



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO
E COMBATE AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DE
ASSIS - SP

RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA

INQUÉRITO CIVIL Nº 14.0198.0002951/2015-7

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, por meio da 7ª Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Combate aos Atos de Improbidade Administrativa, pelo Promotor de Justiça que esta subscreve, com fulcro nas Leis n. 8.625/93 e 734/93, bem como no Ato n. 484/06 do CPJ, e;

CONSIDERANDO a necessidade de regularizar a situação de agentes públicos contratados/nomeados pela administração pública municipal, que estejam em desacordo com o que determina o artigo 37, incisos II e V (concurso público e cargos comissionados) da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que incumbe ao Ministério Público a defesa do patrimônio público e social, da moralidade e da eficiência administrativas, na forma dos artigos 127, *caput*, e 129, inciso III, da Constituição Federal;



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONSIDERANDO que são princípios norteadores da Administração Pública e de seus respectivos gestores a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal);

CONSIDERANDO que o princípio da impessoalidade impõe o tratamento igualitário aos cidadãos, sendo inadmissível a contratação de qualquer pessoa sem a prévia realização de concurso público, instrumento colocado à disposição da Administração Pública para conferir tratamento isonômico aos interessados na obtenção de qualquer cargo público;

CONSIDERANDO que o princípio da eficiência possui como desdobramento natural o dever da Administração Pública de contratar funcionários mediante concurso público para atender satisfatoriamente às necessidades dos administrados, colocando à disposição do serviço público profissionais gabaritados;

CONSIDERANDO que *“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 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”* (art. 37, inciso II, da Constituição Federal e artigo 115, inciso II, da Constituição do Estado de São Paulo);

CONSIDERANDO que, embora o Município seja dotado de autonomia política e administrativa dentro do sistema federativo (art. 1º e 18 da Constituição Federal), tal autonomia não tem caráter absoluto, pois



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

encontra limitação nas regras estabelecidas pelas Constituições Federal e Estadual, dentre as quais a obrigatoriedade do preenchimento dos cargos públicos pela via do concurso público de provas ou de provas e títulos, com exceção dos cargos em comissão;

CONSIDERANDO que, segundo o douto Prof. Hely Lopes Meirelles, amparado em precedente do Pretório Excelso, *“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”, 33ªed., São Paulo, Malheiros Editores, 2.007, p.440).

CONSIDERANDO que podem ser considerados de livre nomeação e exoneração apenas aqueles cargos que, pela própria natureza das atividades desempenhadas, exijam excepcional relação de confiança e lealdade, isto é, verdadeiro comprometimento político e fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos que vão bem além do dever comum de lealdade às instituições públicas, necessárias a todo e qualquer servidor. Assim, por tal motivo *“os cargos em comissão são próprios para a direção, comando ou chefia de certos órgãos, onde se necessita de um agente que sobre ser de confiança da autoridade nomeante se disponha a seguir sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da Administração. Por essas razões percebe-se quão necessária é essa fragilidade do liame. A autoridade nomeante não pode se desfazer desse poder de dispor dos titulares de tais cargos, sob pena de não poder contornar dificuldades que surgem quando o nomeado deixa de gozar de sua confiança”* (cf. Diógenes Gasparini, “Direito Administrativo”, 3ªed., São Paulo, Saraiva, 1.993, p.208);



CONSIDERANDO que *“é inconstitucional a lei que criar cargo em comissão para o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza puramente profissional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior”* (cf. Adilson de Abreu Dallari, “Regime Constitucional dos Servidores Públicos”, 2ª ed., 2ª tir., São Paulo, RT, 1992, p.41), conforme posição pacífica do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS 6.600/1998 (ART. 1º, CAPUT E INCISOS I E II), 7.679/2004 E 7.696/2004 E LEI COMPLEMENTAR 57/2003 (ART. 5º), DO ESTADO DA PARAÍBA. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. I - Admissibilidade de aditamento do pedido na ação direta de inconstitucionalidade para declarar inconstitucional norma editada durante o curso da ação. Circunstância em que se constata a alteração da norma impugnada por outra apenas para alterar a denominação de cargos na administração judicial estadual; alteração legislativa que não torna prejudicado o pedido na ação direta. II - Ofende o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal norma que cria cargos em comissão cujas atribuições não se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração, que informa a investidura em comissão. Necessidade de demonstração efetiva, pelo legislador estadual, da adequação da



norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público. Precedentes. Ação julgada procedente.” (ADI 3233/P – PARAÍBA, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: 10/05/2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

“Concurso público: plausibilidade da alegação de ofensa da exigência constitucional por lei que define cargos de Oficial de Justiça como de provimento em comissão e permite a substituição do titular mediante livre designação de servidor ou credenciamento de particulares: suspensão cautelar deferida. 1. A exigência constitucional do concurso público não pode ser contornada pela criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza; precedentes. 2. Também não é de admitir-se que, a título de preenchimento provisório de vaga ou substituição do titular do cargo - que deve ser de provimento efetivo, mediante concurso público -, se proceda, por tempo indeterminado, a livre designação de servidores ou ao credenciamento de estranhos ao serviço público.” (ADI-MC 1141/GO, Rel.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, J. 10/10/1994,
Pleno, DJ 04-11-1994, PP-29829, EMENT VOL-
01765-01 PP-00169).

