



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

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

SEI nº 29.0001.0038243.2018-12

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 6º E 7º DA LEI Nº 5.424, DE 16 DE JULHO DE 2.015, DO MUNICÍPIO DE ITAPIRA. CRIAÇÃO DE CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE “CHEFE DE DIVISÃO DE PROTEÇÃO E BEM ESTAR ANIMAL” QUE NÃO REVELA PLEXOS DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA E DIREÇÃO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 111, 115, II E V, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, QUE REPRODUZEM O ART. 37, CAPUT, II E V, CF.

Revela-se inconstitucional a criação de cargo de provimento em comissão cujas atribuições, ainda que descritas, não evidenciam funções de assessoramento, chefia e direção, mas, funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais a serem preenchidas por servidores públicos investidos em cargos de provimento efetivo, cujo provimento deve se dar mediante aprovação em concurso público (arts. 111, 115, II e V, CE/89; art. 37, *caput*, II e V, CF).

○ **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, VI, da Lei



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

Complementar Estadual n. 734, de 26 de novembro de 1993, e em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 129, IV, da Constituição da República, e nos arts. 74, VI, e 90, III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado em epígrafe referido, vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face dos arts. 6º e 7º da Lei nº 5.424, de 16 de julho de 2.015, do Município de Itapira, pelos fundamentos a seguir expostos:

I – OS DISPOSITIVOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

O art. 6º da Lei nº 5.424, de 16 de julho de 2.015, do Município de Itapira, cria o cargo de provimento em comissão de “Chefe de Divisão de Proteção e Bem Estar Animal”, conforme descrição abaixo:

“(…)

Art. 6º. Fica criado no quadro de pessoal da Prefeitura Municipal o cargo de Chefe de Divisão de Proteção e Bem Estar Animal, de livre nomeação e exoneração, na referência CC9, com vencimentos de R\$ 2.997,25.

(…)”

Por sua vez, o art. 7º do mesmo diploma normativo dispõe sobre as atribuições do mencionado cargo de provimento em comissão na estrutura administrativa do Município de Itapira:

“(…)

Art. 7º. São atribuições do cargo de Chefe de Divisão de Proteção e Bem Estar Animal:



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

I – viabilizar a execução de projetos voltados para o Bem estar Animal, desde que de acordo com a Política Municipal correspondente;

II - promover a integração de programas relacionados ao Bem Estar Animal com as demais Secretarias Municipais, com base em normas de fiscalização;

III – desenvolver projetos voltados para a preservação de fauna local, principalmente, para as espécies ameaçadas de extinção;

IV – promover eventos, estudos, pesquisas e ações educativas, relativos à biodiversidade animal e ao bem estar dos animais no Município de Itapira;

V – coordenar projetos de modo a propiciar o controle populacional de animais domésticos;

VI – apoiar os órgãos de fiscalização no combate à criação e comércio ilegal e demais infrações cometidas contra os animais domésticos, sinantrópicos e silvestres;

VII – capacitar educadores ambientais, agentes de saúde comunitária, do contingente da Guarda Civil Municipal, dos agentes municipais de fiscalização tanto da área ambiental, quanto da área de postura e saúde para a difusão da política de proteção aos animais e para atuação no âmbito de suas competências;

VIII - promover a capacitação massiva dos professores da rede municipal de ensino para a



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

abordagem dos problemas relacionados à fauna em geral;

IX – promover campanhas de identificação gratuita dos animais conjuntamente com as campanhas de vacinação anti-rábica;

X- promover conscientização da posse responsável dos animais nas escolas, centros comunitários, entre outros;

XI – promover fiscalização e divulgação da legislação de proteção dos animais;

XII – propor alterações na legislação vigente para a criação, transporte, manutenção e comercialização, visando aprimorar e garantir mais efetividade no respeito ao direito legítimo e legal dos animais, evitando-se a crueldade e resguardando suas características próprias;

XIII – estabelecer parcerias com entidades privadas e de proteção animal no intuito de potencializar e executar suas ações.

Conforme será demonstrado no curso desta inicial, do exame dos dispositivos supramencionados infere-se que foi instituído em seus enunciados cargo de provimento em comissão à margem dos preceitos constitucionais que regem a matéria, precisamente os arts. 111; 115, II e V; e 144, todos da Constituição Estadual, na medida em que foi criado cargo em comissão que revela funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais a serem preenchidos, exclusivamente, por servidores públicos efetivos, selecionados após a promoção de certame público (art. 115, II, CE).



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

II – O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

O cargo em comissão de “Chefe de Divisão de Proteção e Bem Estar Animal” editado na estrutura administrativa do Município de Itapira 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”.

A incompatibilidade das normas atacadas se visualiza a partir de seu cotejo com os seguintes preceitos da Constituição Estadual, que reproduzem o art. 37, *caput*, II e V, CF:

(...)

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; (...).”.

Conforme se verifica pela análise das atribuições do cargo em comissão de “Chefe de Divisão de Proteção e Bem Estar Animal”, constante no art. 7º da Lei nº 5.424, de 16 de julho de 2015, do Município de Itapira, trata-se de cargo que não se reveste de plexos de assessoramento, chefia e direção. Pelo contrário, as atribuições se mostram técnicas e burocráticas, devendo ser exercidas por servidores de carreira.

