



**RECOMENDAÇÃO**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por seu órgão de execução abaixo assinado, com fulcro no art. 127, *caput*, e no art. 129, inc. II, ambos da Constituição Federal; no art. 27, parágrafo único, inc. IV, da Lei nº 8.625/93; no art. 113, § 1º, da Lei Complementar Estadual nº 734/93, e:

**Considerando** que este órgão de execução, tomou conhecimento, através da Representação nº 43.0305.0000160/2017-1 que a Lei Complementar Municipal nº 10/2015, que reestruturou os cargos na estrutura administrativa e salarial dos servidores públicos de Analândia, está em desacordo com o disposto no artigo 37, inciso V, da Constituição da República Federativa do Brasil, com a nova redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, bem como com artigo 115, inciso V, da Constituição do Estado de São Paulo; e artigo 72, inciso V, da Lei Orgânica Municipal;

**Considerando** por substrato a legitimidade deste Órgão Ministerial para fiscalizar o cumprimento da legislação municipal, e sua compatibilidade vertical com a Carta Política de 1988;

**Considerando** o contido no artigo 127 da Constituição Federal, que dispõe que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e **dos interesses sociais e individuais indisponíveis**”.

**Considerando** o disposto nos artigos 129, inciso III da mesma Carta Constitucional, que atribui ao Ministério Público a função institucional de “promover o inquérito civil e ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Página 2 de 7

Promotoria de Justiça de Itirapina  
Autos nº 43.0305.0000160/2017-1

**Considerando**, ainda, o artigo 27, § único, inciso IV, da Lei Federal n.º 8.625 de 12 de fevereiro de 1993, o qual faculta ao Ministério Público **expedir recomendação administrativa** aos órgãos da administração pública federal, estadual e municipal, requisitando ao destinatário adequada e imediata divulgação.

**Considerando** que ao Ministério Público compete zelar pela defesa do patrimônio público e social, nos termos do artigo 129, inciso II, da Constituição Federal, e tendo em vista que, dentro desta relevante atribuição ministerial, há de se exigir que o provimento de cargos em comissão no âmbito da Administração Pública respeite os princípios expostos no artigo 37, "caput", da Constituição Federal, sob pena de violação ao interesse público, ao regime de acessibilidade aos cargos públicos e ao respeito e credibilidade dos poderes e instituições públicas;

**Considerando** o estabelecido no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil:

**"Art. 37. "A administração pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência e, também, ao seguinte:**

[...]

**II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, 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**

Assinatura manuscrita no canto inferior direito da página.



**carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;”**

***Considerando*** que não se pode olvidar que os cargos em comissão constituem **forma excepcional** de admissão no serviço público, cujos cargos em regra devem ser preenchidos através de concurso público, pois como adverte HUGO NIGRO MAZILLI: “**O dano à moralidade administrativa está sempre presente quando a administração dispensa licitação ou concurso exigido por lei, e daí decorrem lesividade ou prejuízo. Na dispensa de concurso, a administração estará contratando pessoal sem a seleção necessária, exigível não só para assegurar os critérios de probidade e impessoalidade da administração, como, ainda, para recrutar os melhores dentre os candidatos às vagas; [...]**”<sup>1</sup>;

***Considerando*** que não se pode perder de vista, ademais, que os cargos em comissão destinam-se tão somente a atribuições de direção, chefia e assessoramento, conforme consta, expressamente, dos citados artigos da Constituição Federal, da Constituição do Estado de São Paulo da Lei Orgânica do Município de Analândia;

***Considerando*** que os cargos em comissão consubstanciam **funções cujo exercício vem a influenciar nas decisões políticas**, devendo ser preenchidos por pessoas que tenham a missão de executar e tomar decisões sobre um determinado programa político-ideológico de ação (cf. Mário Sérgio de Albuquerque Schirmer<sup>2</sup>);

***Considerando*** que **cargos técnicos**, bem como cargos **para execução de funções rotineiras**, jamais poderão ser considerados como de provimento em comissão, por mais contato que estes agentes possam ter com fatos relevantes da Administração<sup>3</sup>;

<sup>1</sup> A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 7.ª Edição, Ed. Saraiva, p. 158.

<sup>2</sup> Da admissão no serviço público, Curitiba: Juruá Editora, 1996.

<sup>3</sup> Schirmer, Mário, ob. Cit., p. 7.



**Considerando** que, ao dizer que os cargos em comissão destinam-se apenas às funções de direção, chefia e assessoramento (inc. V do art. 37 da Constituição Federal), a Magna Carta **obriga o legislador a especificar as atribuições desses cargos**, sob pena de violação ao princípio da legalidade, sendo que a especificação das funções dos cargos em comissão é imposição do próprio regime jurídico, e, por fim, a ausência de fixação das **atribuições** desses cargos acomete-os de inconstitucionalidade.