CONSIDERANDO que a contratação em comissão para cargo de natureza essencialmente técnica, burocrática ou operacional é nula por vício de forma e de ilegalidade do objeto ante a manifesta violação ao princípio do concurso público estabelecido nas Constituições Federal e Estadual (art. 2º da Lei 4.717/65);

CONSIDERANDO que a contratação em comissão para cargo de natureza essencialmente técnica, burocrática ou operacional caracteriza, ao menos em tese, a prática de ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, *caput*, e incisos I e V, da Lei nº 8.429/92, por ofensa a princípios da Administração Pública;

CONSIDERANDO que a contratação em comissão para cargo de natureza essencialmente técnica, burocrática ou operacional caracteriza, ao menos em tese, a prática de crime de responsabilidade previsto no artigo 1º, inciso XIII, do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1.967;

CONSIDERANDO que, conforme apurado nos autos do Inquérito Civil nº 14.0198.0002951/2015-7 da Promotoria de Justiça de Assis, a Prefeitura de Echaporã mantém em seu quadro de funcionários profissionais contratados em comissão que exercem funções típicas da advocacia pública, apesar da Administração Pública contar com dois cargos de procurador jurídico de provimento efetivo, atualmente vagos;

Assinatura manuscrita em tinta preta, sobreposta ao texto final do documento.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONSIDERANDO que a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e a emissão de pareceres jurídicos em procedimentos da Administração Pública não são funções de “direção”, de “chefia” ou de “assessoramento” e sim permanentes, técnicas, burocráticas e operacionais;

CONSIDERANDO que a Constituição Federal estabelece em seus artigos 132 e 135 normas específicas sobre a Advocacia Pública da União e dos Estados, dentre as quais que seus integrantes sejam contratados obrigatoriamente por concurso público;

CONSIDERANDO que, segundo a doutra Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em parecer específico sobre a contratação de advogados pela Administração Pública, concluiu que *“havendo corpo jurídico, fixo, estável de Procuradores, não se justifica o credenciamento de advogados não concursados ou estranhos ao serviço público para procederem ao ajuizamento de execuções fiscais do Município”* (“Advocacia Pública. Limites à Terceirização.” in “Parcerias da Administração Pública”, São Paulo, Ed. Atlas, 2.009, p. 369)

CONSIDERANDO que, conforme sentença judicial no Procedimento Ordinário 0018626-09.2012.8.26.0047: “...o procurador jurídico – nomeado livremente pelo Sr. Prefeito, por meio de procuração por instrumento público de fls. 70, e portaria 008/2013, em total desobediência à regra da exclusividade de nomeações por concurso público, como determina o art. 37, inciso II, da Constituição Federal – gerou, no caso dos autos, um evidente descompasso e não apresentação de contestação, por ausência de comunicação entre os procuradores nomeados entre duas gestões, durante a fase de alteração de mandato de Prefeito, o que, além de inconstitucional, sem sombra de dúvidas



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

gerou prejuízo à representação adequada do Município nos autos e à atuação de forma geral.”;

CONSIDERANDO que tais funcionários contratados irregularmente recebem honorários fixados por arbitramento judicial e os decorrentes de sucumbência, fato que caracteriza, ao menos em tese, a prática de atos de improbidade administrativa previstos nos artigos 9º, *caput*, 10, inciso XII, e 11, *caput*, e inciso I, da Lei nº 8.429/92;

CONSIDERANDO que a representação judicial irregular e ou inapta do Município pode gerar nulidade dos atos processuais praticados, causando, inclusive, prejuízos aos cofres municipais e a prática de atos de improbidade administrativa previstos no artigo 10 da Lei nº 8.429/92;

CONSIDERANDO que o artigo 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, faculta ao Ministério Público expedir recomendações administrativas não vinculantes aos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal;

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO expede:

RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA

à **PREFEITURA MUNICIPAL DE ECHAPORÃ**, através do Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal, para que:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

1) A partir do recebimento da presente recomendação abstenha-se de contratar, admitir, ou aceitar a prestação de serviços advocatícios ou de assessoria jurídica, para funções normais e permanentes às suas finalidades, seja de forma direta ou através de interpostas pessoas, sem a prévia submissão, aprovação e classificação em concurso público, ex vi do artigo 37, II, da Constituição da República;

2) Promova, no máximo em 120 (cento e vinte) dias, em razão da segurança jurídica, o afastamento das pessoas que exercem os cargos de Procurador Jurídico ou Assessor Jurídico, os quais prestam serviços de natureza normal e permanente às finalidades jurídicas da Municipalidade, enviando, por conseguinte e ao final do prazo, documentos comprobatórios a esta Promotoria de Justiça de Assis;

3) No prazo acima descrito, promova a devida realização de concurso público para suprir tais cargos, sob pena de ser proposta a devida ação civil pública por atos de improbidade administrativa, com responsabilidade pessoal;

4) Remeta à Promotoria da Defesa do Patrimônio Público e Combate aos Atos de Improbidade Administrativa de Assis, no prazo de 30 (trinta) dias a partir do recebimento desta recomendação, informações circunstanciadas sobre as providências adotadas, sob pena das medidas judiciais cabíveis em face da Administração Pública Municipal e dos agentes públicos eventualmente envolvidos nos fatos;

5) Seja dada ampla publicidade à presente recomendação, com sua divulgação nos órgãos de publicação dos atos oficiais da Prefeitura Municipal, nos termos do artigo 27, inciso IV, da Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 2.003.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Determino, também, a remessa de cópias da presente recomendação aos Excelentíssimos Juízes da Comarca de Assis, ao Digníssimo Presidente da Subseção local da Ordem dos Advogados do Brasil, ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, aos Ilustríssimos Procuradores Jurídicos da Prefeitura Municipal de Echaporã e à Excelentíssima representante para ciência e eventuais providências que considere cabíveis.

Assis, 20 de julho de 2016.

ANTONIO HENRIQUE SAMPONI BARREIROS
Promotor de Justiça