



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 22.719/2018

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. PROVIMENTO EM COMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DAS EXPRESSÕES “DIRETOR MUNICIPAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS” E “DIRETOR MUNICIPAL DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS” CONSTANTES DO ANEXO III DA LEI Nº 2.475, DE 1º DE JULHO DE 2011, BEM COMO DOS ARTS. 3º, 4º, 5º E 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 42, DE 20 DE MARÇO DE 2018, DO MUNICÍPIO DE MONGAGUÁ. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO LEGAL DAS ATRIBUIÇÕES DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE “DIRETOR MUNICIPAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS”, “DIRETOR MUNICIPAL DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS”, “COORDENADOR DE EXECUÇÃO FISCAL”, “COORDENADOR DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E DE LICITAÇÕES” E “COORDENADOR CONSULTIVO ADMINISTRATIVO”. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF (TEMA Nº 1010). EXIGIBILIDADE DE PROVIMENTO EFETIVO PARA POSTOS INERENTES À ADVOCACIA PÚBLICA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 111, 115, II E V, 98 A 100 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

1. Ausência de descrição legal das atribuições dos cargos em comissão criados. O núcleo das competências, dos poderes, dos deveres, dos direitos, do modo de investidura e das condições do exercício das atividades



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

do cargo público deve estar descrito na lei. Violação do princípio da reserva legal.

2. Produção normativa que desafia a Tese desenvolvida no Tema de Repercussão Geral nº 1010 (Leading Case RE 1041210): a) a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e **d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.**

3. As atividades de advocacia pública, inclusive a assessoria e a consultoria, e suas respectivas chefias, são reservadas a profissionais também recrutados pelo sistema de mérito.

4. Constituição Estadual: arts. 98 a 100, 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 nº 734, de 26 de novembro de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo), em conformidade com o



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

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 das expressões “Diretor Municipal de Assuntos Jurídicos” e “Diretor Municipal de Assuntos Legislativos” constantes do Anexo III da Lei nº 2.475, de 1º de julho de 2011, e dos arts. 3º, 4º, 5º e 6º da Lei Complementar nº 42, de 20 de março de 2018, do Município de Mongaguá, pelos fundamentos a seguir expostos:

I – OS DISPOSITIVOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

A Lei Complementar nº 2.475, de 1º de julho de 2011, do Município de Mongaguá, que “define novos valores das referências de remuneração para os cargos de servidores públicos municipais que integram o Quadro Funcional da Prefeitura da Estância Balneária de Mongaguá, consolida a Estrutura Básica de que dispõe a Lei Municipal nº 2.038, de 7 de Maio de 2003 e suas posteriores alterações, e dá outras providências”, em seu art. 3º, assim dispôs (fls. 11/48):

Art. 3º - A Estrutura Básica, bem como o Quadro de Pessoal da Prefeitura da Estância Balneária de Mongaguá abrange as Diretorias, Departamentos e cargos oriundos da Lei Municipal 2.038, de 7 de maio de 2003, da Lei Municipal 2.248, de 30 de outubro de 2007 e suas posteriores alterações, unificadas nos termos desta Lei, passando a observar assim as respectivas denominações, lotações e referências de numeração constantes dos Anexos I, III, IV, V e VI da presente lei.



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

O Anexo III do referido ato normativo, responsável por tratar dos “*Cargos Isolados em Comissão, de Livre Provimento e Exoneração*”, previu os cargos de “**Diretor Municipal de Assuntos Jurídicos**” e o de “**Diretor Municipal de Assuntos Legislativos**” (fl. 33).

Posteriormente, foi editada no ordenamento jurídico local a **Lei Complementar nº 42, de 20 de março de 2018**, do Município de Mongaguá, que “*dispõe sobre o Departamento Municipal de Assuntos Jurídicos, cria estrutura funcional no art. 3º, inciso III, Anexo I, alínea ‘b’ e altera anexo III na Lei Municipal nº 2475, de 01 de julho de 2011, e dá outras providências*”, estabelecendo, no que interessa (fls. 94/95):

Art. 1º - Fica criado no Quadro de Pessoal da Prefeitura da Estância Balneária de Mongaguá, disposto na Lei Municipal nº 2.475, de 1º de julho de 2011, o Departamento Municipal de Assuntos Jurídicos.

