funções de direção, chefia e assessoramento.



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

3. Previsão de submissão dos ocupantes de cargos em comissão ao regime celetista. Inconstitucionalidade por violação ao inciso II da Constituição Estadual.

4. Constituição Estadual: artigos 111, 115, II e V, e 144.

○ PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO

PAULO, no exercício da atribuição prevista no art. 116, VI, da Lei Complementar Estadual n. 734, de 26 de novembro de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo), em conformidade com o disposto nos arts. 125, § 2º, e 129, IV, da Constituição Federal, e, ainda, nos arts. 74, VI, e 90, III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado, vem, respeitosamente, perante esse Egrégio Tribunal de Justiça, promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**, com pedido liminar, em face das expressões “Coordenador de Setor de Projetos”, “Coordenador de TI”, “Coordenador de Imprensa e Comunicação”, “Comunicação do Setor de Enfermagem”, “Coordenador de Desenvolvimento e Assistência Social”, “Diretor Jurídico”, “Diretor de Saúde” e “Diretor de Serviços Públicos”, e do regime celetista para os cargos de provimento em comissão, previstas no Anexo I da Lei Complementar nº 55, de 16 de fevereiro de 2018, do Município de Mombuca, pelos fundamentos a seguir expostos:

I – OS ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

A Lei Complementar nº 55, de 16 de fevereiro de 2018, do Município de Mombuca, criou cargos em comissão, nos seguintes termos:

(...)



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

Art. 2º - Ficam criados os seguintes Empregos Públicos Municipais de provimento em comissão no Quadro de Pessoal da Prefeitura Municipal de Mombuca:

EMPREGO	REFERÊNCIA	VAGAS
Chefe de Gabinete	68	01
Diretor de Educação	68	01
Diretor de Saúde	68	01
Diretor Administrativo	68	01
Diretor Jurídico	68	01
Diretor de Serviços Públicos	75	01
Coordenador de Setor de Projetos	66	01
Coordenador de TI	66	01
Coordenador de Imprensa e Comunicação	66	01
Coordenador de Setor de Enfermagem	66	01
Coordenador de Desenvolvimento e Assistência Social	66	01

(...)"

A Lei Complementar nº 55/2018, ainda, submete os ocupantes de cargos em comissão ao regime celetista, conforme 2º e 6º da lei, e seu Anexo I, o que viola o art. 115, inciso II da Constituição Estadual, nos seguintes termos:



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

“Art. 6º Os empregos públicos municipais de provimento em comissão, criados por esta lei, passam a integrar o Anexo I, da Lei nº 574, de 07 de agosto de 1.989”.

II – O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

Os dispositivos normativos impugnados 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.

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

“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 ou 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

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.

(...)

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”.

E em relação à procuradoria jurídica, são aplicáveis ao município, pelo princípio da similaridade, os artigos 98 a 100 da Constituição Estadual:

“Art. 98. A Procuradoria Geral do Estado é instituição de natureza permanente, essencial à administração da justiça e à Administração Pública Estadual, vinculada diretamente ao Governador, responsável pela advocacia do Estado, sendo orientada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

§1º. Lei orgânica da Procuradoria Geral do Estado disciplinará sua competência e a dos órgãos que a



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

compõem e disporá sobre o regime jurídico dos integrantes da carreira de Procurador do Estado, respeitado o disposto nos arts. 132 e 135 da Constituição Federal.

§2º. Os Procuradores do Estado, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica na forma do caput deste artigo.

§3º. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivos exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Art. 99. São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado:

- I – representar judicial e extrajudicialmente o Estado e suas autarquias, inclusive as de regime especial, exceto as universidades públicas estaduais;
- II – exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo e das entidades autárquicas a que se refere o inciso anterior;
- III – representar a Fazenda do Estado perante o Tribunal de Contas;
- IV – exercer as funções de consultoria jurídica e de fiscalização da Junta Comercial do Estado;
- V – prestar assessoramento jurídico e técnico-legislativo ao Governador do Estado;



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

VI – promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa estadual;

VIII – prestar assistência jurídica aos Municípios, na forma da lei;

IX – realizar procedimentos administrativos, inclusive disciplinares, não regulados por lei especial;

X – exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei.

