



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2019.0000121399

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2095475-22.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO CAETANO DO SUL.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, NA PARTE CONHECIDA, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI E RICARDO ANAFE.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2019.

Alvaro Passos
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Voto nº 29770/TJ – Rel. Álvaro Passos – Órgão Especial
Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095475-22.2018.8.26.0000
Autor: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Réu: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO CAETANO DO SUL
Comarca: São Paulo

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve os cargos em comissão estabelecidos nas Leis nº 5.199, de 25 de junho de 2014, e 5.491, de 29 de março de 2017, do Município de São Caetano do Sul – Extinção da ação – Afastamento – Causa de pedir clara composta pelo fundamento de que as atribuições dos cargos impugnados não preenchem os pressupostos para o provimento em comissão e que a sobreposição de funções em mais de um cargo comissionado reforça a ausência de tais requisitos – Incidência do princípio da legalidade – Definição legal das atribuições que permite a análise da regularidade da organização do quadro de pessoal e do enquadramento da função na exceção de provimento em comissão – Exigência, para afastar a regra do concurso público, de que haja desempenho de atividades de direção, chefia e assessoramento, com essencial vínculo de confiança – Nomenclaturas que não são suficientes para configurar os requisitos da comissão, os quais devem ser analisados pela natureza do trabalho efetivamente exercido, o que deve estar previamente instituído na legislação e não pode ser de caráter geral, técnico e burocrático – Descrição genérica que é incapaz de configurar a possibilidade da exceção do cargo em comissão – Exercício de funções ligadas à advocacia pública que faz parte de cargo de caráter permanente, com atribuições essenciais, que pertence àqueles que tenham sido admitidos no funcionalismo através de concurso público – Configuração de inconstitucionalidade, cuja declaração se faz com modulação de efeitos, devendo a sua eficácia ter início em 120 dias,

contados desta decisão – Perda do objeto com falta de interesse de agir superveniente em relação à expressão “Assessor Político Interno” – Extinção parcial do processo sem resolução do mérito, e, no mais, ação procedente.

Vistos.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, impugnando o artigo 5º e as expressões “Diretor Jurídico”, “Assessor Especial da Presidência”, “Assessor da Mesa Diretora”, “Assessor Político da Presidência”, “Assessor Político Externo” e “Assessor Político Interno”, constantes nos Anexos II e III da Lei nº 5.199, de 25 de junho de 2014; bem como as expressões “Assessor Político Externo” e “Assessor Político de Vereador”, inseridas no art. 2º, “Assessor Político da Presidência”, do art. 4º, e “Diretor Jurídico”, “Assessor Especial da Presidência”, “Assessor da Mesa Diretora”, “Assessor Político da Presidência” e “Assessor Político de Vereador”, constantes no Anexo I e II da Lei nº 5.491, de 29 de março de 2017, do Município de São Caetano do Sul.

Alega, em síntese, que a Lei nº 5.199, de 25 de junho de 2014, que altera dispositivos da Lei nº 5.096, de 26 de setembro de 2012, que dispõe sobre a reestruturação administrativa da Câmara Municipal de São Caetano do Sul, reequacionando seu organograma e seus quadros de pessoal, criou, em seu art. 5º, cargos de provimento em comissão em situação de inconstitucionalidade por violação dos arts. 111, 115, incisos I, II e V, e 144 da Constituição Estadual, pois se destinam ao desempenho de atividades meramente burocráticas ou técnicas, que não exigem, para seu adequado desempenho, relação de

especial confiança a justificar o provimento em comissão.

A douta Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, pelas razões lançadas às fls. 797/802, defendeu a constitucionalidade das normas referentes às atividades da advocacia pública, bem como se manifestou pelo desinteresse em apresentar defesa do ato impugnado quanto ao demais, entendendo se tratar de matéria exclusivamente local.

Nas informações de fls. 806/831, a Câmara Municipal defendeu a constitucionalidade das normas em razão de os cargos estarem de acordo com as exigências constitucionais, bem como, de forma preliminar, requisitou a extinção da ação.

Conforme a certidão de fls. 886, o Prefeito do Município de São Caetano do Sul deixou de se manifestar no prazo estabelecido.

Finalmente, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 889/900, opinou pelo acolhimento do pedido, reiterando os termos da petição inicial.

É o relatório.

Os textos legais objeto desta lide dispõem sobre alterações no quadro de pessoal da Câmara Municipal de São Caetano do Sul, apresentando e criando determinados cargos de provimento em comissão.

A leitura integral das aludidas leis não permite concluir que esses cargos tenham funções que permitam o provimento em comissão, sendo certo que são atribuições comuns e genéricas, de natureza técnica e burocrática, não bastando a inclusão de expressões como “assessor, chefe ou diretor” ou suas derivadas “prestar

assistência, chefiar ou assessorar” no texto apenas para retirar a qualidade de cargo de provimento efetivo.

