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

Protocolado n° 143.428/2017

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS MUNICIPAIS DE ITAPIRA. ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DO SAAE. CRIAÇÃO ABUSIVA E ARTIFICIAL DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES, EXIGÊNCIAS E REQUISITOS DE PROVIMENTO PREVISTOS EM LEI.

1. Cargos de provimento em comissão, sem descrição das respectivas atribuições. 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. Violação do princípio da reserva legal (art. 111 e 115, II e V, CE/89).
2. É inconstitucional a criação de cargo de provimento em comissão que não retrata atribuições de assessoramento, chefia e direção senão funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais a ser preenchido por servidor público investido em cargo de provimento efetivo (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 nº 734, de 26 de novembro de 1993, e em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, 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 143.428/2017), que segue como anexo), vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face das **expressões "Diretor Técnico", "Diretor Administrativo e Financeiro", "Chefe de Divisão de Operação de Sistemas", "Chefe de Divisão de Manutenção", "Chefe de Divisão de Suprimentos", "Chefe de Divisão de Recursos Humanos", "Chefe de Divisão Comercial", "Assessor de Gabinete IV", contidas no inciso III do art. 3º da Lei Complementar nº 4.538, de 22 de fevereiro de 2010; arts. 3º, 4º e as expressões "Assessor III", "Assessor V" contidas no art. 7º da Lei Complementar nº 4.731, de 04 de abril de 2011; art. 2º da Lei Complementar nº 5.339, de 05 de dezembro de 2014; art.2º da Lei Complementar nº 5.513, de 05 de maio de 2016; incisos XXXVII, XXXVIII, XXXIX e XL do Anexo I Lei nº 5.632, de 21 de setembro de 2017, todas do Município de Itapira,** pelos fundamentos expostos a seguir:

I. OS DISPOSITIVOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

A Lei Complementar nº 4.438, de 22 de fevereiro de 2010, que "*Dispõe sobre a estrutura administrativa do SERVIÇO AUTÔNOMO DE*

ÁGUA E ESGOTOS DE ITAPIRA (fls. 25/40), possui, no que diz respeito ao objeto desta ação, a seguinte redação, *verbis*:

> "(...)
>
> Art. 3° - Para viabilizar a nova estrutura administrativa do SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTOS DE ITAPIRA, ficam criados os seguintes cargos, cujas atribuições estão definidas no REGIMENTO INTERNO anexo, quais sejam:
>
> (...)
>
> III – CARGOS EM COMISSÃO SEM VINCULAÇÃO DE EFETIVIDADE
>
> QUANTIDADE DENOMINAÇÃO
>
> 01 Presidente
>
> 01 Diretor Técnico
>
> 01 Diretor Administrativo e Financeiro
>
> 01 Chefe de Divisão de Operação de Sistemas
>
> 01 Chefe de Divisão de Manutenção
>
> 01 Chefe de Divisão de Suprimentos
>
> 01 Chefe de Divisão de Recursos Humanos
>
> 01 Chefe de Divisão Comercial
>
> 02 Assessor de Gabinete IV
>
> (...)"

Por sua vez, a Lei n° 4.731, de 04 de abril de 2011, que "*Altera a estrutura administrativa do SAEE*" estabelece:

> (...)

Art. 3º) Ficam criados na estrutura administrativa do Serviço Autônomo de Água e Esgotos de Itapira os cargos abaixo, de provimento em comissão, nos números, referência e vencimento que especifica:

Nº a criar	Título da Função	Referência	Vencimento
3	Assessor de Gabinete III	CC 5	R$ 1.167,79
3	Assessor de Gabinete V	CC 1	R$ 660,51

Art. 4º) Ficam aumentados na estrutura administrativa do Serviço Autônomo de Água e Esgotos de Itapira o cargo, de provimento em comissão, no número, referência e vencimento que especifica:

Nº existente	Nº a criar	Título da Função	Nº total	Referência	Vencimento
2	1	Assessor de Gabinete IV	3	CC 3	R$ 874,67

(...)