Art. 100. A direção superior da Procuradoria-Geral do Estado compete ao Procurador Geral do Estado, responsável pela orientação jurídica e administrativa da instituição, ao Conselho da Procuradoria Geral do Estado e à corregedoria Geral do Estado, na forma da respectiva lei orgânica.

II. FUNDAMENTAÇÃO

a) **INCONSTITUCIONALIDADE DO PROVIMENTO EM COMISSÃO NAS HIPÓTESES APONTADAS.**

A regra, no âmbito de todos os Poderes Públicos, deve ser o preenchimento dos cargos através de concurso público de provas ou de provas e títulos, pois assim se garante ampla acessibilidade e igualdade de condições a todos os interessados (prevista inclusive no art. 37, I, da Constituição Federal, bem como no art. 115, I, da Constituição do Estado de São Paulo). O sistema de mérito, portanto, deve ser a forma de preenchimento dos 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



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

adequadamente sejam desempenhadas funções inerentes à atividade predominantemente política.

Nesse sentido, 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 comum.**

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 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.).

Para verificar a natureza especial das atribuições dos cargos comissionados (assessoramento, chefia e direção em nível superior), para as



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

quais se exige relação de confiança, pouco importa a denominação e a forma de provimento atribuídas, pois, *verba non mutant substantiam rei*. Necessária é a análise de sua natureza excepcional, a qual não se satisfaz com a mera declaração do legislador, sendo imprescindível a análise do plexo de atribuições das funções públicas.

É dizer: os cargos de provimento em comissão devem ser restritos às atribuições de assessoramento, chefia e direção em nível superior, nas quais esteja presente a necessidade de relação de confiança com os agentes políticos para o desempenho de tarefas de articulação, coordenação, supervisão e controle de diretrizes político-governamentais. Não coaduna a criação de cargos desse jaez – cuja qualificação é matéria da reserva legal absoluta – com atribuições ou funções profissionais, operacionais, burocráticas, técnicas, administrativas, rotineiras, 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.

Não é o que ocorre, eis que as atribuições descritas no Anexo I da Lei Complementar nº 55/2018, do Município de Mombuca, dos aludidos cargos em comissão impugnados, não expressam atribuições de chefia, direção ou assessoramento, revelando, ao revés, tratar-se de cargos com funções técnicas, burocráticas, profissionais e ordinárias.

Com efeito, as atribuições do cargo em comissão de **Coordenador de Setor de Projetos**, são a de *“supervisionar a aprovação de projetos apresentados na prefeitura pelos município e alvará de construção, revisar a elaboração de projetos para fins de convênio ou de conformidade com a necessidade da Prefeitura, memoriais, descritivos como gestor, orçamentos*



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

financeiros, elaboração e acompanhamento de projetos via SICONV, via convênio GICOV CAIXA e outros sistemas governamentais. Participar de reuniões de acompanhamento de obras, provimento de convênios governamentais. Orientação ao público quando solicitado e outras atividades correlatas”, funções estas evidentemente técnicas e operacionais.

Por sua vez, o **Coordenador do Setor de TI** tem como atribuições: *“Planejar, coordenar, gerir e supervisionar os projetos de desenvolvimento e manutenção de sistemas, comunicação de voz e dados, rede elétrica estabilizada, rede local com e sem fio, infraestrutura computacional, serviços de atendimento de informática e demais atividades de tecnologia da informação”, dentre outras, estas nitidamente técnicas e operacionais.*

Do mesmo modo, são funções operacionais e burocráticas as do **Diretor de Educação**, como: *“Planejar, coordenar, promover a execução de todas as atividades da Diretoria, orientando, controlando e avaliando resultados, para assegurar o desenvolvimento da política de governo; exercer a coordenação geral das atividades dos órgãos que lhes forem subordinados; despachar pessoalmente como Prefeito, bem como como participar de reuniões coletivas periódicas por ele convocadas; promover o aperfeiçoamento dos serviços sob sua direção; emitir parecer elucidativo em processos cuja decisão caiba ao Prefeito; proferir despachos decisórios em assuntos de sua competência; elogiar e/ou impor penas disciplinares (...)”.*