De fato, a inclusão, na lei, de nomenclaturas como “assessor”, “assistente”, “diretor”, “chefe”, dentre outras, por si só, não logram caracterizar as funções de direção, chefia e assessoramento, exigidas no art. 37 da Constituição Federal e também nos arts 111 e 115, II e V, da Constituição Estadual, e, conseqüentemente, nem a possibilidade de ingresso na exceção de provimento sem concurso público. Tais condições devem ser avaliadas na natureza da função efetivamente exercida, o que depende da sua descrição específica em lei.

A atividade do poder público segue, em todos os seus aspectos, obrigatoriamente, o princípio da legalidade, dependendo de regras previamente estabelecidas para atender ao interesse público. Desse modo, todas as normas específicas aplicáveis aos servidores dependem da edição das respectivas leis, sendo certo que sempre deve ser notada a prioridade do interesse público.

Assegurando tanto o controle da atuação pública quanto a igualdade de condições a todos no preenchimento de cargos públicos, o art. 37 da CF e a Constituição do Estado, conseqüentemente, estabelecem a regra do concurso público para o seu provimento, figurando os cargos em comissão como exceção. Desse modo, a sua ocupação precisa atender rigorosamente os requisitos constitucionais, devendo envolver atividades de chefia, direção e assessoramento e não as de caráter técnico ou burocrático que pertencem aos cargos efetivos gerais, sendo imprescindível a caracterização de um vínculo de confiança, o que não está presente em nenhum caso desta hipótese vertente.

Ademais, da leitura das atribuições descritas nas leis aqui impugnadas, verifica-se o estabelecimento de

funções genéricas, sem indicação de características próprias e aptas a se enquadrarem em encargos que possam ser comissionados e sejam dotados de confiança, ou seja, inviáveis de serem exercidos por aqueles que integrarem o quadro efetivo do funcionalismo municipal. Não basta a argumentação de que seriam funcionários que trabalham com autoridades com poder de decisão e político, sendo certo que, com elas, também podem atuar regularmente funcionários efetivos. De fato, até mesmo por serem os cargos comissionados uma exceção à regra do concurso público, tais atribuições devem indicar especificamente os elementos necessários à sua existência, mostrando-se insuficiente uma descrição genérica tal como se nota nestas leis.

Nesse sentido, já se julgou:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE – artigo 1º, §2º, da lei nº 1.572, de 3 de abril de 2009 e, por arrastamento, do decreto nº 1.212, de 20 de julho de 2009, ambos do município de arealva – provimento de empregos em comissão e permanentes sem descrição das respectivas atribuições em lei – inadmissibilidade - violação ao princípio da reserva legal – lei modificadora que dispõe a respeito das atribuições dos empregos de provimento em comissão – edição da lei nº 1.928, de 3 de março de 2016, do município de arealva - falta de interesse de agir superveniente. nova lei (lei nº 1.928, de 3 de março de 2016, do município de arealva) que não descreve as atribuições do cargo em comissão de vice-diretor de escola – violação ao princípio da reserva legal – art. 115, I, II e V, da constituição estadual. Descrição de cargos em comissão que não evidenciam função de assessoramento, chefia e direção, mas função técnica, burocrática, operacional e profissional a ser preenchida por servidor investido em emprego público em caráter efetivo – violação ao art. 115, I, II e V, da constituição estadual. Cargo em comissão de assessor jurídico – atividade de advocacia pública reservadas a profissionais recrutados pelo sistema de mérito – infringência ao disposto nos artigos 98 a 100 da constituição estadual. ação parcialmente procedente pelo mérito, com modulação de efeitos. (Ação Direta de

Inconstitucionalidade nº 2150392-93.2015.8.26.0000 – São Paulo – Órgão Especial – Rel. João Negrini Filho – J. 03/08/2016)

Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo 2º do artigo 63, da Lei 2.237, de 28 de fevereiro de 2014. Fixação do percentual mínimo de 5% de cargos em comissão, na Administração do Município de Itapevi, a ser preenchido por servidores públicos de carreira. Inadmissibilidade. Eleição de fração irrisória. Defeito do ato normativo. Reconhecimento. Inobservância dos critérios da razoabilidade, proporcionalidade e moralidade. Expressões "Coordenador, Chefe de Setor, Chefe de Divisão, Assessor Jurídico e Secretário da Junta Militar" descritas nos anexos I e II. Criação de cargos públicos de provimento em comissão, na estrutura administrativa do município, em desconformidade com a regra da exigência de concurso público. Atribuições que não se revestem da excepcionalidade exigível no nível superior de assessoramento, chefia e direção como funções inerentes aos cargos daquela natureza. Inteligência dos artigos 111, 115, incisos II e V, e 144 da Constituição Estadual. Assessor jurídico. Impossibilidade. As atividades de advocacia pública, inclusive a assessoria e a consultoria de corporações legislativas e suas respectivas chefias, são reservadas a profissionais recrutados pelo sistema de mérito. Afronta aos artigos 98 a 100 da Constituição Estadual. Ação julgada procedente, com modulação. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2036862-77.2016.8.26.0000 – São Paulo – Órgão Especial – Rel. Sérgio Rui – J. 19/10/2016)

