



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

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

Protocolado nº 116.743/2017

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ESTADO DE SÃO PAULO. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. EMPREGOS PÚBLICOS. PROVIMENTO EM COMISSÃO. RESERVA DE PERCENTUAL A EMPREGADOS DE CARREIRA. OMISSÃO. DEVER DE INSTITUIR. 1. A ausência de edição de ato normativo que estabeleça percentual mínimo dos empregos em comissão na estrutura administrativa da Sociedade de Economia Mista DOCAS de São Sebastião, criada por lei e controlada pelo Estado de São Paulo, sediada no Município de São Sebastião, a serem preenchidos por empregados de carreira, caracteriza omissão inconstitucional pelo descumprimento do dever constante do inciso V do art. 115, CE/89, que reproduz o inciso V art. 37, da CF/88. 2. A exigência constitucional de percentual mínimo dos empregos em comissão a serem preenchidos por empregados de carreira garante o acesso aos cargos de direção superior e assegura a qualidade, a eficácia e a continuidade das atividades desenvolvidas pelo ente controlado pelo Poder Público. 3. Omissão relevante. Transcurso de mais de 11 anos desde a nova redação dada ao inciso V do art. 115 da Constituição Estadual pela Emenda Constitucional nº 21, de 14/2/2006, e mais de 19 anos da redação que a EC nº 19/1998 deu ao inciso V do art. 37 da Constituição Federal.



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

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 116.743/2017), que segue anexo, vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente **AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO** em face do **Governador do Estado de São Paulo** e da **Companhia Docas de São Sebastião**, sociedade de economia mista integrante da administração indireta, vinculada à Secretaria Estadual de Transportes (art. 1º do Decreto Estadual nº 52.102, de 29 de agosto de 2007), constituída sob forma de sociedade anônima através do Decreto-Lei nº 63, de 15 de maio de 1969 (fls. 31/32), controlada pelo Estado de São Paulo, mediante convênio firmado entre a União e o Estado de São Paulo, em 15 de junho de 2007, conforme o Decreto Estadual nº 52.102, de 29 de agosto de 2007 (fls. 19/20), com sede na Avenida Altino Arantes, 410, Centro, São Sebastião-São Paulo, pelos fundamentos expostos a seguir:

1. DOS FATOS

O procedimento que instrui esta inicial de ação direta de inconstitucionalidade - a cujas folhas reportar-se-á - foi instaurado a partir de encaminhamento de representação por parte da Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social, oriunda do Fórum dos Sindicatos, Oposições Sindicais e Movimentos Sociais do Litoral Norte de São Paulo, a qual relata não haver norma, editada pelo Estado de São Paulo, que estabeleça o



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

percentual mínimo dos empregos em comissão a serem preenchidos por empregados públicos efetivos (art. 115, II, CE) na Sociedade de Economia Mista DOCAS DE SÃO SEBASTIÃO, omissão esta que afronta o disposto no art. 115, V, CE (art. 37, V, CF), conforme será demonstrado a seguir.

2. DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

A necessidade da fixação do percentual mínimo de empregos públicos em comissão, a serem ocupados por empregados efetivos (art. 115, II, CE), decorre da Emenda Constitucional nº 21, de 14.02.2006, que, reproduzindo o inciso V do art. 37, da Constituição Federal (com a redação dada pela EC nº 19/1998), deu a seguinte redação ao inciso V do art. 115 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”.

Embora a regra dos empregos públicos em comissão seja a transitoriedade da investidura, a Constituição almeja o incremento da



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

profissionalização, determinando que percentual mínimo dos postos seja ocupado por agentes concursados, pois, a ordem constitucional republicana privilegia a meritocracia, não o favoritismo, o nepotismo ou qualquer outro subjetivismo.

O princípio da moralidade, no mesmo sentido, impõe o recrutamento do pessoal que servirá ao Poder Público pelo critério do concurso público. Excepcionalmente caberá o provimento em comissão e, nesses casos, há que prevalecer a preferência por quem já integra a carreira.

Os empregos públicos devem ser ocupados por aqueles que, possuidores da qualificação profissional exigida, revelem mérito mediante a superação de concurso público que a todos assegura igualdade de tratamento, garantia com o qual a Democracia não pode transigir.