São também funções técnicas as descritas ao **Coordenador de Imprensa e Comunicação**, como *“coordenar todos os levantamentos das atividades, projetos, ações e serviços do seu cliente, fazendo o possível para que isso se torne notícia; supervisionar o agendamento e acompanhamento de entrevistas coletivas, facilitando o trabalho do entrevistado e do entrevistador; supervisionar o contato com a mídia,*



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

sugerindo pautas e fazendo esclarecimentos necessários para a eficiência da matéria jornalística ser publicada; revisar textos (releases), que são enviados para os veículos de comunicação; divulgar eventos, revisar a edição de jornais, que podem ser distribuídos interna ou externamente; organizar entrevistas coletivas; dar orientações de como lidar com a imprensa; revisar Clippings (cópia de notícias da empresa que forma divulgadas nomeio de comunicação, uma espécie de backup; sugerir assuntos para a mídia, indicação de pauta” bem como “executar outras tarefas correlatas”.

As funções do **Coordenador de Desenvolvimento e Assistência Social**, dentre outras funções burocráticas, descritas no Anexo I, são coordenar o expediente da área de Serviços Sociais do Município, compreendido os serviços sociais das esferas municipal, estadual e federal; “*prestar assessoria ao Prefeito em todas as sua competência*” (sic), subscrever atos e regulamentos referentes a sua área; expedir instruções para a boa execução das leis, decretos e regulamentos; apresentar relatórios anuais e periódicos dos serviços realizados; responder a requerimento ou comparecer à Câmara Municipal sempre que convocado; administrar os recursos financeiros municipais, estaduais e federais.

Para o cargo de **Diretor Jurídico** são reservadas as atribuições de planejar, orientar, coordenar e controla a execução das atividades a cargo da Diretoria Jurídica, informar ao Departamento e ao Chefe do Poder Executivo sobre os assuntos que envolvam matéria jurídica; assessorar na elaboração de contratos, convênios e outros ajustes; manter catalogados e atualizados os andamentos e pronunciamentos da Diretoria Jurídica; encaminhar relatórios periódicos das atividades sob sua responsabilidade; propor ao Chefe do Poder Executivo medidas para melhorar a eficiência e eficácia das atividades a cargo da Diretoria Jurídica, coordenar a



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

representação judicial e extrajudicial da Prefeitura; manifestar-se nas consultas efetuadas pelo Chefe do Poder Executivo; elaborar os atos de interesse deste, em que seja necessário o assessoramento jurídico superior; colaborar com todos os órgãos na elaboração de contratos, ordens de serviço, termos, editais e outros documentos de natureza jurídica; emitir pareceres, orientar e conduzir processos e inquéritos administrativos; orientar e acompanhar as atividades de incorporação, alienação, transparência ou locação de bens móveis e imóveis; prestar assessoramento nas questões relativas à cobrança judicial da dívida ativa e de outros créditos da Prefeitura e desempenhar outras atribuições correlatas.

O cargo de **Diretor de Saúde** tem como atribuições “planejar, organizar, controlar e avaliar ações do município, organizando o SUS no âmbito municipal; viabilizar o desenvolvimento de ações de Saúde através de unidades estatais ou privadas, priorizando as entidades filantrópicas; participar na constituição do SUS, de forma integrada e harmônica com os demais sistemas municipais e executar outras tarefas correlatas”. Os requisitos desse cargo são ensino médio e experiência de 05 (cinco) anos na área de saúde e é de livre escolha do Chefe do Poder Executivo.

