



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 n. 37.691/17

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES.

Incompatível com a reserva de lei formal, a moralidade, a impessoalidade, e a excepcionalidade dos cargos de provimento em comissão a criação dessas posições sem qualquer descrição de suas atribuições e que devem se restringir a funções de assessoramento, chefia e direção.

○ PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, no exercício da atribuição prevista no art. 116, VI, da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993, em conformidade com o disposto nos arts. 125, § 2º, e 129, IV, da Constituição Federal, e nos arts. 74, VI, e 90, III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado, vem, respeitosamente, perante este Egrégio Tribunal de Justiça, promover a



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

presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face dos arts. 61 e 62 e das expressões **Chefe de Assessoria Jurídica, Chefe de Assessoria Técnica, Assessor Jurídico, Assessor Técnico, Assistente Técnico II, Assistente Técnico I, Assistente, Assistente Administrativo, Oficial de Gabinete, Diretor de Divisão Técnica, Assistente Jurídico, Agente de Controle Ambiental, Coordenador, Encarregado de Equipe, Auxiliar de Gabinete, Coordenador de Projetos, Assistente II, Administrador de Parque IV, Administrador de Parque III, Administrador de Parque II, Encarregado de Setor Técnico, Encarregado de Equipe II, Encarregado de Serviços Gerais, das tabelas A a H do Anexo I e do Anexo II da Lei n. 14.887, de 15 de janeiro de 2009, do Município de São Paulo**, pelos fundamentos a seguir expostos:

I - OS PRECEITOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

Em 15 de janeiro de 2009 foi editada a Lei n. 14.887 do Município de São Paulo que reorganiza a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente e dispõe sobre seu quadro de cargos de provimento em comissão (fls. 07/76, 201/273, 324/365). Seus arts. 25 a 28 estabelecem as atribuições dos cargos de provimento em comissão de Secretário, Secretário Adjunto, Chefe de Gabinete e Diretores de Departamento, e assim dispõe no que interessa para esta ação:

Art. 61. Ressalvada a situação dos atuais titulares, os cargos de provimento em comissão da Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente passam a ser os constantes do Anexo I, Tabelas "A" a "I", integrante desta lei, observadas as seguintes normas:



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

I - criados, os cargos constantes da coluna "Situação Nova", sem correspondência na coluna "Situação Atual";

II - mantidos, com as alterações eventualmente ocorridas, os que constam das duas situações;

III - extintos, os cargos que figuram apenas na coluna "Situação Atual".

Parágrafo único. Os cargos de provimento em comissão de Administrador de Parque V, Ref. DAS-12, Administrador de Parque IV, Ref. DAS-11, Administrador de Parque III, Ref. DAS-10, e de Administrador de Parque II, Ref. DAS-9, constantes do Anexo I, Tabela "D", integrante desta lei, lotados no DEPAVE, são destinados ao Centro Municipal de Campismo - CEMUCAM, às Áreas de Proteção Ambiental - APAs e aos parques criados e aos que vierem a ser criados por meio de legislação específica.

Art. 62. Ficam transferidos do Quadro Específico de Cargos de Provimento em Comissão a que se refere o Decreto nº 45.751, de 4 de março de 2005, para a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente, os cargos de provimento em comissão constantes da coluna "Situação Atual" do Anexo II, com as adequações necessárias, conforme o caso, previstas na sua coluna "Situação Nova".



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

Apesar de o art. 63 da lei estabelecer que “no prazo de 6 (seis) meses a contar da publicação desta lei, o Executivo enviará para a Câmara Municipal de São Paulo um projeto de lei para a criação da carreira de administrador de parques municipais, com a consequente extinção de todos os correspondentes cargos de administrador de parque contidos na presente lei”, **até o presente momento não houve o endereçamento do competente projeto de lei**, segundo consta das informações prestadas pela Prefeitura Municipal de São Paulo (fl. 385).

As tabelas A a H do Anexo I e o Anexo II dessa lei **arrolam os seguintes cargos de provimento em comissão que, à exceção** dos cargos de Secretário, Secretário Adjunto, Chefe de Gabinete e Diretor de Departamento, **não têm qualquer descrição em lei de suas atribuições** (e que só poderiam ser de assessoramento, chefia e direção): Chefe de Assessoria Jurídica, Chefe de Assessoria Técnica, Assessor Jurídico, Assessor Técnico, Assistente Técnico II, Assistente Técnico I, Assistente, Assistente Administrativo, Oficial de Gabinete, Diretor de Divisão Técnica, Assistente Jurídico, Agente de Controle Ambiental, Coordenador, Encarregado de Equipe, Auxiliar de Gabinete, Coordenador de Projetos, Assistente II, Administrador de Parque IV, Administrador de Parque III, Administrador de Parque II, Encarregado de Setor Técnico, Encarregado de Equipe II, Encarregado de Serviços Gerais.