Art. 7° Com as alterações previstas nesta Lei quadro de pessoal do Serviço Autônomo de Água e Esgotos de Itapira fica assim constituído:

QUADRO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO

Nº	Título da Função	Referência	Vencimento
3	Assessor de Gabinete V	CC 1	R$ 660,51
3	Assessor de Gabinete IV	CC 3	R$ 874,67
3	Assessor de Gabinete III	CC 5	R$ 1.167,79
1	Chefe de Divisão de Manutenção	CC 10	R$ 2.405,74
1	Chefe de Divisão de Operação de Sistemas	CC 10	R$ 2.405,74
1	Chefe de Divisão de Recursos Humanos	CC 10	R$ 2.405,74
1	Chefe de Divisão de Suprimentos	CC 10	R$ 2.405,74
1	Chefe de Divisão Comercial	CC10	R$ 2.405,74
1	Diretor Administrativo e Financeiro	CC 11	R$ 3.600,60
1	Diretor Técnico	CC 11	R$ 3.600,60
1	Presidente		R$ 5.879,15

Do mesmo modo, a Lei 5.339, de 05 de dezembro de 2014, "*Dispõe sobre a criação de cargos no Quadro de Pessoal do SAAE*", assim dispondo:

> "(...)
>
> Art. 2º) Fica criado na estrutura administrativa do Serviço Autônomo de Água e Esgotos de Itapira 01 (um) cargo de CHEFE DE SEÇÃO DE PATRIMÔNIO E ARQUIVO, em comissão, de provimento obrigatório por servidor efetivo, referência CC 9, com vencimento mensal de R$ 2.770,87 (dois mil, setecentos e setenta reais e oitenta e sete centavos), com as seguintes atribuições:
>
> a) acompanhar os processos de aquisição, cessão e alienação de bens móveis e imóveis. b) conferir as escrituras de aquisição e alienação, e acompanhar os processos de pagamento, quando for o caso. c) conferir e cadastrar todos os bens móveis adquiridos pelo SAAE de Itapira. d) conferir, entregar e dar baixa nos bens alienados. e) fornecer, quando solicitado, informações e documentos para subsidiar os trabalhos da Comissão Permanente de Avaliação. g) inspecionar periodicamente os bens móveis e imóveis, solicitando ao órgão competente as providências necessárias à sua perfeita conservação e destinação. h) manter perfeito e completo o arquivo de termos de empréstimo, de doação, de transferência e outros documentos referentes à movimentação de bens móveis. i) manter cadastro dos imóveis declarados de utilidade pública. j) organizar

e manter atualizado o registro e cadastro geral de todos os bens móveis e imóveis, semoventes, utensílios, maquinarias pertencentes ao SAAE de Itapira para controle interno e prestação de contas junto ao Tribunal de Contas do Estado. k) participar de comissões de inventários, avaliações e reavaliações. l) realizar balancetes mensais das variações patrimoniais e inventário anual dos bens. m) registrar a movimentação dos bens de um órgão para outro. n) promover o arquivamento e a preservação dos processos e documentos do SAAE de Itapira. o) realizar as atividades de classificação de documentos, de acordo com a Tabela de Temporalidade Documental. p) propor ao Diretor Administrativo e Financeiro do SAAE, descarte de processos e documentos em observância às normas regulamentares da temporalidade documental. q) orientar a organização e o monitoramento dos arquivos corrente e intermediário das unidades organizacionais do SAAE, promovendo, quando cabível, a remessa anual de tais documentos ao arquivo morto. Lei Complementar nº 5339/14 Fls. 3 r) atender à legislação alusiva ao controle dos procedimentos relativos à entrada e à saída de processos e documentos para arquivamento. s) executar outras tarefas correlatas conforme necessidade ou a critério de seu superior.

(...)".