As funções do **Coordenador do Setor de Enfermagem**, por sua vez, são “coordenar todas as atividades relacionadas aos profissionais que integram a equipe de enfermagem, equipe de limpeza, acompanhar e analisar semanalmente desenvolvidas pelas equipes quanto aos atendimentos na unidade, visitas domiciliares, acompanhamento de paciente quando este depende de auxílio para transporte. Controlar os materiais de insumos, e demais produtos utilizados na unidade para melhoria e rapidez no atendimento do usuário; incentivar o trabalho coletivo para efetivar o trabalho em equipe e atingir a produtividade máxima e um nível de qualidade de serviço em saúde; acompanhar as entradas e saídas dos servidores



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

municipais, assim como o ponto o controle de ponto. Participar de eventos de treinamentos de capacitação de conselhos municipais e outras atividades relacionadas ao setor solicitadas pelo superior hierárquico”

Finalmente, o **Diretor de Serviços Públicos**, que tem como requisito básico o ensino fundamental, tem como funções levantar as necessidades do município relacionadas com os serviços públicos municipais, bem como, efetivar cadastro das praças públicas, jardins, áreas de lazer, áreas institucionais, ruas e avenidas, elaborando mapa indicativo dos locais, áreas, etc., participar de conselhos e comissões municipais quando solicitado, participar de treinamentos de aperfeiçoamento; planejar, organizar, executar e controlar as atividades de ajardinamento e paisagismo; promover roçadas e retirada de entulhos das áreas pertencentes ao Patrimônio Público Municipal, promover o ajardinamento de vias e logradouros públicos e executar outras atividades correlatas determinadas pelo superior.

b) ATIVIDADES INERENTES À ADVOCACIA

Em relação à expressão “Diretor Jurídico”, importante também assinalar sua inconstitucionalidade também por violação aos arts. 30, 98 a 100 e 144, da Constituição Estadual.

Isto porque as funções a ela atribuídas no Anexo I da Lei Complementar nº 55/18 são atividades inerentes à advocacia pública. Assessoramento, consultoria e representação jurídica de entidades ou órgãos públicos, e inclusive sua chefia, são atribuições de natureza profissional e técnica e exclusivamente reservadas a profissionais investidos em cargos de provimento efetivo da respectiva carreira mediante aprovação prévia em concurso público.



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

É o que se infere dos arts. 98 a 100 da Constituição Estadual que se reportam ao modelo traçado no art. 132 da Constituição Federal ao tratar da advocacia pública estadual.

Este modelo deve ser observado pelos Municípios por força do art. 144 da Constituição Estadual.

Os preceitos constitucionais (central e radial) cunham a exclusividade e a profissionalidade da função aos agentes respectivos investidos mediante concurso público, inclusive a chefia do órgão, cujo agente deve ser nomeado e exonerado ad nutum dentre os seus integrantes, o que é reverberado pela jurisprudência:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

– Pretensão que envolve o inciso V do art. 9º da Lei Complementar nº 369/2016 e, por arrastamento, os arts. 8º e 9º da LC nº 235/2009, arts. 1º a 3º da LC nº 359/2015 e as expressões "na Secretaria dos Negócios Jurídicos" e "do Secretário de Negócios Jurídicos" do art. 1º, caput e parágrafo único, da LC nº 361/2015 – Criação de secretaria que se encontra dentro da autonomia dos municípios para auto-organização, autogoverno e autoadministração, a qual permite estabelecer a sua própria estrutura, dentro dos limites constitucionalmente autorizados – Inexistência de previsão nos textos das Constituições federal e estadual, em seus respectivos arts. 131/132 e 98, de obrigatoriedade de criação de estrutura organizacional da advocacia pública municipal nos exatos moldes instituídos para a Advocacia-Geral da União e para a Procuradoria Geral de cada Estado – **Exercício da advocacia**



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

pública que faz parte de cargo de caráter permanente e técnico, com atribuições essenciais, que pertence àqueles que tenham sido admitidos no funcionalismo através de concurso público e que são próprios de procuradores municipais –

