EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Protocolado n° 103.156/17

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CARGOS EM COMISSÃO DE LIVRE PROVIMENTO DE "OUVIDOR GERAL" E "ASSESSOR TÉCNICO" PREVISTOS NA LEI N° 3.930, DE 18 DE ABRIL DE 2007, DO MUNICÍPIO DE TATUÍ. 1. Violação ao princípio da reserva legal, porquanto o núcleo das competências, dos poderes, dos deveres, dos direitos, do modo da investidura e das condições do exercício das atividades do cargo público deve estar descritas na lei. **2.** O cargo de "Ouvidor Geral" há que ser preenchido por servidor investido de provimento efetivo, mercê do conhecimento real da estrutura administrativa do ente público em que for atuar. Impossibilidade, à conta da natureza do cargo, de a ocupação recair sobre pessoa estranha ao quadro funcional. **3.** Violação aos arts.111, 115, II e V, e 144, da CE/89.

O **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, inciso VI, da Lei Complementar Estadual n° 734, de 26 de novembro de 1993, e em conformidade com o disposto no art. 125, § 2°, e no art. 129, inciso IV, da

Constituição da República, e ainda no art. 74, inciso VI, e no art. 90, inciso III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado (PGJ nº 115.353/2016), que segue como anexo), vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** para ao fim de: (i) declaração de inconstitucionalidade da expressão "*não*" contida no *caput* do art. 3º; (ii) declaração de inconstitucionalidade do art. 5º e do inciso II do art. 6º, todos da Lei nº 3.930, de 18 de abril de 2007, do Município de Tatuí, pelos fundamentos expostos a seguir:

I. DOS ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

A Lei nº 3.930, de 18 de abril de 2007, do Município de Tatuí, que "*dispõe sobre a criação da Ouvidoria Geral do Município de Tatuí e dá outras providências*", possui, no que diz respeito ao objeto desta ação, a seguinte redação, *verbis*:

> "Art. 3º A Ouvidoria Geral do Município de Tatuí, terá em sua composição, um Ouvidor Geral, detentor de curso superior completo, de reputação ilibada, **não** integrante do quadro dos servidores públicos municipais e não ocupante de cargo eletivo, que gozará de autonomia e independência, indicado em lista tríplice apresentada pelo Conselho Consultivo e nomeado pelo Prefeito para um mandato de 2 (dois) anos.
>
> § 1º O Ouvidor Geral do Município de Tatuí poderá ser reconduzido ao cargo uma única vez por igual período.

§ 2° O Ouvidor Geral somente poderá ser destituído por iniciativa do Prefeito, desde que tal ato seja fundamentado, em decorrência de conduta incompatível com o exercício do cargo, devidamente comprovada e após inquérito administrativo, com amplo direito de defesa e ouvido previamente o Conselho Consultivo da Ouvidoria Geral.

§ 3° O primeiro Ouvidor Geral do Município de Tatuí será escolhido e nomeado pelo Prefeito, aplicando-se-lhe todas as demais disposições da presente Lei.

(...)

Art. 5° Ficam criados junto ao Gabinete do Prefeito, 1 (um) Cargos me Comissão de Ouvidor Geral, de livre provimento, classificados na Ref. I-14, da tabela constante do anexo III da Lei Municipal n° 3.623 de 25 de janeiro de 2005, 2 (dois) cargos de Assessor Técnico, de livre provimentos classificadona Ref. G -III da tabela constante do anexo II da Lei Municipal n° 3.623 de 25 de janeiro de 2005, e 2 (dois) cargos de escriturário. Ref. F-I.

Art. 6° A Ouvidoria Geral do Município de Tatuí, compreende:

(...);

II - assessor técnico;

(...)".

Os dispositivos legais acima transcritos são verticalmente incompatíveis com nosso ordenamento constitucional, como será demonstrado a seguir.

II - O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

Os dispositivos legais contestados são incompatíveis com os seguintes preceitos da Constituição Estadual, *verbis*:

> 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 e 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.
>
> (...)
>
> 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.
>
> (...)"

III - DA AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO EM LEI DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE OUVIDOR GERAL E ASSISTENTE TÉCNICO, AMBOS DA OUVIDORIA GERAL

É inconstitucional a ausência de disciplina legal das atribuições de cargos públicos de provimento em comissão.

Com efeito, o art. 5° e o inciso II do art. 6° da Lei n° 3.930, de 18 de abril de 2017, do Município de Tatuí, criam os cargos de OUVIDOR GERAL e ASSISTENTE TÉCNICO na Ouvidoria Geral sem, contudo, descrever suas atribuições.

A ausência de descrição de atribuições de referidos cargos configura franca violação aos arts. 111, 115, II e V e 144 da Constituição Estadual, porquanto não basta a lei criar o cargo público de provimento em comissão se não discriminar em seu bojo suas atribuições, a fim de viabilizar controle de sua conformidade com as prescrições constitucionais.

