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

Protocolado n. 139.354/17

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. AUSÊNCIA DE EDIÇÃO DE LEI ESPECÍFICA QUE ESTABELEÇA PERCENTUAL MÍNIMO DOS CARGOS EM COMISSÃO NA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA E NO QUADRO DE PESSOAL DA PREFEITURA E DA CÂMARA MUNICIPAL DE HOLAMBRA A SEREM PREENCHIDOS POR SERVIDORES DE CARREIRA.

1. A exigência constitucional de percentual mínimo dos cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira institui direito de acesso dos servidores públicos efetivos aos cargos de direção superior, bem como assegura a qualidade, a eficácia e a continuidade do serviço público.

2. Princípio da simetria. Princípio constitucional estabelecido (arts. 115, V, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo). Obrigação de legislar. Omissão relevante, transcurso de mais de 12 anos, desde nova redação dada ao inciso V do art. 115 da Constituição Estadual pela Emenda Constitucional nº 21, de 14.02.2006, e mais de 19 anos da redação que a EC nº 19/1998 deu ao inciso V do art. 37 da Constituição Federal.

3. Precedente do Colendo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça de São Paulo (Processo nº 0140894-75.2013.8.26.0000, rel. des. Ferreira Rodrigues, j. 25.08.2014, v.u.).

O **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 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo), em conformidade com o disposto nos arts. 125, § 2º, e 129, IV, da Constituição Federal, e, ainda, 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 esse Egrégio Tribunal de Justiça, promover a presente **AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO** em face **do Prefeito Municipal de Holambra e da Câmara Municipal de Holambra**, pelos fundamentos expostos a seguir.

1. DOS FATOS

Nos autos do Protocolado MP nº 139.354/2017, por intermédio de representação da Promotoria de Justiça de Artur Nogueira (fls. 02/03), a Procuradoria-Geral de Justiça apurou a inexistência de ato normativo específico que estabeleça percentual mínimo dos cargos de provimento em comissão na estrutura administrativa e no quadro de pessoal da Prefeitura

e da Câmara Municipal de Holambra a serem preenchidos por servidores efetivos.

O Prefeito Municipal de Holambra, por intermédio da Procuradoria Jurídica, informou não existir previsão legal fixando o percentual dos cargos em comissão a serem preenchidos por servidores ocupantes de cargos efetivos na estrutura administrativa (fl. 69 do Protocolado).

O Presidente da Câmara Municipal de Holambra confirmou que não existe lei específica sobre o tema, informando que contratou a empresa PERFIX ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA a fim de adequar a situação, com a apresentação de Projeto de Resolução, situação que poderá perdurar por até cinco meses (fls. 12 e 87 do Protocolado).

2. DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

A necessidade da fixação em lei de percentual mínimo de funções de cargos em comissão na estrutura administrativa dos Poderes Públicos a serem ocupados por servidores efetivos decorre da Emenda Constitucional nº 21, de 14.02.2006, que, reproduzindo o art. 37, V da Constituição Federal (com a redação dada pela EC nº 19/1998), deu a seguinte redação ao art. 115, V da Constituição Estadual:

> "(...)
>
> 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:
>
> (...)

> 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
>
> (...)"

A regra dos cargos em comissão é a transitoriedade.

Todavia, o que se vê no Brasil é uma burla à Constituição às avessas, um número de 600 mil servidores que não são concursados, mas que são investidos em cargos que deveriam ser ocupados por servidores titulares de cargos de carreira de provimento efetivo.

A Emenda 19/98 tentou corrigir essa perversão do sistema, ao alterar o inciso V do art. 37 da Constituição Federal. A Emenda determinou que um percentual mínimo dos cargos em comissão fosse ocupados por servidores concursados.

A nossa ordem constitucional republicana privilegia a meritocracia, não o favoritismo, o nepotismo ou qualquer outro subjetivismo.

O princípio da moralidade impõe o recrutamento do pessoal que servirá ao Poder Público pelo critério do concurso público. Excepcionalmente, para hipóteses cada vez mais excepcionalíssimas, caberá o provimento em comissão e, dentre essas hipóteses, há que prevalecer a preferência por quem já integra a carreira.

Os cargos públicos têm de restar acessíveis a todos aqueles que, providos da qualificação profissional exigida, também se mostrem merecedores de ocupá-los, após vencerem a corrida de obstáculos de um

concurso sério. Transparente, aberto a todos, fenômeno com o qual a Democracia não pode transigir.

Cumpre salientar que o art. 115, V da Constituição Estadual institui o princípio constitucional de acessibilidade aos cargos de direção superior da administração aos servidores públicos efetivos.