Configuração de inconstitucionalidade, cuja declaração se faz sem redução de texto, o qual deve ser interpretado no sentido de que as atividades específicas de advocacia pública somente podem ser exercidas diretamente pelos procuradores municipais previamente aprovados mediante concurso público – Ação parcialmente procedente”. (TJ/SP, ADI nº 2126846-72.2016.8.26.0000, Rel. Des. Álvaro Passos, julgada em 26 de outubro de 2016, g.n.)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar nº 81, de 17 de dezembro de 2002, do Município de Santa Fé do Sul, e Lei Complementar nº 280, de 25 de fevereiro de 2015, do mesmo Município. Cargos em comissão. Cargo de "Assessor Jurídico" e "Coordenador Jurídico". Advocacia pública. Inexistência de relação de confiança a justificar exceção à regra do provimento efetivo. Cargo de "Procurador-Geral do Município". Interpretação conforme. **Direção da advocacia pública municipal que deve ser exercida por Procurador Municipal, titular de cargo de provimento efetivo.** Simetria com o modelo estabelecido pela Constituição do Estado para a Procuradoria-Geral do Estado (art.



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

100, parágrafo único). Ação julgada procedente em parte, fixada interpretação conforme em relação ao cargo de Procurador-Geral do Município, com modulação de efeitos.” (TJ/SP, ADI nº 2184928-33.2015.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Carlos Villen, julgada em 17 de fevereiro de 2016)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Arts. 1º, §1º, II e III, e 8º, da Lei nº 1.585/2009, e art. 1º, parágrafo único, II, da Lei nº 1.568/2009, todas do município de Salesópolis – Criação dos cargos de “Diretor Técnico Jurídico do Departamento de Contenciosos Judiciais e Execução Fiscal” e “Diretor Técnico Jurídico do departamento de Assuntos Administrativos, Licitações, Contratos e Convênios” e “Advogado” – Descrição que caracteriza atividade exclusiva funcional dos integrantes da Advocacia Pública, cuja investidura no cargo depende de prévia aprovação em concurso público – Violação dos artigos 98 a 100, da Constituição Paulista – Ação procedente, modulados os efeitos desta decisão para terem início em cento e vinte dias contados a partir deste julgamento.” (TJSP, ADI nº 2163849-95.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Luiz Antonio de Godoy, julgada em 09 de dezembro de 2015, v.u)

Portanto, é incompatível o provimento comissionado com a advocacia pública, de modo que é inconstitucional a inclusão, no quadro de pessoal com cargos de provimento em comissão, da expressão “Diretor Jurídico”.



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

c) **INCOMPATIBILIDADE DO NÍVEL FUNDAMENTAL E MÉDICO
PARA OS CARGOS DE PROVIMENTO POR COMISSÃO.**

O cargo de “**Diretor de Saúde**” tem como requisito básicos o ensino médio e o cargo de “**Diretor de Serviços Públicos**” como requisito o ensino fundamental.

A exigência apenas de ensino fundamental e médio para essas funções reforça a natureza de unidades executórias de pouca complexidade, de nível subalterno, sem poder de mando e comando a justificar o provimento em comissão.

A propósito do nível de escolaridade compatível com cargos de provimento em comissão, destacam-se os seguintes julgados desse Colendo Órgão Especial:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Legislações do Município que Alvares Machado que estabelece a organização administrativa, cria, extingue empregos públicos e dá outras providências - Funções descritas que não exigem nível superior para seus ocupantes - Cargo de confiança e de comissão que possuem aspectos conceituais diversos – Afronta aos artigos 111, 115, incisos II e V, e 144 da Constituição Estadual — Ação procedente. (TJSP, ADIn 0107464-69.2012.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, v.u., j. 12 de dezembro de 2012)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Legislações do Município que Tietê, que dispõe sobre a criação de cargos de provimento em



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

comissão - Funções que não exigem nível superior para seus ocupantes — Cargo de confiança e de comissão que possuem aspectos conceituais diversos — Inexigibilidade de curso superior aos ocupantes dos cargos, que afasta a complexidade das funções - - Afronta aos artigos 111, 115, incisos II e V, e 144 da Constituição Estadual — Ação procedente.” (TJSP, ADIn 0130719-90.2011.8.26.000, Rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, v.u., j. 17 de outubro de 2.012)

Além destes 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 de suas atribuições aponta a natureza puramente profissional, técnica, burocrática ou operacional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior.

