



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 SEI nº 29.001.0038235.2018-34

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 5.631, DE 21 DE SETEMBRO DE 2.017, QUE CRIA O CARGO EM COMISSÃO DE DIRETOR DE COMUNICAÇÃO SOCIAL” E DECRETO Nº 122, DE 21 DE SETEMBRO DE 2.017, “QUE REGULAMENTA AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO”, AMBOS DO MUNICÍPIO DE ITAPIRA. SEPARAÇÃO DE PODERES. CRIAÇÃO ABUSIVA E ARTIFICIAL DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES, EXIGÊNCIAS E REQUISITOS DE PROVIMENTO PREVISTOS EM LEI. DELEGAÇÃO A DECRETO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO.**

1. Lei que cria o cargo em comissão de “Diretor de Comunicação Social”, mas não contém descrição, nem mesmo sumária, das suas atribuições, remetendo à atividade regulamentar a definição das funções do referido cargo.

2. Violação aos arts. 5º, § 1º, 111, 115, II e V, e 144, da Constituição Estadual (art. 37, *caput* e incisos II e V, CF).

○ **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 do Estado de São Paulo), em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 129, IV, da Constituição Federal, e, ainda, nos arts. 74, VI, e 90, III, da Constituição do Estado de São Paulo,



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

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 do art. 7º e seu parágrafo único da Lei nº 5.631, de 21 de setembro de 2017, e, por arrastamento, do Decreto nº 122, de 21 de setembro de 2017, que a regulamenta, ambos do Município de Itapira, pelos fundamentos a seguir expostos:

### I – OS ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

A Lei nº 5.631, de 21 de setembro de 2017, que “cria, extingue, reenquadra, transforma e restabelece cargos do Quadro de Pessoal da Prefeitura e dá outras providências”, estabelece no que nos é pertinente

“(…)

Art. 7º. Fica criado o cargo de Diretor de Comunicação Social, de provimento em comissão, Ref. CC11, com vencimento mensal de R\$ 5.800, 17.

Parágrafo único: As atribuições e exigências curriculares para provimento desse cargo serão regulamentadas por Decreto Municipal.

(…)”

Por sua vez, o Decreto nº. 122, de 21 de setembro de 2017, que “regulamenta as atribuições do cargo de Diretor de Comunicação Social”, assim especifica:

“(…)”

Art. 1º) São atribuições e requisitos para provimento do cargo de Diretor de Comunicação Social:



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

I – Dirigir o Departamento de Comunicação Social, promovendo, administrando, coordenando e executando todas as atividades inerentes às competências do Departamento, assim como, responder diretamente aos seus superiores hierárquicos;

II – Planejar, executar e orientar a política de comunicação social da Prefeitura Municipal, objetivando a uniformização dos conceitos e procedimentos de comunicação;

III – Executar as atividades de comunicação social do Gabinete do Prefeito;

IV – Coordenar as atividades de comunicação social dos órgãos e entidades públicas da Prefeitura Municipal;

V – Promover a divulgação de atos e atividades do Governo Municipal;

VI – Promover, através de órgãos públicos, imprensa e outros meios disponíveis na mídia a divulgação de projetos de interesse do Município;

VII – Coordenar e facilitar o relacionamento da mídia com o Prefeito, os Secretários Municipais e demais autoridades da Administração do Município;



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

VIII - Manter arquivo de notícias e comentários produzidos na mídia sobre as atividades da Administração, para fins de consulta e estudo;

IX – Coordenar, juntamente com os demais órgãos do Município, as informações e dados, cuja divulgação seja do interesse da Administração Municipal;

X – Coordenar a divulgação de notícias e atos institucionais da Administração Municipal na internet, através do Portal Oficial da Prefeitura Municipal;

XI – Exercer outras atividades correlatas.

XII – Possuir formação superior, preferencialmente com reconhecida prática na área de atuação.

Art. 2º) Este decreto entra em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

(...)"

Analisando os dispositivos acima à luz dos preceitos que regem a Administração Pública na Constituição Estadual, percebe-se que restam evidados de patente inconstitucionalidade, em razão da violação aos arts. arts. 5º, § 1º, 111, 115, II e V, e 144, da Constituição Estadual (art. 37, caput e incisos II e V, CF) conforme se observa abaixo.

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



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

A lei combatida nesta vestibular contraria 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”.

O cargo comissionado objurgado é incompatível com os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

Artigo 5º. São Poderes do estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

§1º. É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

(...)

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.

(...)



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

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 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;

(...)”.