**Considerando**, o escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a respeito do tema, a saber: “Do mesmo modo, não se justifica o concurso para os cargos em comissão, tendo em vista a ressalva contida na parte final do inciso II, e a norma do inciso V, que, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, exige apenas que os mesmos sejam preenchidos “por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei”. Isso significa que a lei que vier a disciplinar esse dispositivo deverá assegurar que um mínimo de cargos em comissão seja ocupado por servidores de carreira”. (*in* Direito administrativo. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2004. p. 444).

**Considerando**, que o eminente jurista José Afonso da Silva, *apud* Alexandre de Moraes, ‘recomenda que os cargos em comissão e as funções de confiança sejam exercidos **preferencialmente**, por servidores ocupantes de cargos de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei (artigo 37, V) (*in* Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2004. p. 857).

**Considerando** que a Lei Complementar Municipal nº 10/2015, que regulamenta a estrutura administrativa do Poder Executivo Municipal, e dá outras providências, não contempla percentual mínimo de cargos em comissão a serem exercidos por servidores de provimento efetivo, estando em desacordo com o referido dispositivo constitucional e lei orgânica municipal.



**Considerando** que as normas infraconstitucionais deverão ser com ela compatíveis, sob pena de serem declaradas inconstitucionais, e, conseqüentemente, extirpadas do acervo legislativo;

**Considerando** que a mora do Poder Legislativo em exercer sua atividade típica de legislar, ou o exercício, a menor, deste mister, também se consubstanciam em formas de inconstitucionalidade;

**Considerando** que a inconstitucionalidade por omissão é espécie do gênero inconstitucionalidades, a teor do que preceitua o artigo 103, §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil;

**Considerando** que o objetivo pretendido pelo legislador constituinte de 1988, com a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional'; (*in* Direito Constitucional. – 17. São Paulo: Atlas, 2005. p. 686);

**Considerando** que a plena aplicabilidade dos dispositivos constitucionais deve ser perseguida por legisladores e gestores conscientes, detentores de responsabilidade social, e conhecedores de suas atribuições;

**Considerando** que a omissão de percentual mínimo referente aos cargos em comissão que deverão ser preenchidos por servidores de carreira se caracteriza em mora que deve ser solucionada pelo Poder Executivo, haja vista ser dele a iniciativa de legislar no presente caso, pois se trata de alteração do estatuto dos servidores do Poder Executivo;

**Considerando** que a negativa em atender a esta exigência constitucional poderá ser declarada formalmente mediante ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, a

Assinatura manuscrita no canto inferior direito da página.



ser intentada pelo Procurador-geral de Justiça do Estado de São Paulo, ajuizada perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

**Considerando** que referida iniciativa está em consonância com os princípios da eficiência e da moralidade, já que o exercício de cargos na administração pública por pessoas estranhas ao quadro estatal deve ser hipótese excepcional, que só deve ser admitida em situações distintas, e nos termos alinhavados pela Constituição;

Expede a presente **RECOMENDAÇÃO** ao Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal de Analândia, Jairo Aparecido Mascia, a fim de que:

I – Exerça seu mister constitucional, sanando a omissão mencionada, a fim de adequar a Lei Complementar Municipal nº 10/2015, às determinações do artigo 37, inciso V, da Constituição da República Federativa do Brasil; artigo 105, inciso V, da Constituição do Estado de São Paulo; e artigo 72, V, da Lei Orgânica Municipal;

II - Que o percentual mínimo atribuído aos servidores de provimento efetivo, que deverão exercer cargos em comissão, seja significativo e relevante, a ponto de não incorrer o referido dispositivo em vício de constitucionalidade material<sup>4</sup>, por afronta aos Princípios da Moralidade, da Razoabilidade e da Eficiência, norteadores da administração Pública Municipal;

III - Sugere-se, a título de exemplificação, que o texto de lei contenha a seguinte redação:  
**Destinar-se-á aos servidores do Quadro Permanente, ou de carreira um percentual mínimo de 20% para exercício dos Cargos em Comissão;**

<sup>4</sup> Sugere-se que o percentual mínimo adotado seja na ordem de, pelo menos, 20% (vinte por cento), dos cargos.



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Página 7 de 7

Promotoria de Justiça de Itirapina  
Autos nº 43.0305.0000160/2017-1

Ainda, este órgão Ministerial, com fundamento nos artigos. 129, incisos III e VI, da Constituição Federal; artigo 8º, parágrafo 1º, da Lei nº 7.347/85 e artigo 26, I, alínea 'b', da Lei nº 8.625/93, **REQUISITA**, para cumprimento em 120 (cento e vinte) dias, que Vossa Senhoria informe quanto ao atendimento ou não da presente Recomendação.

Em caso de não acatamento da Recomendação, o Ministério Público informa que adotará as medidas legais e judiciais necessárias a fim de assegurar a sua implementação, inclusive através do ajuizamento da ação civil pública cabível, precipuamente para respeito às normas constitucionais (artigo 37, inciso V, da CF), sem prejuízo do ingresso com a respectiva ação civil de responsabilidade pelos atos de improbidade administrativa praticados.

Itirapina, 11 de setembro de 2017.

  
**Fábica Caroline Nascimento**  
Promotora de Justiça