O provimento de cargos sem concurso só é necessário em pequena medida (excepcionalidade) e isso é indispensável a sua adequação e para que o ônus que recai sobre o erário, nesse quadro, se mostre aceitável (proporcionalidade). Portanto, não pode o legislador 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



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

de forma aleatória como a presente, em desrespeito ao art. 115, II e V da Carta Paulista.

d) **ADOÇÃO DO REGIME CELETISTA**

Além disso, a sujeição dos ocupantes de cargos comissionados ao regime celetista não encontra respaldo constitucional. Pelo contrário, sob o pálio do art. 37, II, da Constituição Federal, reproduzido no art. 115, II, da Constituição Estadual, é inconciliável o cargo de provimento em comissão de livre provimento e exoneração com o regime jurídico celetista que, por excelência, reprime a dispensa imotivada.

Com efeito, o cargo comissionado é de instituição permanente e, por natureza, de provimento instável e precário, porque se liga à concepção de execução de diretrizes políticas superiores que são exigentes de relação de confiança.

É por essa razão que a Constituição Federal prevê liberdade no provimento e na exoneração (dispensando qualquer motivação e a regra do concurso público) dos cargos de provimento em comissão.

A inserção desses cargos no regime celetista é incompatível com essa estrutura normativo-constitucional porque, para além, fornece, indiretamente, uma estabilidade impossível com a natureza do cargo, na medida em que o regime celetista de vínculo reprime a dispensa imotivada do empregado pela imposição de ônus financeiro ao tomador de serviços (aviso prévio, multa rescisória, indenização e outros consectários de similar natureza).

De fato, o desprovimento do cargo comissionado é medida discricionária orientada pelos critérios de oportunidade e conveniência da



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

Administração Pública, e a sua sujeição ao regime celetista tolhe a liberdade de exoneração reservada ao administrador público.

Da mesma forma entende o Superior Tribunal de Justiça em venerando acórdão assim ementado:

“ A nomeação para cargo em comissão, por se tratar de relação jurídica própria de direito público estabelecida entre a Administração e o comissionado, é regulada pelo regime estatutário, ou seja, essa relação não tem natureza contratual, mas institucional, de modo que não se lhe aplicam as disposições pertinentes ao emprego público, subordinado, basicamente, ao regime celetista” (STJ, REsp 621.647-DF, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, 21-03-2006, v.u., DJ 10-04-2006, p. 130).

A jurisprudência respalda a declaração de inconstitucionalidade. Examinando preceito da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul que assegurava “aos ocupantes de cargos de que trata este artigo será assegurado, quando exonerados, o direito a um vencimento integral por ano continuado na função, desde que não titulem outro cargo ou função pública” (art. 32, § 3º), estimou o Supremo Tribunal Federal:

“Além dessa inconstitucionalidade formal, ocorre, também, no caso, a material, pois, impondo uma indenização em favor do exonerado, a norma estadual condiciona, ou ao menos restringe, a liberdade de exoneração, a que se refere o inc. II do art. 37 da C.F.” (STF, ADI 182-RS, Tribunal



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

Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, 05-11-1997,
v.u., DJ 05-12-1997, p. 63.902).

Desse julgamento merece destaque o seguinte excerto:

“Se, por força da cláusula constitucional explícita, a exoneração do cargo em comissão é livre, não pode estar subordinada a nenhuma condição. A exigência do pagamento de indenização equivalente a um mês de vencimentos, por ano de exercício de cargo em comissão, restringe o poder discricionário da Administração de livremente nomear e exonerar o ocupante do cargo, por considerações ligadas aos encargos financeiros decorrentes, tudo de forma a inibir essas prerrogativas da Administração, emanadas da Constituição.

A indenização prevista nas normas impugnadas, dessa forma, é inconciliável com a regra contida na segunda parte do inciso II do art. 37 da Constituição Federal”.

