



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Registro: 2015.0000591605

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Direta de Inconstitucionalidade nº 2006867-53.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE LOUVEIRA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE LOUVEIRA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADVOGADO DR. RÉGIS AUGUSTO LOURENÇÃO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, VICO MAÑAS, EROS PICELI E ELLIOT AKEL.

São Paulo, 12 de agosto de 2015.

GUERRIERI REZENDE
RELATOR
 Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Comarca: São Paulo
 Requerente: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA
 Requeridos: PREFEITO MUNICIPAL DE LOUVEIRA e
 PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE
 LOUVEIRA

Ementa:

“I – Ação Direta de Inconstitucionalidade. Anexos I, II e VI, da Lei n. 2.377, de 30 de junho de 2014. Criação de cargos de provimento em comissão de “Assessor Especial”, “Assessor Técnico Superior”, “Assessor Técnico de Divisão II”, “Assessor Técnico de Divisão III”, “Assessor Técnico de Divisão IV”, “Assessor Técnico de Divisão V”, “Assessor Técnico de Divisão VI”, “Assessor Técnico de Divisão VII”, “Coordenador da Guarda Municipal” e “Ouvidor da Guarda Municipal”, constantes do §1º, do art. 22 e dos Anexos I, II e VI, todos da Lei nº 2.377, de 30 de junho de 2014, do Município de Louveira.

II – A criação de cargos de provimento em comissão, destinados, muitos deles, a funções burocráticas ou técnicas de caráter permanente são incompatíveis com os princípios retores previstos no artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 111 da Constituição Paulista e a possibilidade de contratação fere de morte o regime constitucional brasileiro.

III - O assessoramento de Secretários e Diretores de Divisão não tem a característica de cargos em comissão. Ora, se o próprio Diretor já é Assessor do Prefeito, incrível querer “Assessor de Assessor” e “Assessor deste Assessor” até o último funcionário de divisão ou da repartição. A fraude ao concurso e à Constituição são insofismáveis. Não sendo caso de contratação em regime de urgência, imprescindível a realização de concurso público, conforme preceitua o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal.

IV - A criação desses cargos em comissão em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional de concurso. Afronta aos artigos 5º, 111, 115, incisos I, II e V; 144, todos da Constituição Estadual.

V – Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente com modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.”



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

VOTO 39.658

1. Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade formulada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo impugnando as expressões “Assessor Especial”, “Assessor Técnico Superior”, “Assessor Técnico de Divisão II”, “Assessor Técnico de Divisão III”, “Assessor Técnico de Divisão IV”, “Assessor Técnico de Divisão V”, “Assessor Técnico de Divisão VI”, “Assessor Técnico de Divisão VII”, “Coordenador da Guarda Municipal” e “Ouvidor da Guarda Municipal”, constantes do §1º, do art. 22 e dos Anexos I, II e VI, todos da Lei nº 2.377, de 30 de junho de 2014, do Município de Louveira, que reorganiza o quadro de pessoal da Prefeitura Municipal de Louveira e dá outras providências correlatas.

Segundo o requerente, a lei acoimada de inconstitucional prevê a criação de diversos cargos de livre nomeação e exoneração, que seriam incompatíveis com a ordem constitucional vigente, isto porque as atribuições são de provimento subordinados a preenchimento por servidores aprovados em concurso público. Aponta ofensa ao princípio da igualdade jurídica, aos artigos 111, 115, incisos I, II e V e 144 da Constituição Estadual e artigos 37, incisos II e V; 39, §1º, ambos da Constituição Federal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Deferida a medida liminar às fls. 399/401.

Instado a se manifestar para os fins do artigo 90, §2º, da Constituição Bandeirante, o Procurador Geral do Estado externou desinteresse na defesa dos dispositivos impugnados, por se tratar de matéria exclusivamente local (fls. 411/413).