O inciso V do art. 115 da Constituição Estadual institui o princípio constitucional de acessibilidade aos empregos de direção superior das sociedades de economia mista aos empregados públicos efetivos.

A necessidade de observância a tal mandamento constitucional visa, sobretudo, ao estímulo e à premiação do empregado público efetivo, além de obrigar as pessoas jurídicas de direito privado a disciplinar e prever o próprio plano de carreira.

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 empregos em comissão pelos empregados efetivos configura violação ao inciso V do art. 115, da Constituição Estadual, que



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

deve ser observado por qualquer dos poderes do Estado na sua produção normativa e organização administrativa.

○ Estado tem o dever de regradar e estabelecer o percentual.

3. DO DEVER DE REGRAR

A Constituição 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 se concretiza através do processo legislativo ou do poder regulamentar, conduzido por agentes públicos eleitos, bem como pelo exercício regular das atribuições conferidas aos órgãos públicos.

No entanto, quando a falta de efetividade da norma constitucional se instala, frustrando a supremacia da Constituição, cabe ao Judiciário suprir o déficit de legitimidade democrática da atuação dos demais Poderes.

A Constituição Federal é composta de normas jurídicas dotadas de supralegalidade. Atributo das normas constitucionais é sua imperatividade. Descumpre-se 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).



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

Na hipótese que se apresenta, a omissão normativa 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 exequíveis, abstendo-se, em consequência, 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 norma constitucional em pauta não possui eficácia plena imediata, pois exige que sejam estabelecidas as condições e os percentuais mínimos dos empregos em comissão que serão preenchidos por quem mantém vínculo efetivo.

Lembremos que embora existam outras classificações quanto à eficácia das normas constitucionais, no que diz respeito à 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”).



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

Sabe-se que 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).

Assim, a fixação de percentual de empregos públicos em comissão a serem preenchidos por efetivos é necessária para que se torne efetivo o inciso V do art. 115, da Constituição Estadual, que garante ao empregado público efetivo acesso aos cargos da Administração superior das sociedades de economia mista.

4. DA LEGITIMIDADE PASSIVA

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

A Companhia Docas de São Sebastião foi constituída através do Decreto-Lei nº 63, de 15 de maio de 1969 (fls. 31/32), e, mediante convênio firmado entre a União e o Estado de São Paulo, em 15 de junho de 2007, passou a ser controlada pelo Ente Estadual, conforme o Decreto Estadual nº 52.102, de 29 de agosto de 2007 (fls. 19/20).



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

Trata-se de sociedade de economia mista integrante da administração indireta, vinculada à Secretaria Estadual de Transportes (art. 1º do Decreto Estadual nº 52.102, de 29 de agosto de 2007), constituída sob forma de sociedade anônima, que, não obstante esteja sujeita ao regime de direito privado, conforme preconiza o artigo 173, § 1º, II, da Constituição Federal, sofre forte influência do direito público, tanto que se sujeita à observância dos princípios da administração pública (art. 111, CE, e art. 37, *caput*, CF), especialmente os da legalidade, moralidade, razoabilidade e finalidade, e, sobretudo, **a garantia de acesso mediante concurso público** (art. 115, II, CE e 37, II, CF) como forma de admissão ao emprego público, conforme reiterada jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal:

“ Aliás, outra não é a dicção do art. 173 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, que ao dispor, "que a lei estabelecerá o estatuto **jurídico** da empresa pública, da **sociedade** de **economia mista** e de seus subsidiários que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços", enfatiza em seu inciso III que referidas pessoas deverão observar, em relação à licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, os princípios da administração pública.” (TST RR 575434-15.1999.502.5555)

"O procedimento do concurso ou da seleção pública dos candidatos da administração pública indireta pode ser diverso da administração direta, mas não se pode dele prescindir e nem deixar de ser