(...)

Art. 3º - Fica criado junto ao quadro de pessoal da Prefeitura da Estância Balneária de Mongaguá, o cargo de **Diretor Municipal de Assuntos Jurídicos**, com a referência 62, constante do anexo III da Lei nº 2475, de 01 de julho de 2011.

Art. 4 – Ficam criados, passando a integrar o Quadro de Pessoal da Prefeitura da Estância Balneária de Mongaguá constante do anexo III, nos termos da Lei Municipal nº 2.475, de 01 de julho de 2011, os cargos de **Coordenador de Execução Fiscal, Coordenador de Contratos Administrativos e Licitações, e Coordenador Consultivo**



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

Administrativo, com as seguintes denominações, referências de numeração e lotação numérica:

Cargo	Referência	Lotação
Coordenador de Execução Fiscal	61	01
Coordenador de Contratos Administrativos e de Licitações	61	01
Coordenador Consultivo Administrativo	61	01

Art. 5º - Os cargos de **Coordenador de Execução Fiscal, Coordenador de Contratos Administrativos, Coordenador Consultivo Administrativo, Diretor Municipal de Assuntos Jurídicos e Diretor Municipal de Assuntos Legislativos**, previstos no anexo I e III da Lei Municipal nº 2.475, de 1º de julho de 2011, serão ocupados necessariamente por servidores devidamente inscritos na OAB/SP, com comprovada experiência mínima de 05 (cinco) anos na advocacia, estando ativos no procuratório municipal assim integrando a partilha igualitária da verba honorária de sucumbência que trata o art. 5º, inciso X da Lei Complementar nº 17/2011.

Art. 6º - Os cargos descritos no artigo 2º terão suas atribuições definidas por meio de decreto municipal.

Art. 7º - Permanecem inalteradas as demais disposições contidas na Lei Municipal nº 2.475, de 1º de julho de 2011.



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

(...). (grifos acrescentados)

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 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.

A incompatibilidade da norma atacada se visualiza a partir de seu cotejo com os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

Artigo 24 – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governado do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

(...)

§ 2º - Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:



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

1) Criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração.

(...)

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 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.

(...)

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



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

- 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;
- VI - promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa estadual;
- VII - propor ação civil pública representando o Estado;
- 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



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

Estado e à Corregedoria Geral do Estado, na forma da respectiva Lei Orgânica.

Parágrafo único - O Procurador Geral do Estado será nomeado pelo Governador, em comissão, entre os Procuradores que integram a carreira e terá tratamento, prerrogativas e representação de Secretário de Estado, devendo apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e de sua exoneração.

(...)

Art. 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.

(...)

Art. 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 comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração



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;

A) AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO LEGAL DAS ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO

Os cargos de provimento em comissão de **“Diretor Municipal de Assuntos Jurídicos”** e de **“Diretor Municipal de Assuntos Legislativos”**, previstos no Anexo III da Lei nº 2.475/2011 e nos arts. 3º e 5º da Lei Complementar nº 42/2018, de Mongaguá, e os cargos de **“Coordenador de Execução Fiscal”**, **“Coordenador de Contratos Administrativos e de Licitações”** e **“Coordenador Consultivo Administrativo”**, constantes dos arts. 4º e 5º da Lei Complementar nº 42/2018, de Mongaguá, **não possuem descrição das respectivas atividades e atribuições em lei.**

Inicialmente, cumpre aclarar que é inconstitucional a criação de cargos de provimento em comissão cujas atribuições sejam de natureza burocrática, ordinária, técnica, operacional e profissional, que não revelam plexos de assessoramento, chefia e direção, e que devem ser desempenhadas por servidores investidos em cargos de provimento efetivo mediante aprovação em concurso público.

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,



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

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.

Não é lícito à lei declarar a liberdade de provimento de qualquer cargo público, mas somente daqueles que demandem relação de confiança.

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 se coadunam com a criação de cargos desse jaez – cuja qualificação é **matéria da reserva legal absoluta** – atribuições profissionais, operacionais, burocráticas, técnicas, administrativas, rotineiras.

Destarte, é **absolutamente imprescindível que a lei descreva as efetivas atribuições dos cargos** de provimento em comissão, para se aquilatar se realmente se amoldam às funções de assessoramento, chefia e direção.