Por sua vez, a Lei 5.513, de 05 de maio de 2016, que "*Aumenta, cria e altera a denominação de cargos na estrutura administrativa do SAAE*", estabelece:

> (...)
>
> "Art. 2º) Fica criado na estrutura administrativa do Serviço Autônomo de Água e Esgotos de Itapira 01 (um) cargo de Chefe de Seção de Distribuição e Ramais de Água, em comissão, de provimento obrigatório por servidor efetivo, referência CC 9, com vencimento mensal de R$ 3.278,69.
>
> (...)".
>
> Chefe de Seção de Distribuição e Ramais de Água
>
> O Chefe de Seção de Distribuição e Ramais de Água, será funcionário do quadro efetivo do SAAE, designado pelo Presidente do SAAE.
>
> Caberá ao Chefe de Seção de Distribuição e Ramais de Água:
>
> I – Reportar todas as suas atividades ao Chefe de Divisão de Manutenção;
>
> II – Coordenar e orientar, nas atividades correlatas ao seu setor, as equipes de encanadores do SAAE;
>
> III – Definir juntamente com o Chefe da Divisão de Manutenção as prioridades para a execução dos serviços diários do seu setor;
>
> IV – Acompanhar se necessário, o corpo técnico da Engenharia do SAAE, quanto a análise de projetos novos de loteamentos ou setores de abastecimento;

V – Acompanhar os serviços realizados ou terceirizados pela autarquia quanto a instalação de novas redes de distribuição ou remanejamentos de redes existentes;

VI - Providenciar as anotações pertinentes em mapas e quando necessário realizar o croqui da obra executada, informando ao final desta a Diretoria Técnica para inserção destes dados no Cadastro Geral de Redes do SAAE.

VII – Fiscalizar as atividades das equipes de encanadores do SAEE quando houver:

A – execução de reparos em redes de abastecimento de água;

b- execução de novos ramais (Ligação de água) na rede de abastecimento;

c- execução de novas redes de abastecimento;

d – remanejamento de rede de abastecimento existente;

VIII – Realizar conjuntamente ao controle operacional a comunicação dos serviços correntes em atividades em que possa haver falhas na distribuição de água;

IX – Realizar o fechamento e abertura das válvulas instaladas ao longo da rede de distribuição, para execução dos serviços;

X – Zelar pelos bens utilizados no decorrer de suas atividades, bem como os de suas equipes;

XI- Executar outras atividades correlatas."

Por fim, a Lei 5.632, de 21 de setembro de 2017, que "*Regulamenta as atribuições dos cargos dom quadro de pessoal do SAAE*", estabelece no que interessa:

> "Anexo I
>
> (...)
>
> XXXVII – Da Divisão Comercial
>
> Compete ao **Chefe da Divisão Comercial**:
>
> - Fazer a escrituração sintética e analítica dos fatos de natureza orçamentária, financeiro e patrimonial;
> - Colaborar na formulação da proposta orçamentária, financeira e patrimonial;
> - Controlar as dotações orçamentárias referentes à Divisão Comercial;
> - Organizar e manter atualizado o cadastro de usuários;
> - Expedir o reaviso de contas vencidas;
> - Expedir avisos de corte e restabelecimento de fornecimento de água;
> - Encaminhar a contabilidade mapa de faturamento de boletim diário de arrecadação para lançamento no sistema contábil;
> - Encaminhas às seções competentes as ordens de serviços para realização e supressão de ligações de água e esgoto e mudança de localização de ligações;

- Informar para inscrever em dívida ativa;
- Emitir relatórios mensais de controle de movimento de ligações, economias, hidrômetros e dos consumos medido e faturado;
- Gerenciar todos os contratos de prestação de serviços de informáticas terceirizados pela autarquia;
- Coordenar as atividades da NBR ISO da Divisão Comercial;
- Fazer a avaliação dos fornecedores da Divisão Comercial e encaminhar à seção e compras;
- Atender aos requisitos do sistema de gestão certificados, conforme NBR ISSO;
- Executar outras atividades inerentes à sua área de competência sempre atendendo determinação superior e as normas de segurança e higiene do trabalho.