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

público. Isto não é novidade entre nós, já que exemplos diversos se podem encontrar na própria administração pública federal: é o caso do Banco do Brasil S/A (sociedade de economia mista), da Caixa Econômica Federal (empresa pública de direito privado), que adotam o procedimento do concurso público para prover cargos e empregos de seus quadros" e concluiu: "... sociedade de economia mista que é, está obrigada à exigência do inciso II do art. 37, isto é, a admissão ou contratação para os cargos e empregos depende de aprovação prévia em concurso". (STF - MS 21322-1/DF, Pleno, j. 3.12.92 - Impetrantes: Telma Leite Morais e Outro - Impetrado: Tribunal de Contas da União - in LTr 57-9/1096)

“Ementa: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim,



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

visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.” (STF – RE 589.998/PI, Pleno (repercussão geral), Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20.03.13, p. 12.09.13)

“Administração pública indireta. Sociedade de economia mista. Concurso público. Inobservância. Nulidade do contrato de trabalho. Efeitos. Saldo de salário. Após a Constituição do Brasil de 1988, é nula a contratação para a investidura em cargo ou emprego público sem prévia aprovação em concurso público. Tal contratação não gera efeitos trabalhistas, salvo o pagamento do saldo de salários dos dias efetivamente trabalhados, sob pena de enriquecimento sem causa do Poder Público. Precedentes. A regra constitucional que submete as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas - (...) - não elide a aplicação, a esses entes, do preceituado no art. 37, II, da CF/88, que se refere à investidura em cargo ou emprego público.” (Al 680.939-AgR , Rel. Min. Eros Grau, DJ 1º.2.2008)

O próprio Decreto Estadual nº 52.102, de 29 de agosto de 2007 (artigo 12 – fls. 19/20) definiu o regime celetista de pessoal (emprego público), prevendo hipótese de admissão mediante concurso público.



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

Tal como os cargos, os empregos públicos admitem, em caráter excepcional, a livre nomeação e exoneração, nos termos da regra de competência, apenas nas hipóteses de assessoramento, chefia e direção em nível superior (art. 115, II e V, CE e art. 37, II, *in fine* e V, da CF).

Enquanto ao Estado cabe o controle da referida sociedade de economia mista, à própria Companhia, por meio do Conselho de Administração, incumbe a sua gestão (arts. 1º e 5º do Decreto Estadual nº 52.102, de 29 de agosto de 2007).

O Estado tem o poder de conduzir os rumos da Companhia Docas, inclusive de indicar os diretores (art. 47, XIII, CE), sobretudo a capacidade de imprimir sua vontade (interesse público) nas deliberações adotadas pela Assembleia Geral, que decide sobre todas as matérias de interesse da sociedade (artigos 1º, 4º e 5º do Estatuto Social¹), mas afóra o poder de eleger, em virtude do controle acionário e sob os critérios de conveniência e oportunidade, as prioridades estatutárias, indicando o modo e o tempo em que determinadas obras ou serviços devam ser executados, descabe ao Ente Federativo a gerência da companhia.

Inserese na reserva da Administração a criação dos empregos públicos já que a Carta Estadual somente prevê (art. 24, § 2º, 1), tal como a Carta da República (art. 61, § 1º, II, alínea "a"), a edição de lei para a criação de empregos públicos na Administração direta e autárquica, não nas empresas públicas e sociedades de economia mista.

¹ <http://www.metro.sp.gov.br/sic/pdf/institucional/estatutos-sociais.pdf>



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

Colhe-se, a propósito, do escólio de José dos Santos Carvalho Filho,²
o seguinte:

“...os empregos públicos de pessoas privadas da Administração (empresas públicas e sociedades de economia mista), que os denominados ‘cargos efetivos’, quer os chamados ‘cargos em comissão ou ‘de confiança’ (na verdade, ‘empregos efetivos’ ou ‘empregos em comissão’, como vimos) podem ser criados através dos atos de organização funcional dessas entidades”.

De outra forma não poderia ser, afinal, compete privativamente ao Governador exercer a direção superior da administração estadual (art. 47, II, CE).

Constitui ato administrativo complexo a criação de empregos públicos na sociedade de economia mista, na medida em que depende do impulso (interesse) da companhia e da autorização do Governador.

E, se apenas à Companhia e ao Governador incumbe a criação de empregos públicos, da mesma forma sobre tais pessoas recai a obrigação de estipular o percentual mínimo de empregos comissionados a serem preenchidos por empregados públicos admitidos mediante concurso público.