Aliás, a ausência de completa descrição de atribuições também acoimava a legislação anterior que estruturava a Secretaria do Verde e do Meio Ambiente da Prefeitura Municipal de São Paulo, como a Lei n. 11.426, de 18 de outubro de 1993 (fls. 164/196), cujo art. 34 e suas tabelas criavam cargos de provimento em comissão - à exceção do Secretário, do Supervisor Geral de Administração e dos Diretores de Departamento (arts. 19 a 21) -, e a Lei n. 14.464, de 04 de julho de 2007



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

(fls. 197/199), cujo art. 1º alterou parcialmente o quadro de cargos comissionados desse órgão. Neste sentido, indagada especificamente, a Prefeitura Municipal de São Paulo transmitiu novas informações da Secretaria do Verde e Meio Ambiente respondendo que:

“esta Secretaria Municipal foi criada através da Lei Municipal nº 11.426 de 18 de outubro de 1993 e reorganizada pela Lei Municipal nº 14.887 de 15 de janeiro de 2009 onde os cargos de provimento em comissão foram criados e/ou reestruturados sendo atribuídas exigências de ordem técnica/administrativa para o provimento desses cargos porém sem a descrição específica das atribuições de suas funções” (fl. 290).

II – O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

Os dispositivos acima destacados da lei municipal 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, e é incompatível com os seguintes preceitos da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força de seu art. 144, e que assim estabelecem:

Artigo 24 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.



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

.....

§ 2º - Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:

.....

1 - criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;

.....

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;



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

.....
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;

À exceção dos cargos de Secretário, Secretário Adjunto, Chefe de Gabinete e Diretores de Departamento, a criação dos demais cargos de provimento em comissão pelos preceitos legais impugnados, **à míngua da descrição de suas atribuições de assessoramento, chefia e direção**, é incompatível com os arts. 24, § 2º, 1, 111 e 115, II e V, da Constituição Estadual.

O quadro ora exposto revela a criação indiscriminada, abusiva e artificial de cargos de provimento em comissão porque não retratam atribuições de assessoramento, chefia e direção, a exigirem liberdade de provimento em comissão até porque não contém a legislação municipal qualquer descrição de suas atribuições (e que sequer poderia constar de ato normativo infralegal).

Um dos princípios norteadores do provimento de cargos públicos reside na ampla acessibilidade e igualdade de condições a todos os interessados, respeitados os requisitos inerentes às atribuições de cada cargo. Acesso esse que se visa garantir com a obrigatória realização do concurso público, para que, sem que reste tangenciado o princípio da isonomia, preserve-se também a eficiência da máquina estatal, consubstanciada na escolha dos candidatos mais bem preparados para o



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

desempenho das atribuições do cargo público, de acordo com os critérios previstos no edital respectivo.

A excepcional possibilidade de a lei criar cargos cujo provimento não se fundamente no processo público de recrutamento pelo sistema de mérito não admite o uso dessa prerrogativa para burla à regra do acesso a cargos e empregos públicos mediante prévia aprovação em concurso público (art. 115, II, Constituição do Estado) que decorre dos princípios de moralidade, impessoalidade e eficiência (art. 111, Constituição do Estado).

É dizer: 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. Portanto, não coaduna a criação de cargos desse jaez – cuja qualificação é matéria da reserva legal absoluta – com atribuições ou funções profissionais, operacionais, burocráticas, técnicas, administrativas, rotineiras, sendo, ademais, irrelevante a denominação e a forma de provimento atribuídas, pois, *verba non mutant substantiam rei*. O essencial é análise do plexo de atribuições da função pública.

Neste sentido, a jurisprudência censura a criação abusiva, artificial e indiscriminada de cargos de provimento em comissão (STF, ADI 3.706, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05-10-2007; STF, RE-AgR 365.368-SC, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 22-05-2007, v.u., DJ 29-06-2007, p. 49; STF, ADI 3.233-PB, Tribunal Pleno, Rel., Min. Joaquim Barbosa, 10-05-2007, v.u., DJ 14-09-2007, p. 30; STF, ADI 1.141-GO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, 29-08-2002, v.u., DJ 29-08-2003, p.



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

16; TJSP, ADI 150.792-0/3-00, Órgão Especial, Rel. Des. Elliot Akel, v.u., 30-01-2008; TJSP, ADIN 173.308.0/4-00, Órgão Especial, Rel. Des. José Roberto Bedran, v.u., 24-06-2009; TJSP, ADI 165.773-0/1-00, Órgão Especial, Rel. Des. Maurício Ferreira Leite, v.u., 10-08-2008).

