

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

Protocolado SEI nº 29.0001.0065454.2018-90

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÕES “ASSESSOR DE ARRECADAÇÃO DE DÍVIDA ATIVA” E “ASSESSOR DE FINANÇAS”, PREVISTAS NOS ARTIGOS 2º E 3º DA LEI MUNICIPAL DA LEI N. 2.571, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2017 DE PIRANGI. FUNÇÕES DE CONFIANÇA QUE NÃO RETRATAM ATRIBUIÇÕES DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA E DIREÇÃO SUPERIOR. CARGOS EM COMISSÃO SEM ATRIBUIÇÕES. TEMA REPERCUSSÃO GERAL Nº 1010.

1. Funções de confiança de “Assessor de Arrecadação e Dívida Ativa” e “Assessor de Finanças”, previstas nos art. 2º e 3º da Lei n. 2.571, de 15 de dezembro de 2017, do Município de Pirangi.

2. Funções de confiança que não retratam atividades de assessoramento, chefia e direção superior, senão atribuições profissionais e técnicas a serem exercidas por servidores públicos investidos em cargos de provimento efetivo da respectiva área. Violação de dispositivos da Constituição Estadual (arts. 111, 115, V, e 144, da CE/89).

○ **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 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 das expressões “Assessor de Arrecadação e Dívida Ativa” e “Assessor de Finanças”, previstas nos art. 2º e 3º da Lei n. 2.571, de 15 de dezembro de 2017, que criou as funções de confiança mencionadas, passando essas a integrar a Lei Complementar n. 1.701, de 15 de junho de 2005, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar n. 2.201/2012, de 07 de fevereiro de 2012, do Município de Pirangi, pelos fundamentos a seguir expostos:

I – OS DISPOSITIVOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

A Lei Complementar n. 2.571, de 15 de dezembro de 2017, que “incorpora à Procuradoria ao organograma do Município e cria funções de confiança que passam a integrar a Lei Complementar n. 1.701, de 15 de junho de 2005”, no que interessa ao objeto da ação estabelece que:

Art. 2º Ficam criadas as funções de confiança e passam a integrar a Lei Complementar nº 1701/2005, de 15 de junho de 2005, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 2201/202, de 07 de fevereiro de 2012, abaixo descritas (sic):

Cargo e/ou Emprego	Referência	Quantidade	Salário ou Vencimento	Carga Horária
ASSESSOR (A) DE ARRECAÇÃO E DÍVIDA ATIVA	32	1	R\$ 2.378,52	40 h/s
ASSESSOR (A) DE FINANÇAS	32	1	R\$ 2.378,52	40 h/s

Art. 3º As funções de confiança criadas pelo Artigo anterior terá como atribuições a seguinte atividade: (sic)

ASSESSOR (A) DE ARRECADAÇÃO E DÍVIDA ATIVA	Assessorar as equipes de atendimento ao público de negociação de dívida ativa; elaborar relatório de emissão, produção, controle de notificações e certidões de dívida ativa – CDAs. Executam outras tarefas correlatas de ofício ou sob a ordem do superior imediato.
ASSESSOR (A) DE FINANÇAS	Assessora no controle diário de pagamentos e recebimentos, realiza conciliação bancária e acompanha fluxo de caixa para elaborar relatórios sobre os movimentos financeiros do Municípios. Executam outras tarefas correlatas de ofício ou sob a ordem do superior imediato.

Os dispositivos normativos transcritos são inconstitucionais por violação dos arts. 111 e 115, II e X da Constituição Estadual, conforme passaremos a expor.

II – O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

Os dispositivos da Lei impugnada que criam funções de confiança na estrutura administrativa do Prefeitura Municipal de Pirangi, 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 do art. 29 daquela e do art. 144 desta, que assim dispõe:

Art. 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 art. 144 da Constituição Estadual determina a observância pelos Municípios, não só dos princípios presentes no bojo da Carta Paulista, mas também dos princípios constantes na Constituição Federal, consistindo 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).

As normas contestadas são incompatíveis com os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

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 e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

(...)

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 e 115, V, da Constituição do Estado de São Paulo, reproduz o art. 37, *caput*, e V, da Constituição Federal.

III – INCONSTITUCIONALIDADE DAS FUNÇÕES DE CONFIANÇA COM ATRIBUIÇÕES NÃO CORRESPONDENTES À CHEFIA, DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO

As **funções de confiança** de “Assessor de Arrecadação e Dívida Ativa” e “Assessor de Finanças” previstas nos art. 2º e 3º da Lei Impugnada, estão em desacordo com o regime constitucional.

A **regra**, no âmbito de todos os Poderes Públicos, deve ser o preenchimento dos postos através de **concurso público de provas ou de provas e títulos**, pois assim se garante a acessibilidade geral.

Importante ressaltar que o art. 115, V, da Constituição Estadual, que repete o art. 37, V, da Constituição Federal, ao disciplinar as funções de confiança e os cargos de provimento em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira, teve o escopo de conferir uma profissionalização da administração pública.