Outro precedente da Suprema Corte é mais expressivo:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA PAGA PELOS COFRES PÚBLICOS POR OCASIÃO DA EXONERAÇÃO OU DISPENSA DE QUEM, SEM OUTRO VÍNCULO COM O SERVIÇO PÚBLICO, SEJA OCUPANTE DE FUNÇÃO OU CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE EXONERAÇÃO, ART. 287 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO.



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

1. A nomeação para os cargos em comissão é feita sob a cláusula expressa de livre exoneração. A disposição que prevê o pagamento pelos cofres públicos de indenização compensatória aos ocupantes de cargos em comissão, sem outro vínculo com o serviço público, por ocasião da exoneração ou dispensa, restringe a possibilidade de livre exoneração, tal como prevista no art. 37, II, combinado com o art. 25 da Constituição Federal. 2. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade e a conseqüente ineficácia do art. 287 da Constituição do Estado de São Paulo, desde a sua promulgação” (STF, ADI 326-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Paulo Brossard, 13-10-1994, m.v., DJ 19-09-1997, p. 45.526).

Nesse julgamento assinalou o eminente Ministro Paulo Brossard que:

“Os titulares dos cargos ou das funções sujeitos à investidura por concurso público gozam de garantias previstas na Constituição: são garantias inerentes ao exercício do cargo, que não são concedidas às pessoas como privilégio, mas para garantir o exercício das funções dentro dos estritos limites da lei, a salvo de pressões e injunções de toda ordem; para estes o ordenamento jurídico entende que é necessária alguma garantia.



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

Ao contrário, os que ascendem a cargos não sujeitos à investidura por concurso, ficando à mercê da dispensa ou exoneração ad nutum, convivem a todo instante com o dever de fidelidade para com a execução da diretriz política que lhe foi confiada e com o caráter transitório da sua presença na administração pública; para estes não é desejável nenhuma garantia além daquela que advém do correto e eficiente desempenho das tarefas que lhe foram confiadas, e que aceitaram delas desincumbir-se.

Concluo entendendo que a relevância da matéria está posta no interesse da Administração, e não do servidor, e que a manutenção da disposição impugnada é desaconselhada pelo art. 37, II, combinado com o art. 25 da Constituição Federal, porque se a nomeação é feita sob a cláusula expressa de livre exoneração, o dever de indenizar restringe essa liberdade”.

Avulta na hipótese examinada a inadmissibilidade de extensão ao cargo comissionado de parcela ou da íntegra da disciplina do regime estatutário ou do celetista incompatível com a sua natureza.

Pois, da mesma forma que se edifica a impossibilidade de sua sujeição ao regime contratual (celetista), também se denota a



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

inviabilidade plena e absoluta da concessão de elementos integrantes do regime legal (estatutário) peculiares e exclusivos dos servidores públicos titulares de cargos de provimento efetivo ou dissonantes da natureza do cargo de provimento em comissão – situando-se, por exemplo, nesta latitude, a estabilidade ordinária ou anômala (STF, RE-AgR 181.727-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, 23-08-2005, v.u., DJ 09-12-2005, p. 14, RT 848/150; STF, RE 146.332-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Octávio Gallotti, 15-09-1992, v.u., DJ 06-11-1992, p. 20.109, RTJ 143/335), a estabilidade sindical provisória (STF, RE 183.884-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 08-06-1999, v.u., DJ 13-08-1999, p. 14) e as “horas-extras” (TJSP, AC 158.793-5/4-00, Limeira, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antonio C. Malheiros, v.u., 11-10-2005; TJSP, AC 118.215-5-00, Nhandeara, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antonio Rulli, v.u., 16-10-2002; TJSP, AC 128.751-5/9-00, Ribeirão Preto, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Geraldo Lucena, v.u., 14-05-2003; TJSP, AC 257.045-5/3-00, Cubatão, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Prado Ferreira, v.u., 16-08-2006). Neste contexto, pronuncia venerando acórdão que “indenizações rescisórias e FGTS são incompatíveis para os ocupantes dos cargos



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

providos em comissão” (TJSP, AC 323.630-5/9, São Carlos, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Castilho Barbosa, 27-03-2007).