Citados, o Prefeito Municipal de Louveira (fls. 415/440) alega que a) o Ministério Público não demonstrou que os cargos atacados possuem funções técnicas e burocráticas e isso só poderia ser demonstrada por perícia técnica; b) que se trata de decisão afeta a Administração Pública; c) que a Lei Municipal utilizou como parâmetro a Lei Complementar Estadual nº 1.118/2010 e Lei Estadual nº 1.111/10, que dispõe sobre Plano de Cargos e das Carreiras dos Servidores do Ministério Público e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo respectivamente; d) que os cargos de assessores impugnados assessoram o Secretário nas tomadas de decisões da Secretaria e se enquadram nos casos em que exigem especial relação de confiança entre o governante e o servidor. O Presidente da Câmara Municipal de Louveira apresentou a sua informação e defendeu a validade da norma (fl. 473/475).

A D. Procuradoria Geral de Justiça, reiterando os termos da inicial, requereu pela procedência da ação (fls. 588/598).

É o relatório.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

2. A Lei nº 2.377, de 30 de junho de 2014, dispõe sobre a estrutura administrativa das Secretarias Municipais da Prefeitura Municipal de Louveira, em seu §1º, do art. 22 e anexos I, II e VI criou cargos de provimentos em comissão de toda ordem, sem observar o preceito constitucional de que cargos destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Segundo a norma municipal, são de provimento em comissão os cargos de Assessor Especial, Assessor Técnico Superior, Assessor Técnico de Divisão II, Assessor Técnico de Divisão III, Assessor Técnico de Divisão IV, Assessor Técnico de Divisão V, Assessor Técnico de Divisão VI, Assessor Técnico de Divisão VII, Coordenador da Guarda Municipal e Ouvidor da Guarda Municipal.

3. Os cargos de provimento em comissão acima descritos são incompatíveis com a Constituição Estadual, pois afrontam os artigos 5º, 111, 115, incisos I, II e V; 144:

“Art. 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência”.

“Art. 115 – Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas: (...).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargos 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 carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

“Artigo 144 - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.”

A contratação feita ao arrepio das normas constitucionais viola o princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos, além dos princípios da legalidade, da isonomia e da impessoalidade.

4. A defesa da constitucionalidade da lei não tem nenhuma razão lógica e nem jurídica.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

a) Os cargos pontuados são técnicos. Assessoramento de Secretários e Diretores de Divisão não tem a característica de cargos em comissão. Em comissão e de confiança são os próprios Secretários, não podendo, a lei, estender tal relação a seus subordinados, pois a direção, a chefia ou o assessoramento são daqueles e não destes. Interpretar da forma postulada é ampliar a confiança até a vigilantes e porteiros da Secretaria, o que seria um absurdo.

b) Segundo. Os cargos em comissão dos Assessores da Procuradoria de Justiça e Desembargadores, estes sim, ostentam tal qualidade porque pareceres e votos até serem publicados não podem vazar para a imprensa oficial ou privada. A relação de confiança é bem posta, mas a assinalada pelo defendente do ato é um puro e insofismável “desvio de poder” e próprio para “ajustamento eleitoral”. Este, sim, presumido.

Terceiro, porque a relação comissionada da Municipalidade está muito bem provada pelas próprias características e funções das atribuições postas: “assessorar Diretores de Divisão”. Ora, se o próprio Diretor já é Assessor do Prefeito, incrível querer “Assessor de Assessor” e “Assessor deste Assessor” até o último funcionário de divisão ou da repartição. A fraude ao concurso e à Constituição são insofismáveis.

c) Quarto. A lei complementar Estadual nº 1.118/2010 e a Lei nº 1.111/2010 tem outras finalidades já ditas e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

jamais os cargos da Municipalidade de Louveira assemelham-se àqueles ali pontuados.

Cargos em comissão do Ministério Público e do Tribunal de Justiça são rigorosamente qualificados em suas características e funções sem qualquer semelhança com os de Louveira, que são frutos de desvio constitucional.