Tendo em vista que a criação de emprego público e/ou cargo e seu respectivo detalhamento encontram-se adstritos à reserva legal absoluta

ou formal, a fim de se permitir a aferição dos requisitos impostos pelo texto constitucional quando da sua instituição, a invalidade da disciplina de cargos de provimento em comissão resta presente em razão da omissão legislativa atinente à descrição de atribuições, porquanto conforme explica a doutrina:

> "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).

No caso em comento, não se vislumbra no texto normativo a descrição das atribuições dos cargos comissionados, em afronta aos ditames constitucionais impostos à criação de empregos e cargos desta natureza.

Quando da criação de cargo público de provimento em comissão, cumpre ao legislador traçar em seu texto cada uma das atribuições conferidas ao servidor ocupante de tal cargo, vez que a omissão de mandamento neste sentido impossibilita a aferição da presença dos critérios exigidos pelo constituinte, conduta esta que não pode ser tolerada em um Estado Democrático de Direito, cuja essência resta alicerçada na ampla publicidade de informação, sendo contrário ao seu espírito atos velados, obscuros, sobre os quais resta impossibilitada qualquer espécie de controle:

> "(...) 2. Princípio constitucional de maior densidade axiológica e mais elevada estatura sistêmica, a Democracia avulta como síntese dos fundamentos da República Federativa brasileira. Democracia que, segundo a Constituição Federal, se apóia em dois dos mais vistosos pilares: a) o da informação em plenitude e de máxima qualidade; b) o da transparência ou visibilidade do Poder, seja ele político, seja econômico, seja religioso (art. 220 da CF/88). (...)" (ADPF-MC 130. Relator Min. Carlos Britto. Pleno. Julgamento: 27.02.2008)"

Ou seja, a exigência de reserva legal se faz imperiosa em se tratando de cargos ou empregos de provimento efetivo e em comissão, posto que serve à mensuração da perfeita subsunção da hipótese normativa concreta ao comando constitucional.

É por isso que esse Sodalício exige que a lei descreva as atribuições de cada um dos empregos e cargos, pois, do contrário, não é possível ao Poder Judiciário e demais legitimados a tal controle sindicar se foram criados, efetivamente, para as situações constitucionalmente permitidas.

Nem se alegue que a descrição contida no artigo 2° do ato normativo ora impugnado supriria a inconstitucionalidade ora alegada, já que referido dispositivo se refere ao órgão da "OUVIDORIA GERAL" e não aos cargos de "OUVIDOR GERAL" e "ASSISTENTE TÉCNICO".

Deste modo, é patente a inconstitucionalidade dos cargos de provimento em comissão de "OUVIDOR GERAL" e "ASSISTENTE TÉCNICO" ante a ausência de disciplina legal concernente às suas atribuições, sendo imperiosa a declaração de inconstitucionalidade.

Repita-se, mais uma vez, que a ausência de fixação de atribuições desse cargo em lei caracteriza violação dos 111 e 115, II e V, da Constituição Estadual, pois, é exigência elementar à criação de cargos públicos a descrição de suas atribuições em lei.

IV – DO CARGO DE OUVIDOR GERAL

O cargo de "OUVIDOR GERAL" não pode ser provido por servidor comissionado livremente, mas sim por servidor investido de provimento efetivo, conforme já decidido por esse Col. Órgão Especial:

> DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **Criação de cargo de provimento em comissão de Ouvidor Geral do Município de Taquaritinga**. (Lei n° 4.295, de 09 de novembro de 2015, em sua redação original e na que lhe deu a Lei n° 4.317, de 29 de fevereiro de 2016). Inconstitucionalidade. **Cargo que**

> **há de ser preenchido por servidor investido de provimento efetivo, mercê do conhecimento real da estrutura administrativa do ente público em que for atuar**. Irregularidade, ademais, das atribuições fixadas, as quais estão divorciadas das posições de, chefia, direção e assessoramento, que reclamam outros atributos. Impossibilidade, à conta da natureza da posição, de a ocupação se dar por pessoa estranha ao quadro funcional. Violação aos artigos 111 e 115, incisos II e V, todos da Carta Política Paulista. Doutrina e Precedentes deste Colegiado. Modulação. Necessidade de salvaguardar os serviços que vêm sendo prestados em prol da população. AÇÃO PROCEDENTE sem redução de texto. (ADI nº 2208067-77.2016.8.26.0000, Rel. Beretta da Silveira, j. 24.05.2017).