Complementando esta digressão, a doutrina pondera que “o servidor que exercer cargo público em comissão poderá ser demitido *ad nutum*, não ficando sujeito às formas demissionárias dos servidores públicos efetivados” [Claudionor Duarte Neto. O Estatuto do Servidor Público (Lei nº 8.112/90) à luz da Constituição e da Jurisprudência, São Paulo: Atlas, 2007, p. 51], e, por isso, se na Administração Pública direta é admissível a sujeição dos servidores públicos lato sensu ao regime celetista como empregados públicos, a Lei n. 9.962/00, de âmbito federal, exclui dessa possibilidade os cargos de provimento em comissão (art. 1º, § 2º, b).

Sob outro prisma, é inegável o reconhecimento de franca violação aos princípios jurídicos da moralidade e da razoabilidade, previstos no art. 37 da Constituição Federal e no art. 111 da Constituição Estadual.

Enquanto a razoabilidade serve como parâmetro no controle da legitimidade substancial dos atos normativos, requerente de compatibilidade aos conceitos de racionalidade, justiça, bom senso, proporcionalidade etc., interditando discriminações injustificáveis e, por isso, desarrazoadas, a moralidade se presta à mensuração da conformidade do ato estatal com valores superiores (ética, boa fé, finalidade, boa administração etc.), vedando atuação da Administração Pública pautada por móveis ou desideratos alheios ao interesse público (primário) – ou seja, censura o desvio de poder que também tem a potencialidade de incidência nos atos normativos.

Na espécie, infringe a lei municipal ambos os princípios. Como os cargos comissionados constituem exceção à regra constitucional do acesso à



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

função pública (*lato sensu*) mediante concurso público, possibilitando a investidura por critérios pessoais e subjetivos, sob o pálio da instabilidade e da transitoriedade do vínculo como elementos essenciais de sua duração, é desarrazoada e imoral a outorga de prerrogativas próprias do regime contratual a seus ocupantes, tendo em conta que este sanciona a dispensa imotivada com a indenização compensatória (e outros consectários). Trata-se da atribuição de uma garantia absolutamente imprópria a uma relação jurídica precária e instável.

Ora, o padrão ordinário, normal e regular, advindo da Constituição, não admite a oneração dos cofres públicos para o custeio da exoneração de cargo comissionado, à luz da conformação constitucional que realça a liberdade de seu provimento - orientada por força de ingredientes puramente políticos. Em suma, a sujeição do cargo comissionado ao regime celetista implica intolerável outorga de uma série de vantagens caracterizadoras de privilégio inadmissível à vista da natureza do cargo público cuja marca eloquente é a instabilidade do provimento ditada pela relação de confiança.

III – PEDIDO

Face ao exposto, requerendo o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade das expressões *“Coordenador de Setor de Projetos”, “Coordenador de TI”, “Coordenador de Imprensa e Comunicação”, “Comunicação do Setor de Enfermagem”, “Coordenador de Desenvolvimento e Assistência Social”, “Diretor Jurídico”, “Diretor de Saúde” e “Diretor de Serviços Públicos”,* e do regime celetista para os cargos e provimento em



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

comissão, previstas na Lei Complementar nº 55/2018 e seu Anexo I, do Município de Mombuca.

Requer-se ainda sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Mombuca, bem como citado o Procurador-Geral do Estado para se manifestar sobre os atos normativos impugnados, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 28 de agosto de 2018.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

tapf



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

Protocolado n. 27.758/18

Assunto: Análise da constitucionalidade de lei do Município de Mombuca

1. Distribua-se a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade das expressões “Coordenador de Setor de Projetos”, “Coordenador de TI”, “Coordenador de Imprensa e Comunicação”, “Comunicação do Setor de Enfermagem”, “Coordenador de Desenvolvimento e Assistência Social”, “Diretor Jurídico”, “Diretor de Saúde” e “Diretor de Serviços Públicos”;
2. Oficie-se ao interessado, informando-lhe a propositura da ação, com cópia da petição inicial.

São Paulo, 28 de agosto de 2018.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

tapf