

RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA

I - DA FUNDAMENTAÇÃO

CONSIDERANDO as disposições do artigo 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 8.625/93, do artigo 113, § 1º, da Lei Complementar Estadual nº 734/93 e do artigo 94 do Ato Normativo nº 484/06-CPJ.

CONSIDERANDO que essa Promotoria de Justiça, com atribuições na defesa do Patrimônio Público e Social, por meio de Inquéritos Cíveis, Recomendações, Ações Cíveis Públicas e Ações Criminais, vem combatendo os atos ilícitos perpetrados no âmbito da Administração Pública.

CONSIDERANDO que a conduta dos gestores, servidores e parlamentares deve ser estritamente balizada pelos princípios constitucionais da Administração Pública esculpidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, especialmente: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

CONSIDERANDO que ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo compete atuar na fiscalização contábil, financeira orçamentária, operacional e patrimonial do Município, bem como das respectivas entidades de administração direta ou indireta e na das fundações por eles instituídas ou mantidas, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas.

CONSIDERANDO que a Constituição Federal e respectiva normatividade e arcabouço de Leis regem as licitações e os contratos Administrativos, devendo-se primar pela realização de certames com maior publicidade e

concorrência entre os interessados, de modo a obstar a ocorrência de conluíus e/ou fraudes.

CONSIDERANDO que a criação e provimento de cargos comissionados há de ser ditado por questões de ordem objetiva, inerentes à respectiva natureza dos cargos que demandem um especial elo de confiança com o administrador público para a consecução de suas diretrizes político - administrativas.

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal – STF fixou tese de repercussão geral no RE 104.210, segundo a qual: **a)** a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; **b)** tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; **c)** o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e **d)** as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

CONSIDERANDO que não se mostra compatível com a democracia republicana, preconizada pela Constituição de 1988, a nomeação de pessoas para exercerem cargo comissionado desprovidas de qualquer qualificação, grau de escolaridade, capacitação ou virtude necessária ao desempenho funcional, sob pena de violação, dentre outros, dos princípios da moralidade, eficiência e impessoalidade nucleares ao exercício da Administração Pública, além de improbidade administrativa por afronta ao disposto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92¹.

CONSIDERANDO que não pode o Administrador e legislador decidirem, aos seus talantes, quais cargos serão providos por concurso público e quais serão de livre nomeação, pois estão adstritos ao mandamento constitucional que, de forma cogente, indicou as restritas exceções do comissionamento.

CONSIDERANDO que a Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal não esgota as hipóteses de nepotismo, e a jurisprudência do Supremo

¹ disponível em <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1234>

Tribunal Federal sobre o tema dispõe que (...) a redação do enunciado da Súmula Vinculante não pretendeu esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, uma vez que a tese constitucional nele consagrada consiste na proposição de que essa irregularidade decorre diretamente do caput do art. 37 da Constituição Federal, independentemente da edição de lei formal sobre o tema (Rcl. 15451 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2014).

CONSIDERANDO que (...) será evidente a violação à moralidade e à impessoalidade, princípios que vedam a prática de nepotismo quando a autoridade cujos parentes foram nomeados, ainda que não retribua o favor, possa influenciar a atuação funcional da autoridade nomeante. É o que ocorre, por exemplo, em relação (1) ao Prefeito e aos Vereadores, reciprocamente, já que a atuação funcional de qualquer dos dois influi na atuação do outro (...). Em síntese, sempre que houver interação funcional recíproca, de modo que uma autoridade tenha interesse direto na atuação da outra, ter-se-á violação à moralidade e à impessoalidade quando um dos agentes nomear os parentes do outro. Essa figura, à evidência, não é abrangida pela Súmula Vinculante n. 13, que somente faz referências às “designações recíprocas”, mas isso em nada compromete a sua injuridicidade, isso em razão da presumida troca de favores, que decorre não propriamente do imaginário do operador do direito, mas, sim, das regras de experiência que caracterizam a espécie humana e, em particular, o homem público brasileiro (in Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, 7ª edição, editora Saraiva, p. 576/577).

CONSIDERANDO que, em relação ao Assessor Jurídico, segundo o princípio da simetria, a advocacia pública e assessoria jurídica no âmbito municipal têm que, obrigatoriamente, balizar-se no modelo da Constituição Federal (artigos 131 e 132), tratando-se de função destinada exclusivamente a cargos efetivos.