De fato, não há, evidentemente, nenhum componente no posto de OUVIDOR GERAL a exigir o controle de execução das diretrizes políticas do governante a serem desempenhados por quem detenha absoluta fidelidade a orientações traçadas, sendo, por isso, igualmente ofensivo aos princípios da moralidade e da impessoalidade (art. 111, Constituição Estadual), que orientam os incisos II e V do art. 115 da Constituição Estadual.

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, 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 ou emprego público, mas somente àqueles que requeiram relação de confiança nas atribuições de natureza política de assessoramento, chefia e direção. Assim, é vedada a criação de cargos de provimento em comissão com funções meramente burocráticas, operacionais, técnicas, de natureza profissional e permanente.

Como é cediço, 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.

A jurisprudência proclama a inconstitucionalidade de leis que criam cargos de provimento em comissão que possuem atribuições técnicas, burocráticas ou profissionais, ao exigir que elas demonstrem, de forma efetiva, que eles tenham funções de assessoramento, chefia ou direção (STF, ADI 3.706-MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, v.u., DJ 05-10-2007; STF, ADI 1.141-GO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, 29-08-2002, v.u., DJ 29-08-2003, p. 16; STF, AgR-ARE 680.288-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, 26-06-2012, v.u., DJe 14-08-2012; STF, AgR-AI 309.399-SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Informativo STF 663; STF, AgR-RE 693.714-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, 11-09-2012, v.u., DJe 25-09-2012; STF, ADI 4.125-TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, 10-06-2010, v.u., DJe 15-02-2011; TJSP, ADI 150.792-0/3-00, Órgão Especial, Rel. Des. Elliot Akel, v.u., 30-01-2008).

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 (prevista inclusive no art. 37, I, da Constituição Federal; bem como no art. 115, I, da Constituição do Estado de São Paulo). Essa deve ser a forma de preenchimento dos cargos e empregos de natureza técnica ou burocrática.

Há, com efeito, implícitos limites à sua criação, visto que assim não fosse, estaria aniquilada na prática 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).

Prelecionando na vigência da ordem constitucional anterior, mas em magistério plenamente aplicável ao caso em exame, anotava Márcio Cammarosano a existência de limites à criação de postos comissionados pelo legislador. A Constituição objetiva, com a permissão para tal criação, "*propiciar ao Chefe de Governo o seu real controle mediante o concurso, para o exercício de certas funções, de pessoas de sua absoluta confiança, afinadas com as diretrizes políticas que devem pautar a atividade governamental. Não é, portanto, qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiado o seu exercício a esta ou aquela pessoa, a dedo escolhida, merecedora da absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aquelas que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos*

seus titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior (...). Admite-se que a lei declare de livre provimento e exoneração cargos de diretoria, de chefia, de assessoria superior, mas não há razão lógica que justifique serem declarados de livre provimento e exoneração cargos como os de auxiliar administrativo, fiscal de obras, enfermeiro, médico, desenhista, engenheiro, procurador, e outros mais, de cujos titulares nada mais se pode exigir senão o escorreito exercício de suas atribuições, em caráter estritamente profissional, técnico, livres de quaisquer preocupações e considerações de outra natureza" (*Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*, São Paulo, RT, 1984, p. 95/96).

Cumpre observar que o cargo mencionado não te suas atribuições descritas em lei, porém ainda que se levasse em conta as competências do órgão, descritas no art. 2°, é certo que delas não se extrai a imprescindibilidade do elemento fiduciário em concurso às atribuições de assessoramento, chefia e direção em nível superior.

Outrossim, é regra imperativa da Constituição Federal (art. 37, inciso V) que as funções de confiança sejam exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e que percentual de cargos de provimento em comissão seja reservado a servidores de carreira.

Cargos em comissão devem ser preenchidos para desempenho de atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Do art. 37, V, da Constituição Federal, e do art. 115, V, da Constituição Estadual, deriva que há cargos de provimento em comissão: a) não exclusivos; b) exclusivos de servidores de carreira. Aqueles são

livremente providos por qualquer pessoa que satisfaça os requisitos legais; estes somente por servidores de carreira, porque, embora o provimento seja precário, a natureza não-técnica de chefia, direção ou assessoramento aponta com maior grau para o caráter profissional respectivo.

A função de Ouvidor Geral deve ser exercida por servidor de carreira, integrante do Poder Executivo Municipal, pois pressupõe o conhecimento específico das funções e da estrutura administrativa do Município, a fim de bem processar as reclamações, denúncias e queixas recebidas da população, encaminhando-as ao órgão competente para apurá-las, quando necessário.

É incompatível com as atribuições de Ouvidor Geral a livre escolha e a nomeação de qualquer pessoa.

Afinal, trata-se de relevante função de direção e de chefia que só pode ser atribuída a servidor ocupante de cargo efetivo, em função da adição de atribuições que se impõe ao Ouvidor.