A necessidade de observância a tal mandamento constitucional visa não só estimular e servir de prêmio à dedicação do servidor efetivo, mas passa a integrar o próprio plano de carreira. Deve se estabelecer uma proporcionalidade para que alguns cargos de provimentos em comissão da administração sejam preenchidos por servidores públicos efetivos.

De outro lado, tal proporcionalidade é necessária para assegurar a qualidade, a eficiência, a profissionalização e a continuidade do serviço público, sobretudo por ocasião das mudanças de governo, quando se verifica uma substituição significativa dos ocupantes de cargos importantes da direção superior da Administração Pública. Nas trocas de governos deve existir uma estrutura mínima de pessoal do quadro de servidores públicos para ocupação de postos responsáveis pela condução superior da administração para que ela não sofra solução de continuidade.

O art. 90 da Constituição Estadual prevê a ação de inconstitucionalidade por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio da Constituição.

A omissão na fixação do percentual que assegurará a acessibilidade aos cargos em comissão pelos servidores efetivos, configura violação ao art. 115, V, da Constituição Estadual, que, pelo princípio da simetria previsto em seu art. 144, deve ser observado pelos municípios na sua produção normativa e organização administrativa.

3. DO DEVER DE LEGISLAR

A nossa Constituição Federal tem natureza compromissória e dirigente, uma vez que, mais do que organizar e limitar o poder político, institui direitos consubstanciados em prestações materiais exigíveis e impõe metas vinculantes para os poderes constituídos.

A realização ordinária da vontade constitucional concretiza-se através do processo legislativo conduzido pelos agentes públicos eleitos e pelo exercício regular das atribuições conferidas aos órgãos públicos.

No entanto, quando a inefetividade se instala, frustrando a supremacia da Constituição, cabe ao Judiciário suprir o *déficit* de legitimidade democrática da atuação do Legislativo.

A Constituição Federal é composta de normas jurídicas dotadas de supralegalidade. Atributo das normas constitucionais é sua imperatividade. Descumpre a imperatividade de uma norma constitucional quer quando se adota uma conduta por ela vedada – em violação a uma norma proibitiva, quer quando se deixa de adotar uma conduta por ela determinada – em violação de uma norma preceptiva. Porque assim é, a Constituição é suscetível de violação tanto por ação como por omissão. (Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 279).

Na hipótese que se apresenta, a omissão normativa municipal de iniciativa do Chefe do Poder Executivo quanto aos seus servidores, e da deliberação da Câmara Municipal quanto a seus respectivos servidores, reclama intervenção excepcional do Judiciário para a realização da vontade constitucional.

A propósito, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que:

> "Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere ou non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público." (STF. ADIn 1.439-DF, Rel Min. Celso de Mello, DJ 30.05.2003)

Observe-se que a referida norma constitucional não possui eficácia imediata, pois exige que a lei estabeleça as condições e os percentuais mínimos dos cargos em comissão que serão preenchidos por servidores públicos efetivos.

Assim, a fixação de percentual de cargos de comissão a serem preenchidos por servidores público efetivos, é necessária para que se torne efetivo o art. 115, V, da Constituição Estadual que garante ao servidor público efetivo acesso aos cargos da administração superior do município.

Lembremos que embora existam outras classificações quanto à eficácia das normas constitucionais, ou seja, sua aptidão para produção de efeitos no mundo jurídico é convincente aquela proposta por José Afonso da Silva, que as separa em: (a) normas de eficácia plena (*self-executing* ou "autoexecutáveis"); (b) normas de eficácia contida (ou de conteúdo "restringível"); (c) normas de eficácia limitada (*not self-executing*, ou "não autoexecutáveis").

Sabe-se que somente as primeiras, nessa classificação (normas de eficácia plena) produzem efeitos imediatos, independentemente de edição de normas infraconstitucionais. As da segunda categoria, por sua vez, são aquelas que produzem efeitos imediatos mesmo sem serem regulamentadas, mas estão sujeitas a delimitação ou restrições por norma infraconstitucional. As da última categoria são esvaziadas de eficácia imediata, só concretizando a promessa constitucional nelas contida com a edição da legislação infraconstitucional pertinente ao tema (autor citado, Aplicabilidade das normas constitucionais, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 63 e ss).

Naquilo que interessa ao caso específico, não há dúvida de que o dispositivo constitucional mencionado assegura a acessibilidade dos servidores públicos aos cargos em comissão. A concretização dessa diretriz constitucional está nitidamente vinculada ou condicionada à edição de ato normativo de escalão inferior para a fixação do seu percentual e condições.

