

**EXCELENTÍSSIMO DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Protocolado SIS MP Digital 2613.0000515/2024

**CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVOS DA LEI COMPLEMENTAR N.
1.149/2024, DO MUNICÍPIO DE SÃO VICENTE. SERVIDOR PÚBLICO.
FUNÇÃO PÚBLICA. FUNÇÕES DE AGENTE DE CONTRATAÇÃO E DE MEMBRO
DA COMISSÃO PERMANENTE DE ACESSO À INFORMAÇÃO.
INADMISSIBILIDADE DE DESIGNAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS OCUPANTES
EXCLUSIVAMENTE DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. ATIVIDADES
TÉCNICAS E PROFISSIONAIS. INEXISTÊNCIA DE ACESSORAMENTO, CHEFIA E
DIREÇÃO.**

As funções de Agente de Contratação e de membro da Comissão Permanente de Acesso à Informação são de natureza técnica, profissional e burocrática, sendo insuscetível de designação a servidor público ocupante exclusivamente de cargo de provimento em comissão, pela inexistência de atribuições de assessoramento, chefia e direção, com necessidade de relação especial de fidúcia de conteúdo político.

**○ PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, VI, da Lei Complementar Estadual n. 734 de 26 de novembro de 1993, e em

conformidade com os arts. 125, § 2º, e 129, IV, da Constituição da República e com os arts. 74, VI, e 90, III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso procedimento administrativo, vem promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face (a) da expressão “preferencialmente” constante do inciso I do art. 2º e (b) do art. 6º da Lei Complementar n. 1.149, de 26 de março de 2024, do Município de São Vicente, pelos fundamentos expostos a seguir:

I – OS PRECEITOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

A Lei Complementar n. 1.149, de 26 de março de 2024, do Município de São Vicente, estabelece no que interessa à presente ação:

Art. 1º Esta Lei Complementar regulamenta o exercício da função especial de Agente de Contratação, de que trata a Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Municipal, dispõe sobre a criação da Comissão Permanente de Acesso à Informação, e altera dispositivos da Lei Complementar nº 986, de 16 de março de 2020.

Art. 2º A função especial de Agente de Contratação de que trata a Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, será desempenhada por servidor designado pela autoridade competente dentre aqueles que atendam aos seguintes requisitos:

I - seja, **preferencialmente**, servidor efetivo do Quadro Permanente;

II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo Poder Público; e

III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

§ 1º. Ao Agente de Contratação compete tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação, respondendo individualmente pelos atos que praticar, nos termos da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

§ 2º. Em licitação na modalidade pregão, o Agente de Contratação responsável pela condução do certame será, também, designado pregoeiro.

§ 3º. A autoridade referida no caput deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

§ 4º. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive os requisitos estabelecidos, também aos órgãos jurídicos e de controle interno da Administração.

Art. 3º. Pelo exercício da função especial de Agente de Contratação, além das atribuições normais de seu cargo, o servidor designado nos termos desta Lei Complementar fará jus a uma gratificação mensal correspondente a 50% (cinquenta por cento) de seu salário base.

§ 1º. O Agente de Contratação que, nos termos do artigo 8º, § 5º, da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e

do artigo 2º, § 2º, desta Lei Complementar, for também designado como pregoeiro receberá um percentual adicional de 10% (dez por cento) na gratificação mensal.

§ 2º. A gratificação instituída neste artigo não se incorporará e nem se tornará permanente aos vencimentos do servidor, e seu recebimento não prejudicará a percepção de outras vantagens ou adicionais previstos na legislação vigente, salvo se remunerarem a mesma atividade, e não sofrerão descontos previdenciários, de saúde ou pecúlio.

Art. 4º. Fica extinta a gratificação por exercício especial de função de Pregoeiro de que trata a Lei Complementar nº 888, de 08 de dezembro de 2017.

Art. 5º. Fica criada, na estrutura administrativa da Prefeitura, a Comissão Permanente de Acesso à Informação, subordinada à Secretaria Executiva do Prefeito, com a atribuição de decidir sobre o tratamento e a classificação de informações sigilosas nos termos da Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

Art. 6º. O artigo 1º da Lei Complementar nº 986, de 16 de março de 2020 passa a vigorar acrescido do seguinte inciso V:

"Art. 1º....