A Constituição faz, porém, uma distinção entre cargos em comissão e funções de confiança, embora ambos estejam vinculados ao conceito de desenvolvimento de atividades de direção, chefia e assessoramento.

No caso das funções de confiança, estabelece o inciso V do art. 115 da Constituição Estadual, que serão “*exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo*”. Já, no caso dos cargos em comissão, prevê: “*a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos*”.

Os cargos serão *preenchidos*; as funções serão *exercidas*. Os verbos ajudam a revelar a distinção entre os conceitos. Os cargos em comissão são

unidades completas de atribuições previstas na estrutura organizacional e independentes dos cargos de provimento efetivo; as funções de confiança, **acréscimos de responsabilidades de natureza gerencial ou de supervisão** atribuídas a servidor ocupante de cargo efetivo, tendo como referência **a correlação de atribuições**.

Elucidando a diferença, ao tratar da função de confiança, Celso Antônio Bandeira de Melo consigna que:

“Assemelham-se, quanto à natureza das atribuições e quanto à confiança que caracteriza seu preenchimento, aos cargos em comissão. Contudo, não se quis prevê-las como tais, possivelmente para evitar que pudessem ser preenchidas por alguém estranho à carreira, já que em cargos em comissão podem ser prepostas pessoas alheias ao serviço público, ressalvado um percentual deles, reservado aos servidores de carreira, cujo mínimo será fixado em lei” (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: 2012, Malheiros, 29ª ed., p. 260)

Geralmente, as funções de confiança, diferente do que se verifica no tocante aos cargos, por se tratarem de um acréscimo de atribuições, são remuneradas por gratificações de função de direção. Já a retribuição pelo exercício de um cargo de provimento em comissão é feita com o pagamento de vencimento ou subsídio.

Assim, a **função de confiança** de que trata o texto constitucional como sendo um encargo de direção, chefia e assessoramento, atribuído a servidor ocupante de cargo efetivo, nada mais é que **uma adição de atribuições relacionadas com as atividades de direção, chefia e assessoramento às atribuições do cargo efetivo**.

Esta característica de adição ou acoplamento de atribuições às atribuições de natureza técnica do cargo efetivo só tem realmente consistência se as atribuições do cargo efetivo do servidor mantiverem correlação com as atribuições

de direção, chefia e assessoramento de unidade administrativa cujas competências incluam as atividades próprias do cargo efetivo.

Não havendo esta estreita correlação entre as competências da unidade organizacional, as atribuições do cargo efetivo e as atribuições de direção, chefia e assessoramento, estaremos diante de um conjunto de atribuições distintas que constituem, de fato, outro cargo.

O conceito de função de confiança, portanto, é inconcebível sem a correlação entre as atribuições técnicas e gerenciais vinculadas às competências de uma unidade organizacional. Esta correlação permite que a experiência adquirida ao longo da vida funcional de um servidor, no exercício de suas atribuições em atividades técnicas, se constitua em elemento relevante, para que possa se habilitar para o exercício de uma função gerencial. Nesta perspectiva, a função gerencial se torna um prolongamento, por acoplamento, da atividade técnica.

O art. 115 da Constituição Estadual, ao conferir às funções de confiança atribuições de direção, chefia e assessoramento, exige interpretação acerca da definição do campo de abrangência, para diferenciá-las das mesmas atribuições previstas para os cargos em comissão, o que não foi feito até hoje e é, certamente, objeto de resistência política, porque necessariamente diminuiria o campo do livre provimento.

Na perspectiva da profissionalização do serviço público, ideal buscado pela regra constitucional, tem-se claramente que os cargos em comissão, de livre provimento, devem compreender as atividades de direção, chefia e assessoramento superiores do grupo de confiança restrita dos dirigentes do Poder Executivo. E, as funções de confiança devem cuidar de todas as atribuições de direção, chefia e assessoramento subalterno, não diretamente vinculados com a gestão superior que buscam concretizar e elaborar as diretrizes políticas que devem pautar a atividade governamental.

Função não é um cargo em comissão de provimento restrito (por servidores de carreira). O cargo em comissão, independentemente da forma de provimento amplo ou restrito, é um conjunto de atribuições de direção, chefia e assessoramento, sem qualquer correlação com a estrutura de cargos efetivos, de carreira. O elemento central do cargo em comissão é a questão confiança política. Esta característica não muda com o provimento restrito a servidores públicos.

No regime democrático, a administração deve estar subordinada ao comando político do Governo eleito pela população. Os cargos de confiança política, que asseguram ao Governo o comando sobre a administração e, conseqüentemente, a implementação de seu programa, as políticas, planos e ações voltadas para o alcance dos objetivos e metas governamentais, devem ser apenas aqueles determinantes para o efetivo exercício do comando político.

A direção da estrutura administrativa permanente deve ser entregue a profissionais especializados, com formação específica e experiência comprovada, oriundos da própria administração e escolhidos com base no princípio do mérito profissional.