Desse modo, tratando de matéria subordinada à iniciativa legislativa do Prefeito Municipal, nos termos do art. 24, § 2º, 1 da Constituição Estadual quanto a seus servidores, bem como a deliberação da Câmara Municipal quanto a seus respectivos servidores, e verificada as suas inércias, fica absoluta e incontestavelmente configurada a omissão normativa, a exigir a intervenção do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através do exercício da jurisdição constitucional.

A superlativa gravidade da omissão normativa inconstitucional se evidencia, na medida da constatação de que ela perdura por mais de 12 anos, considerada a data da redação dada ao inciso V do art. 115 da

Constituição Estadual. E, por mais de 19 anos, tomando por base a redação do art. 37, V da Constituição Federal.

No entanto, a omissão do Prefeito Municipal e da Câmara Municipal em dar início ao processo legislativo, em conformidade com os parâmetros constitucionais, estabelecendo percentual mínimo de cargos em comissão a serem ocupados por servidores público efetivos, indica de modo claro a prevalência da omissão legislativa, levando-nos a concluir que sem a intervenção jurisdicional, com o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, a lacuna infraconstitucional não encontrará solução.

A omissão do legislador para tornar efetiva norma constitucional de eficácia limitada encontra reparo através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. É o que dispõe o art. 90, § 4º, da Constituição Estadual (que reproduz, com adaptações, a previsão contida no art. 103, § 2º da CF):

> "(...)
>
> Art. 90.
>
> (...)
>
> § 4º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma desta Constituição, a decisão será comunicada ao Poder competente para a adoção das providências necessárias à prática do ato que lhe compete ou início do processo legislativo, e, em se tratando de órgão administrativo, para a sua ação em trinta dias, sob pena de responsabilidade.
>
> (...)"

O Col. Supremo Tribunal Federal tem, há muito, reafirmado a necessidade de firme combate às omissões normativas inconstitucionais, que se revelam tanto na ausência de norma infraconstitucional como na sua insuficiência para dar concretude às diretrizes estabelecidas na Constituição Federal (ADI 1.458-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-5-96, DJ de 29-9-96. No mesmo sentido: ADI 1.439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-5-96, DJ de 30-5-03).

A doutrina, do mesmo modo, anota que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é instrumento de "*defesa da integralidade da vontade constitucional. É procedimento apropriado para a declaração da mora do legislador, com o consequente desencadeamento, por iniciativa do próprio órgão remisso, do processo de suprimento da omissão inconstitucional*" (Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro,* 2. ed., São Paulo, RT, 2000, p. 339/340).

Confira-se ainda: Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 195/198; Oswaldo Luiz Palu, *Controle de constitucionalidade*, 2. ed., São Paulo, RT, 2001, p. 285/291.

Tendo presente que o processo objetivo de controle de constitucionalidade tem como finalidade assentada na Constituição Federal assegurar sua eficácia normativa, a interpretação finalista e sistemática para tal instituto deve conduzir à conclusão de que a mera determinação de suprimento da omissão legislativa não será suficiente no caso concreto aqui examinado, pois seguramente haverá manutenção da situação de omissão inconstitucional.

Esse quadro demonstra o acerto da solução da doutrina e da jurisprudência que vislumbram a possibilidade de suprimento da omissão normativa infraconstitucional pela própria decisão proferida no controle concentrado.

Dirley da Cunha Júnior (*Controle judicial das omissões do poder público*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 547) põe a questão em destaque, observando que:

> "(...)
>
> para além da ciência da declaração da inconstitucionalidade aos órgãos do Poder omissos, é necessário que se estipule um prazo razoável para o suprimento da omissão. Mas não é só. A depender do caso, **expirado esse prazo sem que qualquer providência seja adotada, cumprirá ao Poder Judiciário, se a hipótese for de omissão de medida de índole normativa, dispor normativamente sobre a matéria constante da norma constitucional não regulamentada**. Essa decisão, acentue-se, será provisória, terá efeitos gerais (erga omnes) e prevalecerá enquanto não for realizada a medida concretizadora pelo poder público omisso (...)
>
> (...)" (g.n.)

No mesmo sentido é o pensamento de Luís Roberto Barroso, formulando críticas à interpretação restritiva do alcance do instituto aqui empregado (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 208/214), bem como a doutrina de Clèmerson Merlin Clève (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 349/350).

Em suma, com o esperado acolhimento desta ação, será pertinente a fixação de prazo para que a lacuna legislativa seja eliminada, bem como a determinação de que, na hipótese de persistência da omissão normativa, como decorrência da eficácia vinculante da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça, seja fixado percentual mínimo para os comissionamentos do pessoal com vínculo efetivo com a municipalidade.

