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

**Protocolado nº** 29.179/2018

**CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. ARTIGO 6º E ANEXO I, DA LEI ORDINÁRIA Nº 5.247, DE 28 DE MARÇO DE 2008, DO MUNICÍPIO DE ITAPETININGA, QUE "DISPÕE SOBRE A CRIAÇÃO, COMPETÊNCIA E ORGANIZAÇÃO DA GUARDA MUNICIPAL DE ITAPETININGA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". FALTA DE DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO.** O núcleo das competências, dos poderes, dos deveres, dos direitos, do modo da investidura e das condições do exercício das atividades do cargo público deve estar descrito na lei. Violação de dispositivos da Constituição Estadual (arts. 111, 115, II e V, e art. 144).

O **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 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo), em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º e art. 129, inciso IV, da Constituição Federal, e ainda art. 74, inciso VI e art. 90, inciso III, da Constituição do Estado de

São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado (PGJ nº 29.179/2018), vem, respeitosamente, perante esse Egrégio Tribunal de Justiça, promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face do artigo 6º e do Anexo I, da Lei Ordinária nº5.247, de 28 de março de 2008, do Município de Itapetininga, pelos seguintes fundamentos:

## I - DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO

A Lei Ordinária nº 5.247, de 28 de março de 2008, do Município de Itapetininga, fruto de iniciativa do Poder Executivo daquela localidade, que "Dispõe sobre a criação, competência e organização da Guarda Municipal de Itapetininga e dá outras providências", assim estabelece (fls. 57/67):

> "(...) Art. 6º – Para compor o efetivo da Guarda Municipal de Itapetininga ficam criados na Parte Permanente I – **Cargos em Comissão, do Quadro Geral de Pessoal, instituído pela Lei nº4.497, de 31 de janeiro de 2001, os cargos, em número, denominação, referência de vencimentos e requisitos de nomeação e competências, constantes do Anexo I, que é parte integrante desta lei.**
>
> Parágrafo Único. Nos dois primeiros anos de criação da Guarda Municipal de Itapetininga os cargos de Inspetor Chefe da Guarda Municipal de Itapetininga, poderão ser ocupados por Guardas Municipais, com tempo inferior ao previsto no anexo I.
>
> (...)
>
> **ANEXO I**

**CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO**

Qtde: 01

Cargo: Comandante da Guarda Municipal de Itapetininga

Referência: VI

Requisito de nomeação: Portador de Diploma de Ensino Superior, com experiência comprovada na área.

Qtde: 01

Cargo: Sub-Comandante da Guarda Municipal de Itapetininga

Referência: V

Requisito de nomeação: Portador de Diploma de Ensino Superior, com experiência comprovada na área.

Qtde: 01

Cargo: Diretor de Departamento de Proteção Comunitária

Referência: V

Requisito de nomeação: Portador de Diploma de Ensino Superior, com experiência comprovada na área.

Qtde: 01

Cargo: Diretor de Departamento de Fiscalização de Trânsito

Referência: V

Requisito de nomeação: Portador de Diploma de Ensino Superior, com experiência comprovada na área.

Qtde: 01

Cargo: Diretor de Departamento de Logística

Referência: V

Requisito de nomeação: Portador de Diploma de Ensino Superior, com experiência comprovada na área.

Qtde: 01

Cargo: Corregedor da Guarda Municipal de Itapetininga

Referência: V

Requisito de nomeação: Portador de Diploma de Ensino Superior, com experiência comprovada na área.

Qtde: 05

Cargo: Assessor de Segurança e Defesa Social

Referência: IV

Requisito de nomeação: Portador de Diploma de Ensino Superior, com experiência na área.

Qtde: 01

Cargo: Chefe do Setor de Apoio Psicossocial

Referência: III

Requisito de nomeação: Portador de Diploma de Psicologia, com inscrição no Conselho Regional de Psicologia (CRP)

Qtde: 01

Cargo: Chefe do Setor de Ensino e Formação

Referência: III

Requisito de nomeação: Portador de Diploma de Ensino Superior, com experiência na área formação.

Qtde: 01

Cargo: Chefe do Setor de Administrativo e Financeiro

Referência: III

Requisito de nomeação: de Ensino Superior, com experiência na área.