**III - FALTA DA DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO**

Da análise dos atos normativos supramencionados, infere-se que as atribuições do cargo de provimento em comissão de Diretor de Comunicação Social estão descritas em decreto e não em lei.

Contudo, o princípio da legalidade, ou da reserva legal, exige lei em sentido formal para disciplina das atribuições de cargo público.



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

A doutrina bem adverte:

“(…) 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).

Pois, somente a partir da descrição precisa das atribuições do cargo público será possível, a bem do funcionamento administrativo e dos direitos dos administrativos, averiguar 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,



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

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 controvérsia relativa aos requisitos constitucionais (art. 37, II e V, da Constituição Federal) para a criação de cargos em comissão foi submetida ao regime de repercussão geral (Tema 1010 – *Leading Case* 1041210), tendo disso, em 28 de setembro de 2018, resultado a seguinte tese:

- “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.”**





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

Nem se alegue, por oportuno, 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.

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.

A alegação cede à vista do art. 61, § 1º, II, *a*, da Constituição Federal, e do art. 24, § 2º, 1, 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, § 1º, II, *a*, 84, VI, *b*, Constituição Federal; art. 47, XIX, *a*, Constituição Estadual) ou para os fins de contenção de despesas (art. 169, § 4º, Constituição).

Bem explica Celso Antonio Bandeira de Mello que o regulamento previsto no art. 84, VI, *a*, da Constituição, é:

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

Neste sentido, pronuncia a jurisprudência a inconstitucionalidade de leis que delegam ao Poder Executivo a fixação da descrição das



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

atribuições de cargos de provimento em comissão (STF, RE 577.025-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 11-12-2008, v.u., DJe 0-03-2009; STF, ADI 3.232-TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, 14-08-2008, v.u., DJe 02-10-2008; TJSP, ADI 170.044-0/7-00, Órgão Especial, Rel. Des. Eros Piceli, 24-06-2009, v.u.).

Em suma, é absolutamente imprescindível que a lei descreva as efetivas atribuições dos cargos, sejam efetivos, sejam comissionados.

Destarte, é de rigor o reconhecimento da inconstitucionalidade: a) do art. 7º, da Lei nº 5.631, de 21 de setembro de 2.017, do Município de Itapira, que cria o cargo em comissão de Diretor de Comunicação Social, cujas atribuições não estão descritas em lei; b) do parágrafo único, do art. 7º, do mesmo ato normativo, que dispõe que as atribuições e exigências curriculares para provimento desse cargo serão regulamentadas por Decreto do Poder Executivo.

Contudo, não é só.

O Decreto nº 122, de 21 de setembro de 2.017, que contém as descrições sumária e detalhada das atribuições do cargo impugnado também deve ser reconhecido como inconstitucional por arrastamento.

#### **IV. DA INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO**

A declaração de inconstitucionalidade por arrastamento é possível sempre que: a) o reconhecimento da inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal torna despidos de eficácia e utilidade outros preceitos do mesmo diploma, ainda que não tenham sido impugnados; b) nos casos em que o efeito repristinatório restabelece dispositivos já revogados pela lei viciada que ostentem o mesmo vício; c) quando há, na lei, dispositivos que



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

não foram impugnados, mas guardam direta relação com aqueles cuja inconstitucionalidade é reconhecida.

Nesse contexto, a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento se faz necessária com relação ao Decreto nº. 122, de 21 de setembro de 2017, por instrumentalidade, tendo em vista que inconstitucionalmente descreveu as atribuições do cargo impugnado, sendo ato normativo dependente do preceito legal impugnado.

**V – PEDIDO**

Face ao exposto, requerendo o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 7º e parágrafo único, da Lei nº 5.631, de 21 de setembro de 2017, e, por arrastamento, do Decreto nº 122, de 21 de setembro de 2017, que a regulamenta, ambos do Município de Itapira.

Requer-se ainda sejam requisitadas informações ao Prefeito e à Câmara Municipal de Itapira, 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.

São Paulo, 3 de outubro de 2018.

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

grpc/sh



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

Sei nº 29.001.0038235.2018-34

Assunto: Inconstitucionalidade da Lei nº 5.631, de 21 de setembro de 2017, e, por arrastamento, do Decreto nº 122, de 21 de setembro de 2017, que a regulamenta, ambos do Município de Itapira.

1. Distribua-se a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade, em face do art. 7º e parágrafo único, da Lei nº 5.631, de 21 de setembro de 2017, e, por arrastamento, do Decreto nº 122, de 21 de setembro de 2017, que a regulamenta, ambos do Município de Itapira, 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, 3 de outubro de 2018.

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

grpc/sh