V - Comissão Permanente de Acesso à Informação, órgão de caráter permanente, subordinada à Secretaria Executiva do Prefeito, constituída por 06 (seis) membros, sendo que, dentre estes, no mínimo, 2 (dois) representantes da Secretaria Executiva do Prefeito e 1 (um) representante da Secretaria de Gestão, designados pelo Prefeito, que indicará o Presidente, obrigatoriamente um servidor do Quadro Permanente. (NR)"

Art. 7º. Fica retificada a alteração de referência promovida pela tabela prevista no artigo 5º, da Lei Complementar nº 1.145, de 06 de março de 2024, para o cargo de Topógrafo, a qual passa a constar, na coluna "Situação atual" a referência "J", e, na coluna "Situação nova", a referência "K".

Art. 8º. As despesas decorrentes da execução desta Lei Complementar serão suportadas por verbas orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 9º Revogam-se as disposições em contrário, em especial o inciso III, do artigo 1º, da Lei Complementar nº 986, de 16 de março de 2020.

Parágrafo único. A Comissão de Licitação constituída para condução dos processos regidos pela Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, subsistirá, sem caráter permanente, até a homologação dos procedimentos licitatórios autorizados nesta modalidade.

Art. 10. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de março de 2024.

II – OS PARÂMETROS DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

As normas impugnadas contrariam frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal, por força dos arts. 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal.

Os preceitos da Constituição Federal e da Constituição do Estado são aplicáveis aos Municípios ainda em decorrência do art. 144 desta última. A incompatibilidade das normas atacadas se visualiza a partir de cotejo com os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

Art. 115 – Para a organização da administração pública direta ou 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;

III – FUNDAMENTAÇÃO

A expressão “preferencialmente” constante do inciso I do art. 2º e o art. 6º da Lei Complementar n. 1.149, de 26 de março de 2024, do Município de São Vicente, estão em desacordo com o regime constitucional, porque permitem que as funções de Agente de Contratação e de membro da Comissão Permanente de Acesso à Informação sejam ocupadas por servidor exclusivamente comissionado, ou seja, por servidor que deve ter atribuição de direção, chefia e assessoramento.

A regra, no âmbito de todos os Poderes Públicos, deve ser o preenchimento dos postos através de concurso público de provas ou de provas e títulos, considerada a natureza técnica, operacional, braçal, profissional ou burocrática, herança da adoção do *merit system*.

Como já dito, como exceção à regra do concurso público, a Constituição Federal e a Constituição Estadual admitem a nomeação para os cargos de provimento em comissão e funções de confiança,

destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento, que pressupõem especial relação de confiança entre o governante e o servidor, para que adequadamente sejam desempenhadas funções inerentes à atividade predominantemente política.

A função gratificada, por sua vez, é instituto diverso. A função gratificada é atribuída a servidor ocupante de cargo efetivo, consistindo em adição de atribuições (geralmente transitórias) ao cargo efetivo, **não relacionadas** com as atividades de direção, chefia e assessoramento, que são inerentes aos cargos de provimento em comissão e às funções de confiança.

As normas impugnadas estabelecem a possibilidade de servidor exclusivamente comissionado ocupe funções de Agente de Contratação e de membro da Comissão Permanente de Acesso à Informação. Entretanto, servidores comissionados não devem desempenhar atribuições que não sejam de direção, chefia e assessoramento, nos termos do art. 115, V, da Constituição Estadual.

Como visto, as funções aqui debatidas constituem um acréscimo de atribuições técnicas, profissionais, burocráticas e operacionais a servidores públicos investidos em cargo de provimento efetivo, não são funções de direção, chefia e assessoramento que podem ser desempenhadas por servidores comissionados.

A propósito, é importante lembrar que o inciso LX do art. 6º da Lei Federal n. 14.133/21 – a atual Lei de Licitações e Contratos – estabelece:

LX - agente de contratação: pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou

empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

Da própria definição legal do agente de contratação, extrai-se a sua função é técnica e vinculada ao procedimento licitatório.