Qtde: 03

Cargo: Inspetor Chefe da Guarda Municipal de Itapetininga

> Referência: III
>
> Requisito de nomeação: Pertencer ao Quadro da Guarda Municipal de Itapetininga a pelo menos dois anos."
>
> (sic)

**II – O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE**

O artigo 6° e Anexo I da Lei Ordinária n° 5.247, de 28 de março de 2008, do Município de Itapetininga, contrariam frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1°, 18, 29 e 31 da Constituição Federal.

Os preceitos da Constituição Federal e da Constituição do Estado são aplicáveis aos Municípios por força do art. 29 daquela e do art. 144 desta.

O dispositivo contestado é incompatível com os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

> "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:
>
> (...)
>
> 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 comissões, 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."

**III – FALTA DE DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS EM COMISSÃO CONSTANTES DO ANEXO I DA LEI 5.247/08**

Os cargos em comissão acima relacionados foram criados pelo artigo 6° e estão relacionados no Anexo I, da Lei Municipal n°5.247/2008, a saber: Comandante da Guarda Municipal de Itapetininga, Subcomandante da Guarda Municipal de Itapetininga, Diretor de Departamento de Proteção Comunitária, Diretor de Departamento de Fiscalização de Trânsito, Diretor de Departamento de Logística, Corregedor da Guarda Municipal de Itapetininga, Assessor de Segurança e Defesa Social, Chefe do Setor de Apoio Psicossocial, Chefe do Setor de Ensino e Formação, Chefe do Setor de Administrativo e Financeiro e de Inspetor Chefe da Guarda Municipal de Itapetininga.

Ao criar cargos em comissão no quadro de pessoal da Guarda Municipal de Itapetininga, a Lei Ordinária n° 5.247, de 28 de março de 2008, **deixou, no entanto, de descrever as respectivas atribuições.**

Tal omissão vulnera o art. 111 e o art. 115, incisos II e V, da Constituição Estadual, cuja aplicabilidade à hipótese decorre do art. 144 da Carta Estadual.

Com efeito, o princípio da legalidade impõe lei em sentido formal para disciplina das atribuições de qualquer função pública *lato sensu* (cargo ou emprego público). Embora distintos seus regimes jurídicos, cargo e emprego significam o lugar e o conjunto de atribuições e responsabilidades determinadas na estrutura organizacional, com denominação própria, criado por lei, sujeito à remuneração e à subordinação hierárquica, provido por uma pessoa, na forma da lei, para o exercício de uma específica função permanente conferida a um servidor.

Ponto elementar relacionado à criação de cargos ou empregos públicos é a necessidade de a lei específica – no sentido de reserva legal

ou de lei em sentido formal, ou, ainda, de princípio da legalidade absoluta ou restrita, como ato normativo produzido no Poder Legislativo mediante o competente e respectivo processo - descrever as correlatas atribuições.

A criação do cargo público impõe a fixação de suas atribuições porque todo cargo pressupõe função previamente definida em lei (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 2006, p. 507; Odete Medauar. Direito Administrativo Moderno, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 287; Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 581).

Neste sentido, é ponto luminoso na criação de cargos ou empregos públicos a necessidade de que lei específica descreva as correlatas atribuições, consoante expõe lúcida doutrina:

> "(...) somente a lei pode criar esse conjunto inter-relacionado de competências, direitos e deveres que é o cargo público. Essa é a regra geral consagrada no art. 48, X, da Constituição, que comporta uma ressalva à hipótese do art. 84, VI, b. Esse dispositivo permite ao Chefe do Executivo promover a extinção de cargo público, por meio de ato administrativo. A criação e a disciplina do cargo público faz-se necessariamente por lei no sentido de que a lei deverá contemplar a disciplina essencial e indispensável. Isso significa estabelecer o núcleo das competências, dos poderes, dos deveres, dos direitos, do modo da investidura e das condições do exercício das atividades. Portanto, não basta uma lei estabelecer, de modo simplista, que 'fica criado o cargo de servidor público'. Exige-se que a lei

> promova a discriminação das competências e a inserção dessa posição jurídica no âmbito da organização administrativa, determinando as regras que dão identidade e diferenciam a referida posição jurídica" (Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 581).