Verificada a inércia, fica absoluta e incontestavelmente configurada a omissão normativa, a exigir a intervenção do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio do exercício da jurisdição constitucional.

² Manual de Direito Administrativo, 25ª edição, Atlas, p. 612



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

5. A OMISSÃO NORMATIVA INFRACONSTITUCIONAL E SUA SOLUÇÃO

A superlativa gravidade da omissão inconstitucional se evidencia, na medida da constatação de que ela perdura por mais de 11 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.

A ausência de iniciativa do Poder Executivo, no sentido de produzir o ato normativo em conformidade com os parâmetros constitucionais, estabelecendo percentual mínimo de empregos em comissão a serem ocupados por empregados efetivos, indica de modo claro a prevalência da omissão normativa, levando-nos a concluir que sem a intervenção jurisdicional, com o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, a lacuna infraconstitucional não encontrará solução.

A omissão para tornar efetiva norma constitucional de eficácia limitada encontra reparo por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. É o que dispõe o § 4º do art. 90, 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



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

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 propósito do tema, inclusive, esse Colendo Órgão Superior decidiu recentemente que:

“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. Reconhecimento de inconstitucionalidade em razão da inexistência de 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



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

fixado.” (TJSP, ADO 0140894-75.2013.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 20 de agosto de 2014).

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.

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



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

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 omissivo (...)” (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 seja eliminada, bem como a determinação de que, na hipótese de persistência da omissão, como decorrência da eficácia vinculante da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça, seja fixado percentual mínimo para os comissionamentos do pessoal com vínculo efetivo.

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 março de 2014,



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

(http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/servidor/publicacoes/boletim_estatistico_pessoal/2014/Bol215_Fev2014_parte_l.pdf).

De acordo com o referido documento, havia, em fevereiro de 2014, 95.817 servidores exercendo funções comissionadas na União (em um universo de 1.017.221 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 23,73% do total de comissionados da União (22.739 funcionários) e, dentre esses, apenas 26,1% (5.936) 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 os demais entes.

6. DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer-se que, recebida e autuada esta, seja instado a se manifestar, mediante requisição de informações, o Senhor Governador do Estado e a Companhia Docas de São Sebastião.

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

a) **declaração da existência de mora normativa**, quanto à **edição de ato normativo para a fixação de percentual mínimo dos empregos em comissão na estrutura administrativa da Sociedade de Economia Mista**



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

DOCAS DE SÃO SEBASTIÃO, a serem preenchidos por empregados públicos de carreira;

b) seja dada ciência à **Companhia Docas de São Sebastião** e ao **Governador do Estado de São Paulo**, fixando-se prazo para a edição dos atos normativos, relativamente aos empregados públicos da **Companhia DOCAS DE SÃO SEBASTIÃO**, imprescindíveis à concretização das diretrizes constitucionais já consignadas.

c) seja fixado percentual mínimo dos empregos em comissão para preenchimento por empregados efetivos, a ser observado pela **Companhia DOCAS DE SÃO SEBASTIÃO**, na hipótese de persistência da omissão normativa além do prazo fixado no item anterior.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 05 de abril de 2018.

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

ms/ns



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

Protocolado nº 116.743/2017

Interessada: Promotoria de Justiça do Patrimônio Público

Objeto: representação para controle de constitucionalidade por omissão em razão de eventual ausência de lei específica no Estado de São Paulo estabelecendo percentual mínimo de empregos em comissão a serem preenchidos por servidores públicos efetivos na estrutura administrativa da Sociedade de Economia Mista DOCAS DE SÃO SEBASTIÃO

1. Distribua-se eletronicamente a inicial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, junto ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
2. Oficie-se a interessada comunicando-se o ajuizamento da presente ação direta de inconstitucionalidade.
3. De ordem, instaure-se novo expediente para a apuração da constitucionalidade da previsão de autorização para a contratação temporária de empregados até realização de concurso público prevista no par. único do art. 12 do Decreto nº 52.102, de 29 de agosto de 2007, instruindo com cópias Decreto nº 52.102, de 29 de agosto de 2007, do Estado de São Paulo, constante das fls. 19/21.
4. Cumpra-se.

São Paulo, 5 de abril de 2018.

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

ms/ns