Conquanto os municípios possuam autonomia para se organizar e administrar, esta não é absoluta, porquanto deve haver, por parte de todos os entes federados, respeito aos parâmetros da Constituição Federal e das respectivas Constituições Estaduais, como reproduzido, ainda, no art. 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

Da leitura do processo, depreende-se que, quando se afirma que houve sobreposição de funções, há a clara indicação de que mais de um cargo da municipalidade traz a mesma função e todos com provimento em comissão. Ora, a necessária relação de

confiança e as atribuições para ela somente se enquadram na excepcionalidade do provimento em comissão quando asseguradas a um só cargo, tornando-se sem justificativa quando mais de um traz as mesmas características. Desse modo, não se vislumbra a falta de causa de pedir da inicial. Se o pedido deve ser acolhido ou não, trata-se do mérito do pleito, mas não se vislumbra, no caso, inadequação da via ou falta de causa de pedir.

Além disso, nota-se que consta no teor da causa de pedir a indicação de que os cargos da norma questionada possuiriam atribuições técnicas e genéricas, sem preenchimento dos requisitos constitucionais que autorizariam o provimento em comissão.

Ao contrário de defendido nas informações aqui apresentadas, as funções de assessor especial da presidência e de assessor político da presidência tampouco preenchem os requisitos autorizadores do provimento em comissão, considerando que são genéricas e técnicas (não caracterizando atribuições de direção, chefia e assessoramento), bem como que se enquadram dentro do papel de Chefe de Gabinete da Presidência, cujo provimento já comissionado e detém o dever de chefiar, orientar e supervisionar o serviço do gabinete e assessorar a presidência, não se justificando, assim, a existência de ambos os cargos dentro da mesma situação de excepcionalidade à regra de ingresso pelo sistema de mérito.

Destarte, clara está a inconstitucionalidade de tais cargos não apenas pela sobreposição de funções, mas sim pelo fato de que a alegada sobreposição resulta em ausência do preenchimento dos requisitos do provimento em comissão, uma vez que, existindo outros cargos comissionados aptos a exercerem tais atribuições, desaparece a relação de confiança e eventuais encargos de direção, chefia e assessoramento, que já pertencem a outras colocações e não justificam a criação e manutenção de todos de forma

concomitante.

A mesma lógica de a sobreposição de funções resultar no afastamento dos requisitos do provimento em comissão por poderem ser exercidas pelos outros cargos já existentes e que têm função de direção, chefia e assessoramento, como os de chefe de Gabinete de Vereador e Assessores Parlamentares, aplica-se no reconhecimento de inconstitucionalidade do cargo de Assessor Político de Vereador (antes com a denominação Assessor Político Externo com a sua criação pela também impugnada Lei nº 5199, de 25 de junho de 2014).

Igualmente, a análise dos encargos do Assessor da Mesa Diretora resulta na mesma falta de preenchimento dos requisitos para o excepcional ingresso fora do sistema de mérito, tendo em vista que suas funções detêm clara natureza técnica, burocrática e genérica, não apresentando aspectos de direção, chefia e assessoramento e nem essencial relação especial de confiança.

Por sua vez, o exame acerca do cargo de Assessor Político Interno, criado pela Lei nº 5.199, de 25 de junho de 2014, fica prejudicado, tendo em vista que a Lei nº 5.491, de 29 de março de 2017, também aqui analisada, trouxe a sua extinção. Assim, neste ponto, a ação deve ser extinta pela perda superveniente de seu objeto.

Por outro lado, não cabe falar em extinção da ação pela falta de indicação do texto legal impugnado, porquanto, da leitura integral dos autos, verifica-se que ambas as leis indicadas (Lei nº 5.199, de 25 de junho de 2014, e Lei nº 5.491, de 29 de março de 2017) geraram alteração na Lei nº 5.096, de 26 de setembro de 2012, que trata dos cargos, e que figuram como as alterações mais recentes no ordenamento municipal sobre quais os cargos em comissão existentes, de modo que, com o exame de eventual inconstitucionalidade de ambos os textos indicados na exordial, está se verificando exatamente a situação dos

cargos em comissão do município nos termos do almejado com a propositura desta ação.