XXXVIIII- Assessor de Gabinete III

O Assessor de Gabinete III será designado pelo Presidente do SAAE:

Compete ao **Assessor de Gabinete III**:

- Prestar asssessoria à Presidência e as Diretorias no intuito de otimizar as tarefas pertinentes as áreas de administrativas e técnicas;

- Assessorar diretamente a Presidência e Diretorias do SAAE, evolvendo as seguintes atividades: acompanhamento, controle, desenvolvimento, coordenação, execução das atividades políticos-administrativas do Presidente e Diretores;

- Atender aos requisitos do sistema de gestão certificados, conforme NBR ISSO;

- Executar outras atividades inerentes à sua área de competência sempre atendendo determinação superior às normas de segurança e higiene do trabalho.

XXXIX- Assessor de Gabinete IV:

O Assessor de Gabinete IV será designado pelo Presidente do SAAE.

Compete ao **Assessor de Gabinete IV**:

- Prestar asssessoria à Presidência e as Diretorias no intuito de otimizar as tarefas pertinentes as áreas de administrativas e técnicas;

- Assessorar diretamente a Presidência e Diretorias do SAAE, evolvendo as seguintes atividades: acompanhamento, controle, desenvolvimento, coordenação, execução das atividades políticos-administrativas do Presidente e Diretores;

- Atender aos requisitos do sistema de gestão certificados, conforme NBR ISSO;
- Executar outras atividades inerentes à sua área de competência sempre atendendo determinação superior às normas de segurança e higiene do trabalho.

XL- Assessor de Gabinete V

O Assessor de Gabinete V será designado pelo Presidente do SAAE.

Compete ao **Assessor de Gabinete V**:

- Prestar asssessoria à Presidência e as Diretorias no intuito de otimizar as tarefas pertinentes as áreas de administrativas e técnicas;
- Assessorar diretamente a Presidência e Diretorias do SAAE, evolvendo as seguintes atividades: acompanhamento, controle, desenvolvimento, coordenação, execução das atividades políticos-administrativas do Presidente e Diretores;
- Atender aos requisitos do sistema de gestão certificados, conforme NBR ISSO;
- Executar outras atividades inerentes à sua área de competência sempre atendendo determinação superior às normas de segurança e higiene do trabalho."

(....)

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 DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE "DIRETOR TÉCNICO", "DIRETOR ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO", "CHEFE DE DIVISÃO DE OPERAÇÃO DE SISTEMAS", "CHEFE DE DIVISÃO DE MANUTENÇÃO", "CHEFE DE DIVISÃO DE SUPRIMENTOS" e "CHEFE DE DIVISÃO DE RECURSOS HUMANOS" NA ESTRUTURA DO SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE ITAPIRA

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

O Anexo I da Lei nº 5.632/2017, assim como a Lei nº 4.538/2011, traz somente a descrição das atribuições dos órgãos, que não se confunde com a necessária previsão das atribuições dos cargos comissionados de "Diretor Técnico", "Chefe de Divisão de Operação de Sistemas", "Chefe de

Divisão de Manutenção", "Diretor Administrativo e Financeiro", "Chefe de Divisão de Suprimentos" e "Chefe de Divisão de Recursos Humanos" (incisos XXXI, XXXII, XXXIII, XXXIV, XXXV, XXXVI, XXXVII).

Esses dispositivos citados preceituam que: *"Compete à Diretoria Técnica (...)" ou "Compete à Divisão de Manutenção (...)"*, **sem descrever as atribuições do respectivo Diretor ou Chefe da Divisão.**

A legislação municipal, desse modo, previu as atribuições dos órgãos, mas não as dos cargos. Tal omissão vulnera o princípio da legalidade ou reserva legal e o art. 115, incisos I, II e V da Constituição Estadual, cuja aplicabilidade à hipótese decorre do art. 144 da Carta Estadual.