Por isso, os preceitos impugnados ofendem os princípios de moralidade e impessoalidade (art. 111, Constituição Estadual), que orientam os incisos II e V do art. 115 da Constituição Estadual.

Concorre a tanto a falta de fixação de atribuições desses cargos, caracterizadora de violação dos arts. 24, § 2º, I, 111 e 115, II, da Constituição Estadual, pois, é exigência elementar à criação de cargos públicos a descrição de suas atribuições em lei.

Com efeito, o procedimento mantém incompatibilidade vertical com o princípio da legalidade – porque a **reserva legal exige lei em sentido formal para disciplina das atribuições de cargo público**, como adverte 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



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

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-se 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, 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.

Nem se alegue, por oportuno, que ao Chefe do Poder Executivo remanesceria competência para descrição das atribuições dos empregos 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



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

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", 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 324-325).

Neste sentido, pronuncia o Supremo Tribunal Federal:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PODER EXECUTIVO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECRETOS 26.118/05 E 25.975/05. REESTRUTURAÇÃO DE AUTARQUIA E CRIAÇÃO DE CARGOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. INOCORRENTE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO. I - A Constituição da República não oferece guarida à possibilidade de o Governador do Distrito Federal criar cargos e reestruturar órgãos públicos por meio de simples decreto. II - Mantida a decisão do Tribunal a quo, que, fundado em dispositivos da Lei Orgânica do DF, entendeu violado, na espécie, o princípio da reserva legal. III - Recurso Extraordinário desprovido”



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

(STF, RE 577.025-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 11-12-2008, v.u., DJe 0-03-2009).

“1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Condição. Objeto. Decreto que cria cargos públicos remunerados e estabelece as respectivas denominações, competências e remunerações. Execução de lei inconstitucional. Caráter residual de decreto autônomo. Possibilidade jurídica do pedido. Precedentes. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 5º da Lei nº 1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos arts. 61, § 1º, inc. II, ‘a’, e 84, inc. VI, ‘a’, da CF. Precedentes. Ações julgadas procedentes. São inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução” (STF, ADI 3.232-TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, 14-08-2008, v.u., DJe 02-10-2008).



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

Comunga este entendimento esse egrégio Tribunal de Justiça, como se nota da invocação de julgamento de seu colendo Órgão Especial:

“Ação direta de inconstitucionalidade – leis municipais de São Vicente – criação de cargos – não pode a lei delegar competência reservada a ela pela Constituição do Estado para decreto estabelecer as atribuições dos cargos (...) – ação procedente” (TJSP, ADI 170.044-0/7-00, Órgão Especial, Rel. Des. Eros Piceli, 24-06-2009, v.u.).

Com **maior razão** a exigência de reserva legal em se tratando de **cargos ou empregos de provimento em comissão**, posto que serve para **mensuração da perfeita subsunção da hipótese normativa concreta ao comando constitucional excepcional** que restringe o comissionamento às funções de assessoramento, chefia e direção. Portanto, **somente se a lei possuir atribuições nela descritas desse jaez, será legítima e não abusiva nem artificial sua criação e sua forma de provimento.**

III - PEDIDO

Face ao exposto, requer o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja **julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 61 e 62 e das expressões** **Chefe de Assessoria Jurídica, Chefe de Assessoria Técnica, Assessor Jurídico, Assessor Técnico, Assistente Técnico II, Assistente Técnico I, Assistente, Assistente Administrativo, Oficial de Gabinete, Diretor de Divisão Técnica, Assistente Jurídico, Agente de Controle Ambiental, Coordenador, Encarregado de Equipe, Auxiliar de Gabinete, Coordenador de Projetos, Assistente II, Administrador de Parque IV,**



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

Administrador de Parque III, Administrador de Parque II, Encarregado de Setor Técnico, Encarregado de Equipe II, Encarregado de Serviços Gerais, das tabelas A a H do Anexo I e do Anexo II da Lei n. 14.887, de 15 de janeiro de 2009, do Município de São Paulo, à exceção dos cargos de Secretário, Secretário Adjunto, Chefe de Gabinete e Diretores de Departamento.

Requer, também, a **concessão de liminar** suspendendo a eficácia dos preceitos legais impugnados até final e definitiva decisão de mérito, à vista do concurso dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Além da plausibilidade do vício de inconstitucionalidade há o perigo da demora que justifica se evitar a ocorrência de lesão irreparável ou de difícil reparação ou sua continuidade à vista do agravo à regular investidura excepcional em cargos de provimento em comissão com reflexos negativos e imediatos no erário.

Requer, ainda, a requisição de informações ao Prefeito e à Câmara Municipal de São Paulo e a citação do Procurador-Geral do Estado, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 22 de janeiro de 2018.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça