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

Protocolado n° 139.352/2017

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR N° 03, DE 19 DE FEVEREIRO DE 2015, DO MUNICÍPIO DE ENGENHEIRO COELHO, QUE "DISPÕE SOBRE O PERCENTUAL MÍNIMO DE CARGOS COMISSIONADOS A SEREM PREENCHIDOS POR SERVIDORES DE CARREIRA E DETERMINA OUTRAS PROVIDÊNCIAS". OMISSÃO PARCIAL. INSUFICIÊNCIA DA NORMA. PERCENTUAL ÍNFIMO.

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. Reserva de 10% dos cargos comissionados a serem preenchidos por servidores públicos efetivos (parágrafo único do art. 1°). Ao estabelecer em lei percentual desse jaez, o Município torna mera ficção jurídica a exigência plasmada no art. 115, V, por evidente

esvaziamento de sua *ratio* normativa. Violação aos arts. 111 (razoabilidade, proporcionalidade e moralidade), e 115, V, da Constituição Estadual.

3. Manutenção do percentual previsto no parágrafo único do art. 1° da LC 03/2015, com reconhecimento de insuficiente atendimento ao comando constitucional, mediante o reconhecimento de omissão parcial.

O **Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, inciso VI, da Lei Complementar Estadual n° 734 de 26 de novembro de 1993, e em conformidade com o disposto no art. 125, § 2°, e no art. 129, inciso IV, da Constituição da República, e ainda no art. 74, inciso VI, e no art. 90, inciso III da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado (PGJ n° 139.352/2017, que segue anexo), vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face da omissão parcial constante do parágrafo único do art. 1°, da Lei Complementar n° 03, de 19 de fevereiro de 2015, do Município de Engenheiro Coelho, pelos fundamentos expostos a seguir.

1. DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO

A Lei Complementar n° 03, de 19 de fevereiro de 2015, do Município de Engenheiro Coelho, que "Dispõe sobre o percentual mínimo de cargos comissionados a serem preenchidos por servidores de carreira e determina outras providências", estabelece:

> "Artigo 1° - Fica acrescentado o Parágrafo Único ao art. 69 da Lei Complementar Municipal n° 02 de 19 de abril de 2013, passando a viger com a seguinte redação:
>
> 'Artigo 69 (...)
>
> Parágrafo Único – O percentual mínimo de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores efetivos da administração Direta, Autarquias do Município, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal, é fixado em 10% (dez por cento), dos cargos criados por lei.'
>
> Artigo 2° - As despesas decorrentes da execução desta Lei serão suportadas através de dotação orçamentária própria, suplementada se necessário.
>
> Artigo 3° - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação."

O diploma legal acima transcrito é verticalmente incompatível com nosso ordenamento constitucional, como será demonstrado a seguir.

2. O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

O dispositivo legal contestado é incompatível com os seguintes preceitos da Constituição Estadual, *in 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:
>
> (...)
>
> 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.
>
> (...)"

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL DECORRENTE DA PREVISÃO DE PERCENTUAL ÍNFIMO DE 10% (DEZ POR CENTO) DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO A SEREM PREENCHIDOS POR SERVIDORES EFETIVOS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E AUTOARQUIAS DO MUNICÍPIO DE ENGENHEIRO COELHO

O inc. V do art. 115 da Constituição Estadual, reproduzindo o inc. V do art. 37 da Constituição Federal, determina a reserva de percentual mínimo, adotado em ato normativo, de cargos de provimento em

comissão a servidores de carreira, com nítido escopo de estímulo à profissionalização do serviço público (e consequente valorização do servidor público titular de cargo de provimento efetivo, isolado ou de carreira), bem como compatibilizar a liberdade de provimento de cargos comissionados com os princípios que norteiam a atividade administrativa, previstos no art. 111 da Carta Bandeirante.

É sabido que 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, e para hipóteses cada vez mais extravagantes, caberá o provimento em comissão e, mesmo 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 em razão 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 inciso V do art. 115, 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.

Pois bem.

A legislação examinada estabelece percentual mínimo de 10% (dez por cento) para preenchimento de cargos em comissão por servidores de carreira na administração Direta e Autarquias do Município de Engenheiro Coelho (Parágrafo único do art. 1° da Lei Complementar n° 03, de 19 de fevereiro de 2015).

Dessa forma, abstraindo-se a quantidade, em primeira análise, poder-se-ia cogitar sua obediência ao disposto no inciso V do art. 115, da Constituição Estadual, porquanto se visualiza diploma tendente a dar cumprimento ao comando constitucional apontado.

Contudo, a partir de uma interpretação acurada da *ratio essendi* do inciso V do art. 115, da CE, a intelecção supramencionada revela-se errônea, pois, ao prever percentual assaz diminuto de postos comissionados a serem preenchidos por servidores de carreira no ente, conforme mencionado, tornou mera ficção o dispositivo indicado por representar evidente esvaziamento de seu comando. Há, portanto,

violação aos arts. 111 e 115, V, da Carta Paulista, por afronta à razoabilidade, à proporcionalidade e à moralidade, assim como burla implícita à excepcionalidade do provimento em comissão quando do preenchimento de postos na estrutura da Administração.

Sendo assim, é de rigor seja reconhecida a omissão inconstitucional parcial, mantendo-se o percentual de 10% (dez por cento) previsto pelo ato normativo impugnado, **porém reconhecendo a omissão para que seja determinado o estabelecimento de um percentual maior e condizente com os ditames constitucionais.**

Para completar, anote-se que, persistindo a mora do legislador, este Sodalício já se manifestou, **firmando em sua jurisprudência um piso de 50% (cinquenta por cento) ao percentual reclamado pelo Constituinte** quando da edição do art. 115, V, na Constituição Estadual. *In verbis*:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PERCENTUAL DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO A SEREM PREENCHIDOS POR SERVIDORES EFETIVOS - EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE FIXAÇÃO POR LEI - Mora verificada Inconstitucionalidade por omissão reconhecida, com fixação de prazo de 180 (cento e oitenta) dias para tomada das providências necessárias, após o que, em caso de persistência da mora, **50% dos cargos em questão deverão ser preenchidos por servidores efetivos**. Ação procedente, com determinação." (TJSP, ADI nº 2069053-15.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Moacir Peres, j. em 16.08.15 v.u – g.n.).

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. Ausência de edição de lei específica que estabeleça percentual mínimo dos cargos de provimento em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira, na estrutura administrativa do Município de Valparaíso, conforme preconiza o artigo 115, V, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade latente. Mora legislativa configurada. Ação procedente com fixação do prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que a omissão seja suprida, bem como determinar que, enquanto persistir a omissão legislativa, **ao menos 50% (cinquenta por cento) dos cargos em comissão sejam preenchidos por servidores efetivos**." (TJSP, ADI nº 2010554-38.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Péricles Piza, j. em 10.06.15 v.u – g.n.).

Ante o exposto, o percentual estabelecido na lei ora contestada não se concilia com os arts. 111 e 115, V, da Constituição Paulista, devendo ser declarada a omissão parcial da inconstitucionalidade por este E. Tribunal de Justiça.

4. DO PEDIDO

Diante do exposto, aguarda-se o recebimento e processamento da presente ação direta, a fim de que seja, ao final, julgada procedente para reconhecer a **omissão inconstitucional parcial** quanto à fixação de percentual de cargos em comissão a serem providos por servidores de carreira, **em vista do percentual ínfimo inserido no parágrafo único do art. 1° da Lei Complementar n° 03, de 19 de fevereiro de 2015,**

com a declaração de subsistência de mora legislativa quanto à edição de ato normativo específico para complementação do percentual dos cargos em comissão na administração Direta e Autarquias do Município de Engenheiro Coelho a serem preenchidos por servidores de carreira.

Requer-se, ainda, que sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Engenheiro Coelho, bem como posteriormente citado o Procurador-Geral do Estado para manifestar-se sobre o ato normativo impugnado.

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

Termos em que, aguarda-se deferimento.

São Paulo, 13 de abril de 2018.

GIANPAOLO POGGIO SMANIO
Procurador-Geral de Justiça

aaamj/ns

Protocolado n. 139.352/2017

Interessado: Promotora de Justiça de Artur Nogueira

Objeto: Representação para controle de constitucionalidade de percentual de cargos em comissão reservados a servidores de carreira – Lei Complementar nº 03/2015 do Município de Engenheiro Coelho.

1. Promova-se a distribuição de ação direta de inconstitucionalidade, instruída com o protocolado incluso, em face da omissão inconstitucional parcial do parágrafo único do art. 1°, da Lei Complementar nº 03, de 19 de fevereiro de 2015, do Município de Engenheiro Coelho.

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

São Paulo, 13 de abril de 2018.

GIANPAOLO POGGIO SMANIO
Procurador-Geral de Justiça

aaamj/ns