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*. 6ª ed., ver. e atual., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 846/847).

No caso em comento, **não se vislumbra no texto normativo a descrição das atribuições de cada cargo comissionado**, 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, por oportuno, que ao Chefe do Poder Executivo remanesceria eventual competência para descrição das atribuições dos empregos e cargos 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 emprego e cargo público e dispor sobre seus requisitos de habilitação e forma de provimento.

A alegação cede à vista do art. 61, § 1°, II, a, da Constituição Federal, e do art. 24, § 2°, 1, da Constituição Estadual que, em coro, exigem lei em sentido formal. Regulamento administrativo (ou de organização) contém normas sobre a 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, § 1°, II, a, 84, VI, b, Constituição Federal; art. 47, XIX, a, Constituição Estadual) ou para os fins de contenção de despesas (art. 169, § 4°, Constituição Federal).

Nesse passo, cabe gizar que, apreciando lei estadual, o Supremo Tribunal Federal reafirmou que "a delegação de poderes ao Governador para, mediante decreto, dispor sobre 'as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado', é inconstitucional porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei" (ADI 4125, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00068).

Todavia, na contramão dos entendimentos supramencionados, a boa técnica legislativa não fora observada quando da instituição dos cargos vergastados.

Deste modo, é patente a inconstitucionalidade dos cargos de provimento em comissão de "Diretor Técnico", "Chefe de Divisão de Operação de Sistemas", "Chefe de Divisão de Manutenção", "Diretor

Administrativo e Financeiro", "Chefe de Divisão de Suprimentos" e "Chefe de Divisão de Recursos Humanos", do SAAE do Município de Itapira ante a ausência de disciplina legal concernente às suas atribuições.

A ausência de fixação de atribuições desses cargos 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 - AS ATRIBUIÇÕES TÉCNICAS E BUROCRÁTICAS - CRIAÇÃO ABUSIVA E ARTIFICIAL DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE "CHEFE DA DIVISÃO COMERCIAL", "ASSESSOR DE GABINETE III", "ASSESSOR DE GABINETE IV", "ASSESSOR DE GABINETE V", "CHEFE DE SEÇÃO DE DISTRIBUIÇÃO E RAMAIS DE ÁGUA" e "CHEFE DE SEÇÃO DE PATRIMÔNIO E ARQUIVO"

As atribuições dos cargos de provimento em comissão de "Chefe da Divisão Comercial", "Assessor de Gabinete III", "Assessor de Gabinete IV", "Assessor de Gabinete V", "Chefe de Seção de Distribuição e Ramais de Água", "Chefe de Seção de Patrimônio e Arquivo", não expressam atribuições de chefia, direção ou assessoramento, revelando, ao revés, tratar-se de cargos com funções técnicas, burocráticas, profissionais e ordinárias.

O cargo em comissão de **Chefe da Divisão Comercial,** possui dentre as suas atribuições, "organizar e manter atualizado o cadastro de usuários", "expedir o reaviso de contas vencidas" e "expedir avisos de corte e restabelecimento de fornecimento de água", o que evidencia a natureza puramente profissional, técnica, burocrática ou operacional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior (inciso XXXVII do Anexo I da Lei 5.632/2017).

Já os cargos em comissão de **Assessor de Gabinete III", "Assessor de Gabinete IV" e "Assessor de Gabinete V"**, possuem idêntico rol de atribuições genéricas, burocráticas e subalternas, quais sejam: "prestar assessoria à Presidência e as Diretorias no intuito de otimizar as tarefas pertinentes as áreas de administrativas e técnicas"; "assessorar diretamente a Presidência e Diretorias do SAAE, evolvendo as seguintes atividades: acompanhamento, controle, desenvolvimento, coordenação, execução das atividades políticos-administrativas do Presidente e Diretores; atender aos requisitos do sistema de gestão certificados, conforme NBR ISSO"; "Executar outras atividades inerentes à sua área de competência sempre atendendo determinação superior às normas de segurança e higiene do trabalho" (inciso XXXVIII, XXXIX e XL do Anexo I da Lei 5.632/2017