Uma estrutura de confiança política muito alargada, inevitavelmente, desestrutura o funcionamento das organizações públicas, gera descontinuidade e ineficiência administrativa, além de constituir-se em elemento de permeabilidade excessiva que favorece os grupos de interesses e, até mesmo, a corrupção. A profissionalização da administração, essencial para sua modernização e melhoria da eficiência, da eficácia e da efetividade da ação administrativa, implica necessariamente a redução da estrutura de cargos de direção providos por critérios de confiança política.

A utilização das funções gerenciais é, pois, uma necessidade no caminho da profissionalização da administração pública brasileira. Isto porque um aspecto essencial nas diferenças entre os cargos em comissão e as funções é constituído pela correlação entre as atribuições de natureza técnica dos cargos efetivos ocupados pelos servidores e a função gerencial.

Assim, a distinção entre função de confiança e cargos em comissão (sobretudo aqueles a serem exercidos por servidores de carreira) deve levar em conta que para a função de confiança, por se tratar de encargo adicional, deve haver **correlação entre as atribuições técnicas e gerenciais vinculadas às competências do servidor efetivo**, além da natureza subalterna da atividade de direção, chefia e assessoramento.

Se assim não fosse, sua única diferença em relação aos cargos em comissão de livre provimento seria apenas seu exercício por servidores ocupantes de cargo efetivo. Assim, não faria sentido o texto constitucional prever as funções como algo distinto dos cargos. Bastaria apenas definir o provimento restrito dos cargos em comissão, ou de parte deles. Ademais, a Constituição prevê, inclusive, que um percentual definido em lei de cargos em comissão deverá ser de provimento exclusivo de servidores.

Na hipótese em análise, **sob a denominação de funções de confiança, o legislador municipal criou verdadeiros cargos de provimento em comissão a serem ocupados por servidores efetivos**. Tanto é verdade que estabeleceu **referência salarial própria e carga horária** de 40 horas semanais. Não se trata de função, mas de verdadeiro cargo comissionado.

Ademais, previu atribuições que não retratam atribuições de assessoramento, chefia e direção superior, senão funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais subalternas, que demandariam a criação específica de novo cargo efetivo.

A função de confiança instituída de **“Assessor de Arrecadação e Dívida Ativa”** possui atribuições nitidamente operacionais e executórias, tais como:

“Assessorar as equipes de atendimento ao público de negociação de dívida ativa; elaborar relatório de emissão, produção, controle de notificações e certidões de dívida ativa – CDAs. Executam outras tarefas correlatas de ofício ou sob a ordem do superior imediato.”.

A função de confiança de “**Assessor de Finanças**” tem como atribuições, dentre outras, “Assessora no controle diário de pagamentos e recebimentos, realiza conciliação bancária e acompanha fluxo de caixa para elaborar relatórios sobre os movimentos financeiros do Municípios”, funções estas claramente burocráticas, distante da relação de confiança necessária.

Portanto, **as funções aqui debatidas não são propriamente de confiança, pois da descrição das atribuições respectivas não se extrai o elemento diferenciador fundamental desse instituto.**

As atribuições previstas para as referidas funções de confiança – relacionadas a suporte profissional e técnico – são atividades destinadas a atender necessidades executórias e operacionais, distantes das atribuições de direção, chefia e assessoramento às quais se refere o texto Constitucional.

Dessa forma, as funções anteriormente destacadas são incompatíveis com a ordem constitucional vigente, em especial com o art. 115, V, da Constituição do Estado de São Paulo, razão pela qual devem ser reconhecidas como inconstitucionais.

Também as expressões legais vergastadas ofendem os princípios de moralidade e impessoalidade, constantes do art. 111 da Constituição Estadual, dos quais decorre o art. 115, V, porque são **expedientes que ceifam a igualdade no acesso a posições públicas e molestam a ética na investidura correspondente ampliando indevidamente a liberdade de provimento e exoneração do gestor público.**

IV - O PEDIDO

Face ao exposto, requerendo o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja **julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade das expressões “Assessor de Arrecadação e Dívida Ativa” e “Assessor de Finanças”, previstas nos art. 2º e 3º da Lei n. 2.571, de 15 de dezembro de 2017, que criou as funções de confiança mencionadas, passando essas a integrar a Lei Complementar n. 1.701, de 15 de junho de**

2005, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar n. 2.201/2012, de 07 de fevereiro de 2012, do Município de Pirangi.

Requer-se ainda sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Pirangi, bem como citado o Procurador-Geral do Estado para se manifestar sobre os atos normativos impugnados, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 10 de junho de 2019.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

groj/bacrp

Protocolado nº 29.0001.0065454.2018-90

Interessado: Promotor de Justiça de Pirangi

Objeto: análise da constitucionalidade da Lei Complementar 2.571, de 15 de dezembro de 2017, do Município de Pirangi, que dispõe sobre a criação de funções de confiança no Município de Pirangi.

1. Distribua-se a inicial da ação direta de inconstitucionalidade no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, instruída com o protocolado suso referido.
2. Oficie-se ao interessado comunicando-se o ajuizamento da presente ação direta de inconstitucionalidade.

São Paulo, 10 de junho de 2019.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

groj/bacrp