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

Protocolado n. 34.416/18

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 4.466, DE 21 DE SETEMBRO DE 2017, DO MUNICÍPIO DE ITUVERAVA. SERVIDOR PÚBLICO. CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO E EM COMISSÃO. CESSÃO DE SERVIDORES A ENTIDADE PRIVADA, COM ÔNUS À ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL. AUTORIZAÇÃO DESVINCULADA DO ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO E ÀS EXIGÊNCIAS DO SERVIÇO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, MORALIDADE, RAZOABILIDADE, FINALIDADE E INTERESSE PÚBLICO.

1. A cessão de servidores públicos à entidade privada, com ônus à Administração, de forma específica e sem a observância de rígidos critérios de controle, viola os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público.

2. A cessão de servidores comissionados à entidade privada, alheia à Administração Pública, quebra sua relação de confiança com a autoridade nomeante, descaracteriza o exercício de atribuições de chefia,

> assessoramento e direção e quebra a relação lógica e direta com o plexo de funções elementares ao cargo.
>
> **3.** Violação dos arts. 111 e 144 da Constituição Estadual.

O **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, 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 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** em face da **Lei nº 4.466, de 21 de setembro de 2017**, do Município de Ituverava, pelos fundamentos a seguir expostos:

I – O ATO NORMATIVO IMPUGNADO

A Lei nº 4.466, de 21 de setembro de 2017, do Município de Ituverava, que "*Autoriza o Município de Ituverava ceder funcionários ao **Abrigo de Idosos 'Comendador Takayuki Maeda' de Ituverava***", prevê, no que interessa:

> **Art. 1º** - Fica o Município de Ituverava autorizado a ceder, à título gratuito, funcionários efetivos ou comissionados ao **Abrigo de Idosos "Comendador Takayuki Maeda"** de Ituverava, para auxiliar nos serviços prestados pela referida entidade.

> **Art. 2º** - A referida cessão será objeto de Termo de Cooperação celebrado entre as partes.
>
> **Art. 3º** - Os funcionários cedidos receberão da Administração Municipal igualdade de tratamento como se exercessem suas funções em qualquer outro setor da administração municipal, sem qualquer prejuízo de vencimentos e vantagens.
>
> (...).

II – O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

O dispositivo impugnado contraria frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, a que se subordina a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1º, 18, 29 e 31, da Constituição Federal.

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

> "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".

As regras jurídicas contestadas são incompatíveis com o seguinte preceito 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.

III – A OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO

A cessão gratuita de servidores públicos a entidades privadas, em regra, contraria não só o texto, mas também os princípios constitucionais invocados, razão pela qual somente pode ser admitida excepcionalmente, com observância de requisitos previamente estabelecidos e submissão a rígidos critérios de controle.

No caso particular em exame, a cessão de servidores a entidade determinada, em detrimento das demais, contraria frontalmente os princípios da legalidade e da impessoalidade.

Ainda que a entidade beneficiada pela lei ora em discussão ostente aparente natureza social, a supremacia do interesse público sobre o particular impede que o Estado contrate e custeie servidores, e depois os transfira para prestação de serviços em instituição privada que, em princípio e salvo indicação em contrário, tem fins lucrativos.

É frequente a atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público e no combate à improbidade administrativa no que toca a ilícitos referentes ao quadro de pessoal da Administração Pública, não obstante o regramento conferido há quase trinta anos pela Constituição da República.

Dentre as ilicitudes comumente verificadas, em especial no âmbito da Administração Municipal, está a cessão indevida de agentes públicos entre diferentes órgãos, para satisfazer meros interesses pessoais dos servidores cedidos, e não propriamente para atender ao interesse público que deveria nortear a prática de todo e qualquer ato administrativo.

Ainda mais quando, como no caso dos autos, a cessão é direcionada a entidade privada, por sinal nominada e específica. E mais ainda, quando envolve não apenas servidores efetivos, mas também comissionados.

Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, a lei impugnada é flagrantemente inconstitucional.

De fato, como se sabe, a cessão é ato administrativo que permite o afastamento temporário do servidor, titular de cargo ou emprego público, para o exercício de atividades em órgão ou entidade (inclusive privada) distinta da origem. E, como tal, submete-se aos princípios norteadores da Administração Pública, dentre eles o da legalidade, um dos alicerces do Estado Democrático de Direito (art. 37 da Constituição), que impõe aos agentes públicos e a todos que se relacionam com a Administração inteira submissão às leis e às suas determinações.

Nos termos da consagrada lição de HELY LOPES MEIRELLES sobre princípio da legalidade, "o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito".

Prossegue: "Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 33ª edição, Malheiros Editores, pp. 87/88).

A lei é a razão e a finalidade do administrador público, que dela não pode se afastar sob nenhum pretexto, assim como os particulares que mantiverem relações jurídicas com a Administração Pública.

Desta forma, qualquer ato de cessão de agentes públicos deve encontrar prévio respaldo normativo para que possa ser efetivado.

Neste passo, não há norma geral disciplinando critérios ou parâmetros para a cessão de pessoas pela Administração Pública, de forma que as diretrizes para sua execução devem ser obtidas a partir do tratamento conferido pela Constituição à Administração, especialmente pelo art. 37 e pelos princípios que norteiam o Direto Administrativo, sem prejuízo da regulamentação específica, em sede legislativa e administrativa, pelos órgãos interessados na sua aplicação.

Registre-se, ainda, que a cessão de servidor altera o requisito de acessibilidade de cargo ou emprego público, seu órgão de origem, local de lotação e desempenho de atribuições, de modo a exigir observância à regra do art. 37, inc. I, da Constituição: "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei".