Ademais, referida exigência se amolda ao próprio **princípio da legalidade, o qual se desdobra na reserva legal**, a exigir lei em sentido formal para criação e disciplina de cargos públicos, como adverte a doutrina, *verbis*:



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

“(…) 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).

Com efeito, **o princípio da legalidade** impõe lei em sentido formal para criação e disciplina de cargo público, compreendido este como o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um servidor, criado por lei, em número certo, com denominação própria, sujeito à remuneração e à subordinação hierárquica, para o exercício de uma função pública específica (cf. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012- p. 298).



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

Desse modo, ponto elementar relacionado à criação de cargos públicos é a exigência de que lei específica – no sentido de reserva legal ou de lei em sentido formal, como ato normativo produzido pelo Poder Legislativo, mediante o competente e respectivo processo – descreva as correlatas atribuições.

Somente a partir da descrição precisa das atribuições do cargo público será possível, a bem do funcionamento administrativo e dos direitos dos administrativos, averiguar-se a completa licitude do exercício das funções públicas 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, daqueles que tangenciam os direitos dos administrados, e que, ainda, permite a aferição da legitimidade da forma de investidura no cargo público, a qual deve ser guiada pela legalidade, moralidade, impessoalidade e razoabilidade.

Nesse sentido, esse colendo Órgão Especial:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei nº 4.742, de 25 de fevereiro de 2008, do Município de Caçapava, que ‘dispõe sobre a criação de empregos públicos permanentes, e dá outras providências’ – Lei impugnada que criou os ‘empregos públicos permanentes’ de Procurador Municipal, Almoхарife e Auxiliar de Almoхарife - Ausência de descrição das respectivas - atribuições Violação do princípio da reserva legal - Ofensa aos arts. 111, 115, I, II e V, e 144 da Constituição Estadual - Procedência da ação, com modulação, de modo que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade se farão



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

produzir ao cabo de cento e vinte (120) dias contados da data deste julgamento.

Ação julgada procedente, com modulação. (TJ/SP, ADI 2142150-77.2017.8.26.0000, Des. Rel. João Carlos Saletti, j. em 04/04/2018, v.u.)”

“Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 3.705, de 8 de novembro de 2004, do Município de Barretos, que 'reestrutura o Instituto de Previdência do Município de Barretos – IPMB e dá outras providências' – Nulidade do art. 4º, incisos III e IV, do art. 11 e das expressões 'Diretor de Benefícios' e 'Assessor Jurídico' constantes no Anexo I.

Criação de cargos de provimento em comissão 'Diretor de Benefícios' Funções burocráticas, técnicas ou profissionais de caráter permanente Necessidade de concurso público - Contrariedade aos arts. 111, 115, I, II e V; 144, da CE/89.

Inexistência da descrição das atribuições do cargo de 'Assessor Jurídico' - Impossibilidade de se aferir se há a especial relação de confiança ou se as funções são burocráticas ou técnicas de caráter permanente - Contrariedade aos arts. 111, 115, I, II e V, 144, da CE/89.

Advocacia Pública - Imprescindibilidade de concurso público - Atividade reservada a profissionais investidos em cargos públicos - Princípio da simetria - Violação aos arts. 98, 99 e 100 da CE/89. Inconstitucionalidade configurada - Ação procedente, com modulação.”



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

(TJ/SP, ADI 2160141-66.2017.8.26.0000, Des. Rel.
Carlos Bueno, j. em 07/03/2018, v.u.)

E, nem se alegue – como estabelece o art. 6º da Lei Complementar nº 42/2018 de Mongaguá -, que ao Chefe do Poder Executivo remanesceria competência para descrição das atribuições dos cargos públicos, sob pena de convalidar a invasão de matéria sujeita exclusivamente à reserva legal.

Isso porque, “a nossa ordem constitucional não se compadece com as autorizações legislativas puras ou incondicionadas, de nítido e inconfundível conteúdo renunciativo. Tais medidas representam inequívoca deserção do compromisso de deliberar politicamente, configurando manifesta fraude ao princípio da reserva legal e à vedação à delegação de poderes.” (cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009-pp. 960).