Somente a partir da descrição precisa das atribuições do cargo público será possível, a bem do funcionamento administrativo e dos direitos dos administrados, averiguar-se a completa licitude do exercício de suas funções pelo agente público. Trata-se de exigência relativa à competência do agente público para a prática de atos em nome da Administração Pública e, em especial, aqueles que tangenciam os direitos dos administrados, e que se espraia à aferição da legitimidade da forma de investidura no cargo público que deve ser guiada pela legalidade, moralidade, pela impessoalidade e pela razoabilidade.

A legalidade estrita interdita a descrição das atribuições pelo Chefe do Poder Executivo. A possibilidade de regulamento autônomo para disciplina da organização administrativa não significa a outorga de competência para o Chefe do Poder Executivo fixar atribuições de cargo público e dispor sobre seus requisitos de habilitação e forma de provimento. Essa hipótese cede à vista do art. 61, § 1°, II, a, da Constituição Federal, e do art. 24, § 2°, 1, da Constituição Estadual que, em coro, exigem lei em sentido formal. Regulamento administrativo (ou de organização) contém normas sobre a organização administrativa, isto é, a disciplina do modo de prestação do serviço e das relações intercorrentes entre órgãos, entidades e agentes, e de seu funcionamento, sendo-lhe vedado criar cargos públicos, somente extingui-los desde que vagos (arts. 48, X, 61, § 1°, II, a, 84, VI, b, Constituição Federal; art. 47, XIX, a,

Constituição Estadual) ou para os fins de contenção de despesas (art. 169, § 4°, Constituição Federal).

Com maior razão a exigência de reserva legal em se tratando de cargos ou empregos de provimento em comissão, posto que serve para a mensuração da perfeita subsunção da hipótese normativa concreta ao comando constitucional excepcional que restringe o comissionamento às funções de assessoramento, chefia e direção.

Sobre o tema esse Colendo Órgão Especial já se pronunciou, conforme se verifica na seguinte ementa:

> "Ação direta de inconstitucionalidade – LCM n. 113/07 do Município de Peruíbe que alterando o quadro geral dos servidores municipais de que trata o art. 210 da Lei n° 1.330/90 e suas modificações posteriores criou os cargos de provimento em comissão de assessor de setor, chefe de setor, assessor de serviço, chefe de serviço, assessor de comunicação, coordenador geral, diretor de divisão, diretor de trânsito, assessor de departamento, diretor musical, diretor de departamento e procurador geral, constantes de seu anexo II, sem, todavia, lhes descrever as atribuições. Violação do princípio da reserva legal." (ADIN Rel. Des. Alves Bevilacqua, j. 22.08.2012)

Assim, é impositiva a declaração da inconstitucionalidade do artigo 6° e do Anexo I da Lei Ordinária n° 5.247, de 28 de março de 2008, do Município de Itapetininga, que dispõem a respeito da criação de cargos de provimento em comissão.

**IV – PEDIDO**

Diante do exposto, requer-se o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos cargos em comissão previstos no artigo 6° e no Anexo I da Lei Ordinária n° 5.247, de 28 de março de 2008, do Município de Itapetininga.

Requer-se, ainda, sejam requisitadas informações ao Prefeito e à Câmara Municipal de Itapetininga, bem como posteriormente 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, 29 de agosto de 2018.

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

grcp/plsg

**Protocolado** nº 29.179/2018
**Objeto**: Análise da constitucionalidade da Lei 5.247, de 28 de março de 2008, do município de Itapetininga.

1. Trata-se de expediente instaurado por esta Procuradoria Geral de Justiça, após desmembramento do Protocolado nº 76.149/17, este com representação anônima, para exame de constitucionalidade da Lei nº 5.247, de 28 de março de 2008, do Município de Itapetininga.

2. Promova-se a distribuição de ação direta de inconstitucionalidade, instruída com o protocolado incluso, em face dos cargos de provimento em comissão previstos no artigo 6º e Anexo I da Lei Ordinária nº 5.247, de 28 de março de 2008, do Município de Itapetininga.

São Paulo, 29 de agosto de 2018.

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

grcp/plsg