Apenas a título de ilustração e como parâmetro para a fixação do percentual mínimo por esse Colendo Órgão Especial necessária para conferir eficácia vinculante à decisão a ser proferida, importante apontar a proporção de cargos em comissão existentes no Governo Federal, tradicionalmente apontado como fonte inesgotável de funções comissionadas, verificada no Boletim Estatístico de Pessoal, publicado no mês de janeiro de 2013, (http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim_estatistico/bol_estatistico_13/Bol201_Jan2013.pdf).

De acordo com o referido documento, havia, em dezembro de 2012, 90.173 servidores exercendo funções comissionadas na União (em um universo de 999.661 servidores). O grupo mais significativo e com maior evidência dentre essas funções refere-se os cargos de DAS (Cargo de Direção e Assessoramento Superiores). O número de servidores enquadrados nesse quadro corresponde a 24,85 % do total de comissionados da União (22.417 funcionários) e, dentre esses, apenas 26,4% (5.930) são comissionados puros que não tem qualquer vínculo com a Administração Pública. Ainda que não seja vinculante, o comportamento da União, que conta com a maior arrecadação dentre os entes federativos, deve ser espelho para as demais, sobretudo os menores – inclusive do ponto de vista fiscal – que são os Municípios.

A propósito da matéria específica em análise, esse colendo Órgão Especial já se pronunciou. Senão vejamos:

> "ACÃO DE DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. Alegação de ofensa ao Art. 115, inciso V, da Constituição Estadual, que dispõe que os cargos em comissão (destinados apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento) devem ser preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei. Superveniência de lei dispondo sobre essa questão (percentual mínimo) no que se refere aos cargos comissionados do Poder Executivo (Lei nº 2.337, de 18 de janeiro de 2016). Perda parcial de objeto. Necessidade de prosseguimento da ação em relação aos cargos comissionados do Poder Legislativo. Reconhecimento de inconstitucionalidade, nessa parte, em razão da inexistência de norma disciplinando a matéria. Mora legislativa configurada. Ação procedente com fixação do prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que a omissão seja suprida. Estabelecimento, ainda, do percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) para preenchimento dos cargos em comissão por servidores públicos efetivos, na hipótese de persistência da omissão normativa além do prazo fixado". (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº 2249039-26.2015.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, v.u, julgado em 01 de julho de 2016).

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. Alegação de ofensa ao Art. 115, inciso V, da Constituição Estadual, que dispõe que os cargos em comissão (destinados apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento) devem ser preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei.
>
> Reconhecimento de inconstitucionalidade em razão da inexistência da norma disciplinando a questão no âmbito do município de Nova Campina. Mora legislativa configurada. Ação procedente com fixação do prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que a omissão seja suprida.
>
> Estabelecimento, ainda, do percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) para preenchimento dos cargos em comissão por servidores públicos efetivos, na hipótese de persistência da omissão normativa além do prazo fixado". (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº 0140894-75.2013.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, v.u, julgado em 20 de agosto de 2014).

4. DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer-se que, recebida e autuada esta, sejam instados a se manifestar, mediante requisição de informações, o Prefeito Municipal e o Presidente da Câmara Municipal de Holambra.

Prestadas as informações, aguarda-se a **procedência** desta **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão**, para:

a. **declaração da existência de mora legislativa,** quanto à edição de lei específica para fixação de percentual mínimo dos cargos em comissão na estrutura administrativa do Município de Holambra e ato normativo na Câmara Municipal de Holambra a serem preenchidos por servidores públicos de carreira;

b. seja dada **ciência à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Holambra,** fixando-se prazo sucessivo para o encaminhamento de proposta legislativa (Prefeito Municipal) e para a edição dos atos normativos (Câmara Municipal), referentes aos servidores do Poder Executivo, e com relação aos servidores do Legislativo, à própria Câmara, imprescindíveis à concretização das diretrizes constitucionais já consignadas.

c. seja fixado percentual mínimo dos cargos em comissão para preenchimento por servidores públicos efetivos, a ser observado pelo município, na hipótese de persistência da omissão normativa além do prazo fixado no item anterior.

Termos em que,

Aguarda-se deferimento.

São Paulo, 08 de março de 2018.

Walter Paulo Sabella
Procurador-Geral de Justiça
- em exercício –

acas/dcm

Protocolado n° 139.354/17

1. Distribua-se a inicial da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão.
2. Providenciem-se as anotações e comunicações de praxe.
3. Cumpra-se.

São Paulo, 08 de março de 2018.

Walter Paulo Sabella
Procurador-Geral de Justiça
- em exercício –

aca/dcm