Não se pode usar tal disciplina para, sem a justificativa devida e o cumprimento de rígidos requisitos, simplesmente contratar um servidor e cedê-lo graciosamente à iniciativa privada.

Tal situação implica em ofensa a outro importante princípio constitucional da administração, qual seja, a supremacia do interesse público sobre o particular, o que deve, necessariamente, ser materializado não só no ato em si, mas também na própria autorização legislativa da cessão do servidor a entidade privada.

Diz Diógenes Gasparini, segundo o princípio da indisponibilidade, que não se acham "os bens, direitos, interesses e serviços públicos à livre disposição dos órgãos públicos, a quem apenas cabe curá-los, ou do agente público, gestor da coisa pública".

"Aqueles e este não são seus senhores ou seus donos, cabendo-lhes por isso tão-só o dever de guardá-los e aprimorá-los para a finalidade a que estão vinculados. O detentor dessa disponibilidade é o Estado. Por essa razão, há necessidade de lei para alienar bens, para outorgar concessão de serviço público, para transigir, para renunciar, para confessar, para relevar a prescrição e para tantas outras atividades a cargos dos órgãos e agentes da Administração Pública" (*Direito Administrativo*, Editora Saraiva, 6ª edição, pp. 16/17).

Mais uma vez inevitável a conclusão de que a cessão não poderá ocorrer se não for possível a aferição de vantagem à Administração, ou, menos ainda, quando houver prejuízo ao órgão público cedente.

Por fim, e não menos importante, ao menos no que tange à questão principiológica, a cessão deve envolver apenas agentes ocupantes de cargos ou empregos de provimento efetivo na origem, ou seja, servidores que ingressaram nos quadros da Administração Pública por concurso, não sendo extensível aos ocupantes de cargos comissionados.

Com efeito, há manifesta incompatibilidade entre a natureza e as atribuições dos cargos ou empregos públicos de provimento efetivo em relação aos comissionados e às funções públicas temporárias. A cessão destes últimos caracteriza desvio funcional no exercício das atividades laborais e viola a regra do concurso público como forma de acesso ao quadro de pessoal da Administração Pública.

Como é cediço, os cargos comissionados são exceção à exigência constitucional de contratação mediante concurso, e se resumem às funções de direção, chefia e assessoramento. Não é de sua natureza a prestação continuada de serviços técnicos e os de natureza executiva permanente.

Em relação a eles é essencial a demissibilidade "ad nutum", que representa a provisoriedade da função, além da especial relação de confiança que se estabelece entre nomeante e nomeado.

Em outras palavras, a justificativa lógica e jurídica para a instituição dos cargos comissionados é a necessidade do órgão contratante, e não a de outros órgãos. Por óbvio, muito menos de entidades privadas.

Especificamente em relação à normatividade da cessão de servidores a entidades privadas, no âmbito federal, é possível encontrar disciplina na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, em especial em seu art. 14:

> "É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem".

Ocorre, todavia, que, como dito, a cessão legalmente prevista se dá em favor de organização social devidamente reconhecida após a análise do preenchimento dos requisitos legais de qualificação, dentre os quais a natureza social de seus objetivos e a finalidade não-lucrativa.

Além disso, nos termos do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF, relatada pelo eminente Ministro Ayres Brito, com voto condutor proferido pelo Ministro Luiz Fux, todo o procedimento relacionado às organizações sociais, inclusive o controle a ser realizado pelo Ministério Público e pelo Tribunal

de Contas, "deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública (caput do artigo 37)".

No caso em análise, não há previsão de requisitos e de nenhum tipo de controle da cessão dos servidores, nem tampouco justificativa pública para a oneração do Estado em favor único do particular.

Diante de tal quadro, a lei questionada não pode subsistir.

Ainda que não bastasse, é necessário que toda norma passe pelo denominado "teste" de razoabilidade, ou seja, que ela seja: (a) necessária (a partir da perspectiva dos anseios da Administração Pública); (b) adequada (considerando os fins públicos que com a norma se pretende alcançar); e (c) proporcional em sentido estrito (que as restrições, imposições ou ônus dela decorrentes não sejam excessivos ou incompatíveis com os resultados a alcançar).

A cessão impugnada não passa por nenhum dos critérios do teste de razoabilidade: (a) não atende a nenhuma necessidade da Administração Pública, vindo em benefício exclusivamente da conveniência da entidade privada beneficiada pela cessão dos servidores; (b) é, por consequência, inadequada na perspectiva do interesse público; (c) é desproporcional em sentido estrito, pois cria ônus financeiros que naturalmente se mostram excessivos e inadmissíveis, tendo em vista que não acarretarão benefício algum para a Administração Pública.

Posto isso, resta patente a inconstitucionalidade da **Lei nº 4.466, de 21 de setembro de 2017**, do Município de Ituverava.

IV – O PEDIDO

Face ao exposto, requer-se o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da **Lei nº 4.466, de 21 de setembro de 2017**, do Município de Ituverava.

Requer-se sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Ituverava, bem como citado o Procurador-Geral do Estado para se manifestar sobre o ato normativo impugnado, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 12 de setembro de 2018.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

pcnd

Protocolado n. 34.416/18

Assunto: Representação visando à arguição de inconstitucionalidade da **Lei nº 4.466, de 21 de setembro de 2017,** do Município de Ituverava.

1. Distribua-se a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade da **Lei nº 4.466, de 21 de setembro de 2017,** do Município de Ituverava junto ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

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

São Paulo, 12 de setembro de 2018.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

pcnd