No que se refere a membros da Comissão Permanente de Acesso à Informação, a conclusão vem na mesma direção.

A Lei Federal n. 12.527/21, em seu art. 7º, enuncia que o acesso a informações compreende:

Art. 7º. O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

I - orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada;

II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;

III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado;

IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;

V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;

VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e

VII - informação relativa:

a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;

b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

Ora, um membro que atue na Comissão que aplica a Lei de Acesso à Informação no âmbito municipal exerce atividades técnicas, profissionais, burocráticas e operacionais, que não demandam qualquer especial fidúcia aliada ao projeto político do governante.

Em suma, as funções **em apreço nada têm de confiança, nos termos constitucionais**. São funções **técnico-profissionais**, de natureza **burocrática ou operacional**.

Segue-se daí que as normas municipais atacadas têm **consideráveis abertura, amplitude e extensão**, porque **admitem que qualquer servidor público, titular de cargo de provimento efetivo ou não, seja nela investido**.

Porém, servidores públicos **exclusivamente** investidos em cargos de provimento em comissão **não podem ser designados para o exercício dessas funções**, porque ela não exige componente político de fidúcia, sob pena de incompatibilidade com o art. 115, V, da Constituição do Estado de São Paulo.

Nesse sentido, é o entendimento deste Órgão Especial já externado em casos análogos:

“ADI. Santana de Parnaíba. LM nº 3.708/18, art. 1º, 2º, 'caput' e § 2º e Anexo I. Funções de confiança (ou especializadas). Atribuições técnicas, profissionais, operacionais. Descompasso com ditames constitucionais. CE, art. 111, 115, II e V e 144 da CE. Tema STF nº 1.010. "Pregoeiro". Função pública gratificada. Exercício por servidor efetivo

(...)

2. Pregoeiro. Função pública gratificada. O 'caput' e § 2º do art.2º da LM nº 3.708/18 admitem que ocupem o posto de Pregoeiro servidores efetivos, comissionados e cedidos ao município pela União ou Estado. Em Procurador-Geral de Justiça v. Prefeito Municipal e Presidente da Câmara Municipal de Mineiros do Tietê, ADI nº 2045018-15.2020.8.26.0000,10-2-2021, Rel. Soares Levada, este **Órgão Especial assentou o entendimento de que o posto de Pregoeiro consiste em função pública que acresce atribuições às do cargo efetivo do servidor designado, e por isso apenas servidores titulares de cargos efetivos podem ocupá-la.** O acolhimento do pedido como formulado não traria o efeito desejado pelo autor, sendo o caso de se conferir interpretação conforme a Constituição aos dispositivos impugnados para que a função de Pregoeiro seja provida exclusivamente por servidor público titular de cargo efetivo do município de Santana de Parnaíba. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente, sem redução de texto e com interpretação conforme a Constituição”.

(ADI 2024888-67.2021.8.26.0000, Des. Rel. Torres de
Carvalho, j. 11-05-22, grifos nossos)

IV – O PEDIDO

Face ao exposto, requer-se o recebimento e processamento da presente ação declaratória, para que, ao final, seja julgada procedente, reconhecendo-se a inconstitucionalidade **da expressão “preferencialmente” constante do inciso I do art. 2º e do art. 6º da Lei Complementar n. 1.149, de 26 de março de 2024, do Município de São Vicente.**

Requer-se, ainda, a requisição de informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de São Vicente, aguarda-se a citação da douta Procuradoria-Geral do Estado para manifestar-se sobre as disposições normativas impugnadas e pugna-se vista para fins de manifestação final.

São Paulo, *data do protocolo digital.*

Paulo Sérgio de Oliveira e Costa
Procurador-Geral de Justiça

Protocolado SIS MP Digital 2613.0000515/2024

Interessado: Promotoria de São Vicente

1. Distribua-se a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

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

São Paulo, *data do protocolo digital.*

Paulo Sérgio de Oliveira e Costa
Procurador-Geral de Justiça

pss