Por sua vez, dentre as atribuições do cargo em comissão de **Chefe de Seção de Patrimônio e Arquivo** estão a de "organizar e manter atualizado o registro e cadastro geral de todos os bens móveis e imóveis, semoventes, utensílios, maquinarias pertencentes ao SAAE de Itapira para controle interno e prestação de contas junto ao Tribunal de Contas do Estado" e "realizar as atividades de classificação de documentos, de acordo com a Tabela de Temporalidade Documental", funções estas nitidamente técnicas e operacionais (Art. 2° da Lei 5.339/2014).

No que tange ao cargo de **Chefe de Seção de Distribuição e Ramais de Água**, figuram dentre as suas atribuições as de "realizar o fechamento e abertura das válvulas instaladas ao longo da rede de distribuição, para execução dos serviços", "realizar conjuntamente ao controle operacional a comunicação dos serviços correntes em atividades em que possa haver falhas na distribuição de água" e "acompanhar os

serviços realizados ou terceirizados pela autarquia quanto a instalação de novas redes de distribuição ou remanejamentos de redes existentes", atribuições de natureza nitidamente operacionais e burocráticas (Art. 2° da Lei 5.513/2016).

Como bem pontificado em venerando acórdão desse Egrégio Tribunal:

> "A criação de tais cargos é exceção a esta regra geral e tem por finalidade de propiciar ao governante o controle de execução de suas diretrizes políticas, sendo exigido de seus ocupantes absoluta fidelidade às orientações traçadas.
>
> Em sendo assim, deve ser limitada aos casos em que seja exigível especial relação de confiança entre o governante e o servidor.
>
> (...)
>
> Tratando-se de postos comuns – de atribuição de natureza técnica e profissional -, em que não se exige de quem vier a ocupá-los o estabelecimento de vínculo de confiança ou fidelidade com a autoridade nomeante, deveriam ser assumidos, em caráter definitivo, por servidores regularmente aprovados em concurso público de provas ou de provas e títulos, em conformidade com a regra prevista no citado inciso II" (TJSP, ADI 173.260-0/4-00, Órgão Especial, Rel. Des. Armando Toledo, v.u., 22-07-2009).

Os cargos criados consubstanciam funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais, e, por isso, devem ser preenchidos por servidores públicos investidos em cargo de provimento efetivo, recrutados

após prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Não há, evidentemente, nenhum componente nos postos acima transcritos 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, ofensivos aos princípios da moralidade e da impessoalidade (art. 111, Constituição Estadual), que orientam os incisos II e V do art. 115 da Constituição Estadual.

Nesse sentido, é inconstitucional a criação de cargos ou empregos de provimento em comissão cujas atribuições são de natureza burocrática, ordinária, técnica, operacional e profissional, que não revelam plexos de assessoramento, chefia e direção, e que devem ser desempenhadas por servidores investidos em cargos de provimento efetivo mediante aprovação em concurso público.

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 os cargos mencionados não refletem a imprescindibilidade do elemento fiduciário em concurso às atribuições de assessoramento, chefia e direção em nível superior.

Assim, é de rigor a declaração de inconstitucionalidade dos cargos de "Chefe da Divisão Comercial", "Assessor de Gabinete III", "Assessor de Gabinete IV", "Assessor de Gabinete V", "Chefe de Seção de Distribuição e Ramais de Água" e "Chefe de Seção de Patrimônio e Arquivo".