Com efeito, cabe ao “Chefe de Divisão de Proteção e Bem Estar Animal” viabilizar a execução de projetos voltados para o Bem estar Animal, desde que de acordo com a Política Municipal correspondente;



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

promover a integração de programas relacionados ao Bem Estar Animal com as demais Secretarias Municipais, com base em normas de fiscalização; desenvolver projetos voltados para a preservação de fauna local, principalmente, para as espécies ameaçadas de extinção; promover eventos, estudos, pesquisas e ações educativas, relativos à biodiversidade animal e ao bem estar dos animais no Município de Itapira; coordenar projetos de modo a propiciar o controle populacional de animais domésticos; apoiar os órgãos de fiscalização no combate à criação e comércio ilegal e demais infrações cometidas contra os animais domésticos, sinantrópicos e silvestres; capacitar educadores ambientais, agentes de saúde comunitária, do contingente da Guarda Civil Municipal, dos agentes municipais de fiscalização tanto da área ambiental, quanto da área de postura e saúde para a difusão da política de proteção aos animais e para atuação no âmbito de suas competências; promover a capacitação massiva dos professores da rede municipal de ensino para a abordagem dos problemas relacionados à fauna em geral; promover campanhas de identificação gratuita dos animais conjuntamente com as campanhas de vacinação anti-rábica; promover conscientização da posse responsável dos animais nas escolas, centros comunitários, entre outros; promover fiscalização e divulgação da legislação de proteção dos animais; propor alterações na legislação vigente para a criação, transporte, manutenção e comercialização, visando aprimorar e garantir mais efetividade no respeito ao direito legítimo e legal dos animais, evitando-se a crueldade e resguardando suas características próprias; estabelecer parcerias com entidades privadas e de proteção animal no intuito de potencializar e executar suas ações.

A natureza das funções desempenhadas se mostra puramente profissional, técnica, burocrática ou operacional, fora dos níveis de direção,



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

chefia e assessoramento superior, exigindo-se tão somente o dever comum de lealdade às instituições públicas, necessárias a todo e qualquer servidor, o que torna o cargo comissionado de “Chefe de Divisão e Bem Estar Animal” incompatível com a ordem constitucional vigente, em especial **com os arts. 111, 115 incisos II e V, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.**

Essa incompatibilidade decorre da inadequação ao perfil e limites impostos pela Constituição quanto ao provimento no serviço público sem concurso.

A regra, no âmbito de todos os Poderes Públicos, deve ser o preenchimento dos postos por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, pois assim se garante a acessibilidade geral. Essa 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 adequadamente sejam desempenhadas funções inerentes à atividade predominantemente política.

Há implícitos limites à sua criação, visto que assim não fosse, estaria na prática aniquilada a exigência constitucional de concurso para acesso ao serviço público.

A propósito, anota Hely Lopes Meirelles, amparado em precedente do E. Supremo Tribunal Federal, que *“a criação de cargo em comissão, em moldes artificiais e não condizentes com as praxes do nosso ordenamento jurídico e administrativo, só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso (STF, Pleno, Repr.1.282-4-SP)”*



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

(*Direito administrativo brasileiro*, 33. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 440).

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.

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.).

É a natureza do cargo a ele cometida pela lei que estabelece o imprescindível “vínculo de confiança” (cf. Alexandre de Moraes, *Direito*



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

constitucional administrativo, São Paulo, Atlas, 2002, p. 158), que justifica a dispensa do concurso. Daí o entendimento de que tais cargos devam ser destinados “*apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento*” (cf. Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 5. ed., São Paulo, RT, p. 317).

Essa também é a posição do E. Supremo Tribunal Federal (ADI-MC 1141/GO, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, J. 10/10/1994, Pleno, DJ 04-11-1994, PP-29829, EMENT VOL-01765-01 PP-00169).

Não é qualquer unidade de chefia, assessoramento ou direção que autoriza o provimento em comissão e o exercício da função de confiança. A atribuição do cargo deve reclamar especial relação de confiança para desenvolvimento de funções de nível superior de condução das diretrizes políticas do governo.

Pela análise da natureza e atribuições do cargo impugnado, não se identifica os elementos que justificam o provimento em comissão.

III – 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 dos arts. 6º e 7º da Lei nº 5.424, de 16 de julho de 2015, do Município de Itapira.

Requer-se ainda sejam requisitadas informações ao Prefeito e ao Presidente da Câmara Municipal de Itapira, bem como posteriormente citado o Procurador-Geral do Estado para se manifestar, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.



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

São Paulo, 26 de setembro de 2018.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

grcp/sh



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

SEI n. 29.0001.0038243.2018-12

Assunto: Inconstitucionalidade de cargo em comissão previsto nos arts. 6º e 7º da Lei nº 5.424, de 16 de julho de 2.015.

Interessado: Promotoria de Justiça de Itapira.

1. Distribua-se a inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do art. 6º e 7º da Lei nº 5.424, de 16 de julho de 2.015, 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, 26 de setembro de 2018.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

grcp/sh