



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 29.0001.0038336.2018-23

**CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 5º E §1º, DA LEI Nº 4.200, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2.007, DO MUNICÍPIO DE ITAPIRA. CRIAÇÃO DE CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE “SECRETÁRIO EXECUTIVO” QUE NÃO REVELA PLEXOS DE ACESSORAMENTO, CHEFIA E DIREÇÃO. ARTS. 111, 115, II E V, CE/89 E 37, CAPUT E INCISOS II E V, CF/88.**

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 e art. 37, *caput*, e II e V, da CF/88). Tema de Repercussão Geral 1010.

○ **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, e em



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

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 do art. 5º e § 1º, da Lei nº 4.200, de 20 de dezembro de 2.007, do Município de Itapira, pelos fundamentos a seguir expostos:

**I – O PRECEITO NORMATIVO IMPUGNADO**

O art. 5º, da Lei nº 4.200, de 20 de dezembro de 2.007, do Município de Itapira, cria o cargo de provimento em comissão de “Secretário Executivo”, conforme descrição abaixo:

“(…)

Art. 5º. Ficam criados na estrutura administrativa da Prefeitura Municipal, os seguintes cargos, todos de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração, em números, denominações, referências e vencimentos:

Nº	Título do Cargo	Ref	Vencimento
1	Secretário Executivo	CC10	2.108,31

(…)”

Por sua vez, o § 1º do art. 5º, do mesmo diploma normativo, dispõe sobre as atribuições do mencionado cargo de provimento em comissão na estrutura administrativa do Município de Itapira:

“(…)”



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

Art. 5º. (...)

§1º São atribuições do cargo de Secretário Executivo: Organizar, coordenar, supervisionar e executar trabalhos relativos às atividades do Gabinete do Prefeito Municipal, desenvolvendo um sistema de catalogação, classificação, referência e manutenção do sistema de informação, para armazenar e recuperar as informações de caráter geral ou específico, e colocá-las à disposição dos munícipes, seja através de despachos de documentos ou através de atendimento pessoal e telefônico, podendo desempenhar outras tarefas correlatas.

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, que reproduzem o art. 37, *caput*, II e V, da Constituição Federal, 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.

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

O cargo em comissão de “Secretário Executivo” 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.



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

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:

(...)

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



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

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; (...)."

Note-se que o disposto nos arts. 111, 115, II e V, da Constituição Estadual reproduzem o art. 37, *caput*, II e V, da Constituição Federal.

De outra parte, o art. 144 da Constituição Estadual - que determina a observância pelos Municípios, não só dos princípios presentes no bojo da Carta Paulista, mas também dos princípios constantes na Constituição Federal- consiste em "norma estadual de caráter remissivo, na medida em que, para a disciplina dos limites da autonomia municipal, remete para as disposições constantes da Constituição Federal", conforme averbou o E. Supremo Tribunal Federal, ao credenciar o controle concentrado de constitucionalidade, perante Tribunal de Justiça local, de lei municipal por esse ângulo (STF, Rcl 10.406-GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, 31-08-2010, DJe 06-09-2010; STF, Rcl 10.500-SP, Rel. Min. Celso de Mello, 18-10-2010, DJe 26-10-2010).

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



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

“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.” (STF, RE 1041210-SP, Rel. Min. Carmem Lúcia, 28-09-2018).

**III – A CRIAÇÃO DE CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO QUE NÃO CONTÉM ATRIBUIÇÕES DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA E DIREÇÃO.**

Conforme se verifica pela análise das atribuições do cargo em comissão de “Secretário Executivo”, constante no art. 5º, da Lei nº 4.200, de 20 de dezembro de 2017, 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 “Secretário Executivo” desenvolver um sistema de catalogação, classificação, referência e manutenção do sistema de



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

informação, para armazenar e recuperar as informações de caráter geral ou específico, e colocá-las à disposição dos munícipes, seja através de despachos de documentos ou através de atendimento pessoal e telefônico.

Assim a natureza das funções desempenhadas se mostra puramente profissional, técnica, burocrática ou operacional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior, exigindo-se tão somente o dever comum de lealdade às instituições públicas, necessárias a todo e qualquer servidor.

Dessa forma, o cargo comissionado de “Secretário Executivo” é 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, que reproduzem o art. 37, caput, II e V, da Constituição Federal.**

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.



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

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)” (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).



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

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 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.

Assim sendo, tendo em vista que o cargo de provimento em comissão de “Secretário Executivo” destina-se ao desempenho de atividades meramente burocráticas ou técnicas, que não exige, para seu adequado desempenho, relação de especial confiança, alternativa não resta senão declará-lo inconstitucional.



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

**IV – 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 do art. 5º e §1º, da Lei nº 4.200, de 20 de dezembro de 2.007, 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.

São Paulo, 16 de outubro de 2018.

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

grcp/sh