V - 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 Itapira 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, das **expressões "Diretor Técnico", "Diretor Administrativo e Financeiro", "Chefe de Divisão de Operação de Sistemas", "Chefe de Divisão de Manutenção", "Chefe de Divisão de Suprimentos", "Chefe de Divisão de Recursos Humanos", "Chefe de Divisão Comercial", "Assessor de Gabinete IV", contidas no inciso III do art. 3° da Lei Complementar n° 4.538, de 22 de fevereiro de 2010; arts. 3°, 4° e as expressões "Assessor III", "Assessor V" contidas no art. 7° da Lei Complementar n° 4.731, de 04 de abril de 2011; art. 2° da Lei Complementar n° 5.339, de 05 de dezembro de 2014; art.2° da Lei Complementar n° 5.513, de 05 de maio de 2016; incisos XXXVII, XXXVIII, XXXIX e XL do Anexo I Lei n° 5.632, de 21 de setembro de 2017, todas do Município de Itapira.**

VI - PEDIDO

Diante do exposto, aguarda-se o recebimento e processamento da presente ação direta, a fim de que seja, ao final, julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade das **expressões "Diretor Técnico", "Diretor Administrativo e Financeiro", "Chefe de Divisão de Operação de Sistemas", "Chefe de Divisão de Manutenção", "Chefe de Divisão de Suprimentos", "Chefe de Divisão de Recursos Humanos", "Chefe de Divisão Comercial", "Assessor de Gabinete IV", contidas no inciso III do art. 3° da Lei Complementar n° 4.538, de 22 de fevereiro de 2010; arts. 3°, 4° e as expressões "Assessor III", "Assessor V" contidas no art. 7° da Lei Complementar n° 4.731, de 04 de abril de 2011; art. 2° da Lei Complementar n° 5.339, de 05 de dezembro de 2014; art.2° da Lei**

Complementar nº 5.513, de 05 de maio de 2016; incisos XXXVII, XXXVIII, XXXIX e XL do Anexo I Lei nº 5.632, de 21 de setembro de 2017, todas do Município de Itapira.

Requer-se, ainda, que sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Itapira, 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, 08 de março de 2018.

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

blo/crms

Protocolado n. 143.428/2017

Interessado: Promotoria de Justiça de Itapira

Objeto: representação para controle de constitucionalidade da criação de cargos em comissão da estrutura administrativa do SAAE do Município de Itapira

1. Promova-se a distribuição de ação direta de inconstitucionalidade, instruída com o protocolado incluso, em face das expressões "Diretor Técnico", "Diretor Administrativo e Financeiro", "Chefe de Divisão de Operação de Sistemas", "Chefe de Divisão de Manutenção", "Chefe de Divisão de Suprimentos", "Chefe de Divisão de Recursos Humanos", "Chefe de Divisão Comercial", "Assessor de Gabinete IV", contidas no inciso III do art. 3° da Lei Complementar n° 4.538, de 22 de fevereiro de 2010; arts. 3°, 4° e as expressões "Assessor III", "Assessor V" contidas no art. 7° da Lei Complementar n° 4.731, de 04 de abril de 2011; art. 2° da Lei Complementar n° 5.339, de 05 de dezembro de 2014; art.2° da Lei Complementar n° 5.513, de 05 de maio de 2016; incisos XXXVII, XXXVIII, XXXIX e XL do Anexo I Lei n° 5.632, de 21 de setembro de 2017, todas do Município de Itapira;
2. Promovo o arquivamento da representação no que se refere às funções de confiança de "Chefe de Seção de Tesouraria e Contabilidade", "Chefe de Seção de Almoxarifado e Transportes", "Chefe de Seção de Coletas e Ramais de Esgotos, "Chefe de Seção de Perdas Físicas de Água", "Chefe de Seção de Produção e Tratamento de Água", "Chefe de Seção de Tratamento e Recalque de Esgotos" (Leis 4.731/2011 e

5.513/2016), pois as funções têm previsão em lei de suas atribuições, as quais revelam natureza de assessoramento, chefia e direção sendo ocupados por servidores efetivos.

3. Oficie-se ao interessado, informando-lhe a propositura da ação, com cópia da petição inicial.

São Paulo, 08 de março de 2018.

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

blo/crms