CONSIDERANDO que, o Município não pode, em total contrassenso ao que determina a Constituição Federal, criar sua advocacia pública essencialmente com servidores comissionados, pois estaria se afastando do modelo constitucionalmente desenhado e adotando um modelo assimétrico e inconstitucional. O modelo a ser seguido é o constitucional, que impõe o ingresso na carreira da advocacia pública por meio de concurso público de provas e títulos e que deve ser reprisado nas Leis Orgânicas municipais, em atenção ao princípio da simetria e ao regime principiológico da administração pública (Valério César

Milani e Silva. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/12053/advocacia-publica-municipal-e-o-principio-da-simetria>).

CONSIDERANDO que as atividades de advocacia pública, inclusive a assessoria e a consultoria de corporações legislativas, e suas respectivas chefias, são reservadas a profissionais investidos mediante aprovação em concurso público, conforme disposto nos artigos 98 a 100 da Constituição Estadual, os quais se reportam ao modelo traçado no artigo 132 da Constituição Federal ao tratar da advocacia pública estadual, sendo que a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça de São Paulo já se consolidou neste sentido, declarando a inconstitucionalidade de inúmeras leis municipais que criam cargos comissionados para procuradores ou assessores jurídicos (ADIn nº 0249936-93.2012.8.26.0000 da Comarca de São Paulo).

CONSIDERANDO o que dispõe o Enunciado nº 21 da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo: "CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. CARGOS EM COMISSÃO. ADVOCACIA PÚBLICA. As atividades da Advocacia Pública (assessoria e consultoria a entidades e órgãos da Administração Pública), inclusive sua Chefia, são reservadas a profissionais recrutados por concurso público".

CONSIDERANDO ainda que o artigo 70, *caput*, da Constituição Federal consagrou expressamente o princípio da economicidade e que, invariavelmente, os gestores se utilizam da alegação de 'ausência de recursos' para fundamentar o não cumprimento dos preceitos constitucionais básicos.

CONSIDERANDO que, sobre a aplicação da Lei de Improbidade administrativa aos integrantes do Legislativo Local, já restou assentado: [...] *Preliminar afastada. ILEGITIMIDADE PASSIVA – LIA que é aplicável aos agentes públicos, inserindo-se o cargo de vereador no art. 2º da referida norma – Precedente do STJ [...]* (TJSP; Agravo de Instrumento 2167304-97.2017.8.26.0000; Relator: Reinaldo Miluzzi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Itajobi - Vara Única; Data do Julgamento: 19/02/2018).

CONSIDERANDO que não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por

ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza (Rcl 2.790/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/12/2009).

CONSIDERANDO também sobre o tema: *IMUNIDADE DE VEREADOR. CARÁTER ABSOLUTO. INEXISTÊNCIA. LIMITES NA PERTINÊNCIA COM O MANDATO E INTERESSE MUNICIPAL. AGRAVO IMPROVIDO. A imunidade material concedida aos vereadores por suas opiniões, palavras e votos não é absoluta. Abarca as manifestações que tenham pertinência com o cargo e o interesse municipal, ainda que ocorram fora do recinto da Câmara, desde que dentro da circunscrição municipal. Precedentes. Agravo regimental improvido (STF Primeira Turma AgR 698921/SP Rel. Ministro Ricardo Lewandowski j. 23/06/2009).*

CONSIDERANDO a necessidade de se evitar que a atuação dos integrantes do Legislativo seja utilizada como instrumento de abuso político, de interesse pessoal e de violação aos princípios da legalidade e impessoalidade, caracterizando-se, assim, ato de improbidade administrativa (artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92).

CONSIDERANDO que os projetos de lei devem observar, estritamente, todos os parâmetros constitucionais e legais a respeito da temática e, ainda, servir de efetiva representatividade e de respaldo aos anseios legítimos da população.

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal – STF, no bojo do RE n. 1.300.522/SP, consolidou o entendimento de que o artigo 113 do ADCT estabeleceu a necessidade de apresentação da estimativa de impacto orçamentário e financeiro como requisito adicional para a validade formal de leis que criem despesa ou concedam benefícios fiscais, o que se aplica a todos os entes federativos.

CONSIDERANDO que a tutela jurídica preventiva decorre do princípio democrático (artigo 1º da Constituição Federal) e que se afigura a “... forma mais genuína de proteção jurídica no contexto do Estado Democrático de Direito”², pois

² Gregório Assagra de Almeida. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social, pag. 64.

destina-se à orientação de órgãos públicos ou privados, para que sejam cumpridas normas relativas a direitos e deveres assegurados ou decorrentes das Constituições Federal e Estadual e serviços de relevância pública e social.

CONSIDERANDO que, nos termos do artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, é função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

CONSIDERANDO que a recomendação é instrumento destinado à orientação de órgãos públicos ou privados, para que sejam cumpridas normas relativas a direitos e deveres assegurados ou decorrentes das Constituições Federal e Estadual e serviços de relevância pública e social.