A relação ensejada de que “governante e servidor” detém relação de confiança é absurda por ser “Assessor de Assessor” o que desnatura completamente a relação exigida pela Constituição no seu art. 37, inciso II da Constituição Federal. A assessoria seria, assim “*ad infinitum*” inexistindo, na Municipalidade, concurso para “nada”.

Quinto. Ilógica e injurídica querer o defendente “transformar” a ação direta em ordinária cognitiva para o efeito de investigar as atribuições de cada cargo viciado.

O vício é patente até pelas razões “idealizadas” pelo douto procurador no sentido de esvaziar a ação. Além disso, a presunção posta está invertida, pois o Município é quem deveria provar que os cargos seriam em comissão, com suas atribuições constitucionais de direção, chefia e assessoramento funcional e não o promovente da ação de inconstitucionalidade, pois, se assim for inexistiria a inconstitucionalidade na forma legislada.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

5. A única exceção constitucional a não realização do concurso público está prevista no artigo 37, inciso IX, da Lei Fundamental, que prevê a contratação temporária em caso de excepcional interesse público, não abrangendo as funções de natureza técnica especializada, que não sejam vinculadas a necessidades transitórias.

O art. 37, IX, da Constituição Federal dispõe que “*a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*”. Assim, três são os requisitos obrigatórios para a utilização dessa exceção: excepcional interesse público, temporariedade da contratação e hipóteses expressamente previstas em lei.

Excepcional interesse público engloba os casos em que a demora na realização do serviço possa causar danos à coletividade, mas, também, quando não possa haver solução de continuidade de um determinado serviço.

Celso Antônio bem define esta questão, dizendo que “*o contrato haverá de ser por prazo certo: o estritamente necessário à superação do problema transitório ou à realização do concurso para preenchimento do cargo ou emprego, quando disto se tratar. Por isso, em princípio, não poderá ser prorrogado ou renovado. Isto só se admitirá se incidentes ocorridos durante ou após o concurso impedirem o preenchimento da (s) vaga (s) quando da expiração do*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

prazo contratual”.

A inexistência de limite ao administrador poderia ser motivo de fraude à exigência de concurso público, podendo as admissões temporárias tornar-se permanentes.

Não se tratando de contratação em regime de urgência, é imprescindível a realização de concurso público, conforme preceituam as Constituições Federal e Estadual. Ademais, o fato de o Poder Legislativo estabelecer limites máximos não quer dizer que o Administrador poderá contratar sempre pelo período mais longo, devendo justificar a duração das contratações.

Anota-se que o limite para as contratações devem estar adequadas à necessidade transitória, observado que, segundo o princípio da motivação, o prazo deve ser muito bem justificado pela autoridade pública.

Alexandre de Moraes observa que *“haverá flagrante desvio constitucional dessa exceção se a contratação temporária tiver como finalidade o atendimento de necessidade permanente da Administração Pública”*. (*“Constituição do Brasil Interpretada”*, pág. 885).

Assim, deve-se ater ao fato de que o administrador público precisa atender aos postulados da proporcionalidade e da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

razoabilidade.

6. Destarte, cuidam-se de atividades de necessidade permanente, inviável a contratação de servidores comissionados.

A criação de cargo em comissão tem por pressuposto básico e fundamental a relação de fidúcia. O provimento do cargo em comissão deve atender a vocação para o qual ele foi criado, ou seja, o elemento subjetivo que liga o nomeado e a autoridade superior. Assim, a relação de confiança entre a autoridade superior e quem assume o cargo deve ser a marca, o sinal, a chancela e a natureza da relação funcional.

A simples inserção de expressões como “assessorar”, “realizar atividade de assessoria” não são suficientes para caracterizá-lo como de provimento em comissão. Da leitura das atribuições, verifica-se que não configuram função de chefia, assessoramento ou direção, nem exigem relação especial de confiança.