Relativamente aos cargos de “Diretor Jurídico”, que é colocação ligada à atividade da advocacia pública, tem-se que a Constituição Federal, em seus arts. 131 e 132, tratou, dentro das funções essenciais à justiça, da advocacia pública, apresentando aspectos da Advocacia-Geral da União e determinados elementos das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal. Por sua vez, a Constituição do Estado de São Paulo, do art. 98 ao art. 102, apresentou a organização da Procuradoria Geral do Estado.

Neste aspecto, existe a necessidade de que os cargos que tenham como funções aquelas pertinentes à advocacia pública não podem ser em comissão e sim devem ser efetivos, ou seja, com admissão por meio de concurso público. Afinal, ao tratar do tema de criação de cargos e fixação de suas atribuições, os municípios devem atentar aos preceitos constitucionais já existentes acerca do serviço público. Nos termos do inc. II do art. 37 da Constituição Federal, a regra é o ingresso por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, o que igualmente foi repetido na Constituição Estadual no art. 155, II, viabilizando, dentro do Estado Democrático de Direito, a participação em igualdade de todos os interessados que preencham os requisitos essenciais.

Sendo, o exercício da advocacia pública, cargo de caráter permanente e técnico, com atribuições essenciais, não se vislumbra enquadramento na exceção ao concurso público, cuja interpretação deve ser restritiva, de modo que não pode ser atribuído a ocupantes de cargo em comissão puro e nem quando não envolver atribuições de direção, chefia e assessoramento, sob pena de violação aos arts. 98, 111 e 115, II e V, da Constituição Estadual.

Sobre o tema, confira-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 308, de 1º de julho de 1996, do município de Paranapanema que cria de cargo de provimento em comissão de Assessor Jurídico sem descrição das respectivas atribuições. Alegação de inconstitucionalidade. Reconhecimento. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, "para que a lei criadora de cargos comissionados se ajuste à exceção disposta no art. 37, inc. V, da Constituição da República, necessariamente terá de prever as atribuições dos cargos, as quais terão de corresponder à função de direção, chefia e assessoramento" (AgRg no Recurso Extraordinário 752.769/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 08/10/2013), ou seja, é indispensável a demonstração efetiva da "adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público" (ADI 3.233/PB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 10/05/2007). É importante anotar, ainda, que esse cargo, em tese, tem as mesmas funções atribuídas à Advocacia Pública e, pela ausência de situação de emergência e excepcionalidade, deve ser reservado a profissional recrutado por sistema de mérito e aprovação em certame público, nos termos do art. 98 a 100, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2132029-58.2015.8.26.0000 – São Paulo – Órgão Especial – Rel. Ferreira Rodrigues – J. 07/10/2015)

Convém registrar que, ainda que se afirme que exista o julgamento de um recurso extraordinário interposto em outra ação direta de inconstitucionalidade semelhante, não há decisão vinculante sobre o tema que impeça a manutenção do entendimento acerca da inconstitucionalidade.

Desse modo, forçoso reconhecer, na parte em que a ação não está extinta, a violação das normas constitucionais, configurando-se vício de inconstitucionalidade material, devendo ser declarada a inconstitucionalidade das expressões "Diretor Jurídico", "Assessor Especial da Presidência", "Assessor da Mesa Diretora",

“Assessor Político da Presidência” e “Assessor Político Externo”, constantes no art. 5º e Anexos II e III da Lei nº 5.199, de 25 de junho de 2014; bem como das expressões “Assessor Político Externo” e “Assessor Político de Vereador”, inseridas no art. 2º, “Assessor Político da Presidência”, do art. 4º, e “Diretor Jurídico, “Assessor Especial da Presidência”, “Assessor da Mesa Diretora”, “Assessor Político da Presidência” e “Assessor Político de Vereador”, constantes no Anexo I e II da Lei nº 5.491, de 29 de março de 2017, do Município de São Caetano do Sul.

Por outro lado, como já registrado acima, a ação deve ser julgada extinta, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC, no ponto que envolve a expressão “Assessor Político Interno” em razão de o cargo ter sido extinto pela lei mais recente, também contestada neste pleito, de modo que, nesta parte, configura-se a perda superveniente de seu objeto.

Entretanto, mostra-se necessário modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, diante da necessária segurança jurídica e interesse público de conferir tempo à Administração Municipal para que reorganize o quadro de pessoal, com exoneração dos eventuais ocupantes dos mencionados cargos em comissão e reestruturação com o início da adoção do provimento pelo sistema de mérito. Desse modo, a inconstitucionalidade passará a ter eficácia após o período de 120 (cento e vinte) dias, contados desta decisão.

Ante o exposto, **julgo extinta a ação, sem resolução do mérito**, por superveniente perda do interesse de agir, quanto à expressão “Assessor Político Interno”, e, no mais, **julgo procedente** a presente ação para o fim de declarar a inconstitucionalidade nos termos supramencionados, com modulação dos efeitos.

ÁLVARO PASSOS

Relator