CONSIDERANDO a razoabilidade da provocação da tutela preventiva e que a recomendação é eficiente instrumento no controle preventivo de constitucionalidade.

II - DA RECOMENDAÇÃO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, por meio da 2ª Promotoria de Justiça de Igarapava/SP, pelo Promotor de Justiça que esta subscreve, com fulcro nas Leis nº 8.625/93 e 734/93, bem como no Ato nº 484/06 do CGJ, **RECOMENDA AO EXCELENTÍSSIMO PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ARAMINA/SP**, e, no que couber, **aos demais vereadores em exercício**:

- a. atente integralmente às disposições constitucionais e legais relativas aos processos licitatórios, contratos administrativos, criação e nomeação de cargos comissionados.
- b. abstenha de nomear, para cargos em comissão, cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, seja próprio, de outro

servidor comissionado, da Prefeita e do Vice-Prefeito ou, ainda, de vereador em exercício do mandato eletivo.

- c. atente, nas nomeações para cargos em comissão, a devida escolaridade e capacidade técnica do respectivo indicado, bem como a pertinência entre a capacitação e as atribuições a serem exercidas pelos nomeados.
- d. atente, nas nomeações para cargos em comissão, além dos requisitos anteriores, se o escolhido preenche os predicados pessoais e sociais necessários, de modo a não vilipendiar, especialmente, o princípio da moralidade Administrativa.
- e. aplique modalidade licitatória que confira maior publicidade, transparência e concorrência entre os interessados, observando-se estritamente as respectivas previsões legais.
- f. Utilize a inexigibilidade e dispensa de licitação somente nas hipóteses excepcionais trazidas pela Lei e, em todas as ocasiões, observe a regular instauração de prévio e efetivo procedimento administrativo.
- g. atente às restrições judiciais e administrativas impostas às pessoas físicas e jurídicas, almejando-se constatar se existe óbice à contratação de determinado interessado, consultando-se as publicações oficiais e bancos de dados correspondentes, de abrangência nacional, estadual e municipal.
- h. atenda TODOS os alertas e as recomendações oriundas do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, bem como observe o conteúdo das súmulas consolidadas pelo referido órgão.

- i. implemente efetivo e rigoroso sistema de controle interno, almejando-se conferir eficiência, economia, transparência e publicidade aos gastos públicos, especialmente em relação à aquisição de combustíveis; adiantamentos e gastos com viagens, dentre outros.
- j. observe e implemente, efetivamente, as disposições trazidas pela lei de acesso à informação e da transparência fiscal, com a respectiva adequação do *site oficial*, viabilizando-se o acesso *on line* às proposições legislativas e aos procedimentos licitatórios abertos, com possibilidade de *download* dos respectivos documentos, sem prejuízo dos demais dados e arquivos relevantes à plena transparência administrativa.
- k. observe, nas proposições e na tramitação legislativas, todas as disposições legais e constitucionais referentes à temática e, nas hipóteses em que o aludido projeto cause alteração financeira e/ou fiscal, seja realizado prévio e efetivo estudo de impacto econômico-financeiro, o qual deverá acompanhar o respectivo projeto, sem prejuízo das demais observâncias aos limites estampados na Lei de Responsabilidade Fiscal.
- l. observe integralmente o disposto na Lei n. 4.320/64 e se abstenha, em qualquer hipótese, de movimentar ou autorizar movimentação de verba pública em espécie.

Sublinhe-se que, por motivos óbvios, as recomendações expressas contidas no presente documento **não esgotam o elenco de deveres e obrigações do destinatário**.

III – DA REQUISIÇÃO

1. Requisita-se aos destinatários que confira **adequada e imediata publicidade** à presente recomendação em **sessão plenária** da respectiva Casa Legislativa, bem como a **divulgação no site** da Casa de Leis.

2. Requisita-se, por fim, nos termos do art. 97, p. único, do Ato Normativo nº. 484-CPJ, de 5 de outubro de 2006, **seja enviada resposta por escrito a esta Promotoria de Justiça** sobre o acatamento da presente Recomendação, no prazo de 05 dias, a qual deverá ser subscrita por todos os vereadores.

IV – DA ADVERTÊNCIA

Em caso de não acatamento da presente Recomendação, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** informa que adotará as medidas legais e judiciais necessárias a fim de assegurar a sua implementação, dentre as quais sem encontra o ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92), sem prejuízo da respectiva ação penal, salientando-se, desde já, que futura e eventual violação aos presentes termos demonstrará o dolo dos agentes.

Igarapava, 27 de janeiro de 2021.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Adriano Vanderlei Mellega

2º PROMOTOR DE JUSTIÇA DE IGARAPAVA