Ademais, a possibilidade de regulamento autônomo, para disciplina da organização e funcionamento da administração (art. 47, XIX, a, da Constituição Paulista), não se confunde com a delegação de competência para o Chefe do Poder Executivo fixar atribuições de cargo público, sob pena de violação **ao art. 24, § 2º, 1, da Carta Paulista, que exige, para tanto, lei em sentido formal.**

Com efeito, o regulamento autônomo (ou de organização) deve conter normas sobre a organização administrativa, isto é, sobre 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 – podendo, tão-somente, extingui-los, quando vagos (arts. 48, X, 61, § 1º, II, a, 84, VI, b, Constituição Federal; art. 47, XIX, a,



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

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

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, o “decreto autônomo” previsto no art. 84, VI, a, da Constituição, representa:

“(…) mera competência para um arranjo intestino dos órgãos e competências já criadas por lei’, como a transferência de departamentos e divisões, por exemplo (Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2006, 21ª ed., pp. 324-325).

Outrossim, aplicável ao caso o entendimento do **Tema de Repercussão Geral nº 1.010 do Supremo Tribunal Federal (RE nº 1041210/SP – Relatora Min. Carmem Lúcia)** na qual foi fixada a seguinte tese, em 28 de setembro de 2018:

“a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;

b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;

c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e



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

d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.” (STF, RE 1041210-SP, Rel. Min. Carmem Lúcia, 28-09-2018). (grifos acrescentados)

Dessa forma, os cargos de provimento em comissão de **“Diretor Municipal de Assuntos Jurídicos”** e de **“Diretor Municipal de Assuntos Legislativos”**, previstos no Anexo III da Lei nº 2.475/2011 e nos arts. 3º e 5º da Lei Complementar nº 42/2018, de Mongaguá, os cargos de **“Coordenador de Execução Fiscal”**, **“Coordenador de Contratos Administrativos e de Licitações”** e **“Coordenador Consultivo Administrativo”**, constantes dos arts. 4º e 5º da Lei Complementar nº 42/2018, de Mongaguá, bem como o art. 6º da Lei Complementar nº 42/2018, daquela localidade, que permite o estabelecimento das atribuições dos postos instituídos por decreto, não se adequam ao regime constitucional regente da edição de cargos de provimento em comissão, sendo de rigor a declaração de inconstitucionalidade das referidas normas.

B) IMPOSSIBILIDADE DE PROVIMENTO COMISSIONADO PARA CARGOS DA ADVOCACIA PÚBLICA.

No mais, além de os cargos de provimento comissionado impugnados não contarem com a descrição de suas atribuições em lei, **as atividades inerentes à advocacia pública** - inclusive a assessoria e a consultoria de corporações legislativas, e suas respectivas chefias -, **devem ser 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 DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTS. 35 E 36 E ANEXO III DA LEI 1.751/91 E ART. 3º DA LEI 1.982/95, AMBAS DO MUNICÍPIO DE ELIAS FAUSTO – INADMISSIBILIDADE DE PREVISÃO DE EMPREGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO SEM DESCRIÇÃO DAS RESPECTIVAS ATRIBUIÇÕES – CARGO DE “CONSULTOR JURÍDICO” QUE DEVE SER PROVIDO NA FORMA DE SISTEMA DE MÉRITO, POR SE TRATAR DE ADVOCACIA PÚBLICA – PREVISÃO DE GRATIFICAÇÃO DE ATÉ 100% DE ACRÉSCIMO SALARIAL QUE CONFIGURA AUMENTO INDIRETO E DISSIMULADO DE REMUNERAÇÃO – VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, 98, 99, 100, 115, 128 E 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE PELO MÉRITO COM MODULAÇÃO DE EFEITOS”. (TJSP, II 2145442-41.2015.8.26.0000,



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

Órgão Especial, Rel. João Negrini Filho, julgado em 27 de janeiro de 2016, v.u.)

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 2163849-95.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Luiz Antonio de Godoy, julgado em 09 de dezembro de 2015, v.u.)

“Ação direta de inconstitucionalidade. Cargo de Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Novo Horizonte. Cargo em comissão. Hipótese de que não configura função de chefia, assessoramento e direção. Função técnica. **Atividade de advocacia pública. Inobservância aos arts. 98 a 100, 111, 115, incisos I, II e V, e 144, todos da Constituição Estadual. Precedentes do Supremo Tribunal Federal**



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

e do Órgão Especial do Tribunal de Justiça. Ação procedente.”

(TJSP, ADI 2114733-23.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Márcio Bartoli, julgado em 9 de dezembro de 2015, v.u., grifos acrescentados)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Questionamento do artigo 11 da Lei nº 10, de 26 de março de 2014, do município de Palestina, na parte em que criou o cargo de provimento em comissão de “Assessor Jurídico”. Alegação de inconstitucionalidade. Reconhecimento. Cargo que – a par de não corresponder a funções de direção, chefia e assessoramento superior – tem as mesmas atribuições da Advocacia Pública e, pela ausência de situação de emergência e excepcionalidade, deve ser reservado a profissional recrutado por sistema de mérito e aprovação em certame público, nos termos do art. 98 a 100, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente.”

(TJSP, ADI 2155538-52.2014.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Ferreira Rodrigues, julgado em 13 de maio de 2015, v.u.)

A propósito, esse colendo Órgão Especial declarou a inconstitucionalidade de preceitos que criaram o cargo comissionado de Assessor Jurídico Municipal, **justamente do Município de Mongaguá**, por terem conferido poderes de chefia às atividades técnicas desempenhadas



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

pelos Procuradores Jurídicos do Município, como resume a ementa do v. acórdão (fl. 151):

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – art. 18, da Lei Complementar nº 17, de 24 de outubro de 2011, e, por arrastamento, do Decreto nº 6.517, de 01 de fevereiro de 2017, do Município de Mongaguá, que cria a Procuradoria Geral do Município, define sua organização, atribuições, competências, estabelece o Plano de Carreira do Procurador Municipal, fixa o piso salarial do procurador municipal e dá outras providências, os termos do que dispõe o artigo 49 da Lei Orgânica Municipal – Cargo de assessor jurídico criado por provimento em comissão – Impossibilidade. As atividades de advocacia pública, inclusive a assessoria e a consultoria de corporações legislativas e suas respectivas chefias são reservadas a profissionais recrutados pelo sistema de mérito – Afronta aos artigos 98 a 100, da Constituição Estadual – Ação procedente, com modulação.”

(TJSP, ADI 2133403-41.2017.8.26.0000, Órgão Especial, Antonio Carlos Malheiros, julgado em 08 de novembro de 2017, v.u.)

Assim, a natureza técnica profissional dos postos de “**Diretor Municipal de Assuntos Jurídicos**”, “**Diretor Municipal de Assuntos Legislativos**”, “**Coordenador de Execução Fiscal**”, “**Coordenador de Contratos Administrativos e de Licitações**” e “**Coordenador Consultivo Administrativo**” – corroborada também pelo art. 5º da Lei nº 42/2018, de Mongaguá, que exige inscrição dos seus ocupantes na OAB -, por força



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

dos arts. 98 a 100 da Constituição Estadual, não se compatibiliza com a natureza comissionada, não podendo ser providos pela livre nomeação a cargo do agente político competente.

III – PEDIDO

Face ao exposto, aguarda-se o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade **das expressões “Diretor Municipal de Assuntos Jurídicos” e “Diretor Municipal de Assuntos Legislativos” constantes do Anexo III da Lei nº 2.475, de 1º de julho de 2011, bem como dos arts. 3º, 4º, 5º e 6º da Lei Complementar nº 42, de 20 de março de 2018, do Município de Mongaguá.**

Requer-se a **requisição de informações** à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Mongaguá, e a **citação** do Procurador-Geral do Estado, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 17 de abril de 2019.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

groj/mjap



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

Protocolado nº 22.719/2018

Assunto: Análise da constitucionalidade da Lei Complementar nº 42, de 20 de março de 2018, do Município de Mongaguá

1. Distribua-se a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade em face das expressões “**Diretor Municipal de Assuntos Jurídicos**” e “**Diretor Municipal de Assuntos Legislativos**” constantes do Anexo III da Lei nº 2.475, de 1º de julho de 2011, bem como dos arts. 3º, 4º, 5º e 6º da Lei Complementar nº 42, de 20 de março de 2018, do Município de Mongaguá.

2. Cumpra-se.

São Paulo, 17 de abril de 2019.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

groj/mjap