Trata-se, em última análise, de atribuição que requer conhecimento técnico, de tal forma que deve haver uma adição ou um acoplamento de atribuições ao servidor efetivo, de carreira, que pertence à mesma unidade administrativa cujas competências incluam as atividades próprias do cargo efetivo.

Cuida-se de situação que impõe um acréscimo de responsabilidades de natureza gerencial ou de supervisão que só pode ser atribuído a servidor ocupante de cargo efetivo.

Nesse sentido, esse Col. Órgão Especial assim decidiu no julgamento já mencionado:

(...)

O **posto de Ouvidor Geral nem de longe não se aproxima das chamadas funções de chefia, direção ou assessoramento**.

Conforme bem pontuou o parecer Ministerial inexiste qualquer missão destinada ao Ouvidor Geral "(...) a exigir o controle de execução das diretrizes políticas do governante a serem desempenhadas por quem detenha absoluta fidelidade a orientações traçadas, (...)".

Ao contrário do que pensa o Réu, **aludida posição tem origem na palavra ombudsman, de origem sueca e que veio à cena em 1809 ao se criar o cargo de agente parlamentar de justiça que tinha a função de limitar os poderes do rei**. Em termos atuais, a Ouvidoria consiste no órgão designado para atuar em instituições, públicas ou privadas, cabendo-lhe a recepção de toda sorte de queixas ou sugestões para dar o respectivo encaminhamento, devendo em essência atuar na proteção livre e imparcial de todos.

À conta de sua natureza, não há vínculo de aproximação com os seus contratantes, em especial "(...) por quem detenha absoluta fidelidade a orientações traçadas, (...)".

É, portanto, nesse contexto que a crítica do Autor tem cabimento. **Não há como se admitir que cargo desse naipe possa ser provido em comissão**.

(...)

Doutro lance, razoável a proposição vestibular no sentido de que a função **"[...] de Ouvidor Geral deve ser exercida por servidor de carreira, integrante do Poder Executivo Municipal, pois pressupõe o conhecimento específico das funções e da estrutura administrativa do Munícipio (...) incompatível (...) a nomeação de qualquer pessoa**. [...]". Este marco é representativo, na medida em que afasta a ideia da impossibilidade de provimento em comissão, senão que ele se dê em pessoa (I) concursada e (II) que integre, para melhor exercer a função, o Executivo local.

Tais postulados vão ao encontro do princípio da eficiência, que é um dos nortes a serem seguidos pelo administrador público. **De fato, soaria burlesco admitir alguém para realizar a função de Ouvidor apenas pelo critério de confiança, com o risco de produzir uma atuação aquém de sua importância, agravado pelo fato de desconhecer os meandros dos serviços e repartições públicas, primordial, convenha-se ao exercício pleno do cargo daí porque o pedido nesse cenário merece acolhida**. Evidente, nesses termos, a injúria aos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade, assim como da impossibilidade de provimento em comissão do cargo de Ouvidor Geral, a contrariar os artigos 111 e 115, incisos II e V, ambos da Constituição Estadual. (...)

Deste modo, necessária é a declaração de inconstitucionalidade da expressão "*não*" contida no *caput* do art. 3°, porquanto o cargo de OUVIDOR GERAL deve ser provido por servidor de carreira do Poder Executivo local.

V - DO PEDIDO LIMINAR

À saciedade demonstrado o *fumus boni iuris*, pela ponderabilidade do direito alegado, soma-se a ele o *periculum in mora*. A atual tessitura dos preceitos legais do Município de Tatuí apontados como violadores de princípios e regras da Constituição do Estado de São Paulo é sinal, *de per si*, para suspensão de sua eficácia até final julgamento desta ação, evitando-se ilegítima investidura em cargo público e a consequente oneração financeira do erário.

À luz deste perfil, requer-se a concessão de liminar para suspensão da eficácia, até final e definitivo julgamento desta ação, da expressão "*não*" contida no *caput* do art. 3°; do art. 5° e do inciso II do art. 6°, todos da Lei n° 3.930, de 18 de abril de 2007, do Município de Tatuí

VI - DO PEDIDO

Diante do exposto, aguarda-se o recebimento e processamento da presente ação direta, a fim de que seja, ao final, julgada procedente, para o fim de: (i) declaração de inconstitucionalidade da expressão "*não*" contida no *caput* do art. 3°; (ii) declaração de inconstitucionalidade do art. 5° e do inciso II do art. 6°, todos da Lei n° 3.930, de 18 de abril de 2007, do Município de Tatuí.

Requer-se, ainda, que sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Tatuí, bem como posteriormente

citado o Procurador-Geral do Estado para manifestar-se sobre os atos normativos impugnados.

Posteriormente, aguarda-se vista para fins de manifestação final.

Termos em que,

Aguarda-se deferimento.

São Paulo, 27 de outubro de 2017.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

blo