Como bem argumentou a douta Procuradoria de Justiça (fls. 591/592): *“As atribuições previstas para os referidos cargos, relacionadas a supervisão, análise, assessoramento, orientação, pesquisa, fiscalização, assistir, controle acompanhamento e informações são atividades destinadas a atender necessidades executórias ou a dar suporte a decisões e execução. Tratam-se de atribuições técnicas , administrativas e burocráticas, distantes dos*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

encargos de comando superior em que se exige especial confiança e afinamento coma as diretrizes políticas do governo.

Embora a descrição das atribuições dos cargos haja referência genérica a atividade de programar, fiscalizar, controlar, supervisionar, dirigir, organizar, a análise das características de cada unidade indica que são destinadas a atender necessidades executórias ou a dar suporte subalterno a decisões e execução”.

A inconstitucionalidade fica às claras se se comparar os cargos de Assessores, organizados em carreira com níveis (I a VII) e remuneração diferentes, incompatível com o provimento em comissão.

No que se refere aos cargos de “Coordenador da Guarda Municipal” e “Ouvidor da Guarda Municipal” desenvolvem atividades burocráticas e técnicas, não se apresentam como cargos da administração superior que exijam relação especial de confiança ou especial fidelidade às diretrizes políticas do governo.

6. Manifesta a inconstitucionalidade por desvio de poder legislativo, porque possibilita ao Chefe do Poder Executivo, ao arrepio dos princípios constitucionais da acessibilidade, da isonomia e da impessoalidade, realizar acessão de agentes sem qualquer formalidade concursal. Dessarte, se o concurso nasceu para evitar esta burla e se foi criado exatamente porque a presunção era fortíssima



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

quanto à acessão ilegal, não é possível afastar boa parte do pessoal administrativo do Município do provimento efetivo para funções permanentes.

Afinal, diante do vício de poder legislativo e sem necessidade de vasculhar a subjetividade dos agentes que assumiram a Prefeitura de Louveira, pelo critério da incompatibilidade objetiva, material, deve-se declarar a inconstitucionalidade parcial substancial da lei, no atinente à criação dos cargos de provimento em comissão mencionados, por violar todo o regime Constitucional de 1988 e, em especial, os princípios da moralidade, da legalidade, da isonomia, da impessoalidade e da acessibilidade a cargos e empregos públicos.

7. *“A criação de cargo em comissão em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo, só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional de concurso”* (MEIRELLES, Hely Lopes, Direito administrativo brasileiro, 18ª ed., São Paulo, p. 378).

Aliás, Márcio Cammarosano, em artigo intitulado CARGOS EM COMISSÃO - BREVES CONSIDERAÇÕES QUANTO AOS LIMITES À SUA CRIAÇÃO (<http://www.sertoledo.org.br/limites.html> - pesquisado em 18.06.08) ensina que:

“... ofende a ordem jurídica em vigor criar cargos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

em comissão que não consubstanciem competências de direção, chefia e assessoramento, ainda que a denominação que lhes atribua seja própria de cargos daquela espécie, pois o que importa não é o rótulo, mas a substância de cada qual.

Em outras palavras: denominar cargos públicos como sendo de diretor, chefia ou assessor não lhes atribui, por si só, a natureza que os permita ser de provimento em comissão. Faz-se necessário examinar as atribuições a serem exercidas por seus titulares, pois cargos públicos consubstanciam, como já assinalado, plexos de competências. Se estas não forem de direção, chefia ou assessoramento, haverá descompasso entre a denominação e as atribuições inerentes ao mesmo, entre o rótulo e a substância. Estar-se-á diante de expediente artificioso, mal disfarçada burla à exigência constitucional de concurso; de concurso público se, devessem, em rigor, ter sido criados como cargos isolados ou iniciais de determinada carreira; de concurso interno se devessem ter sido criados como de classe intermediária ou final de carreira”.

8. A regra para a investidura em cargo ou emprego público é aprovação em concurso público, a nomeação de comissionados é permitida somente em casos excepcionais. Sobre o tema o Ministro Joaquim Barbosa ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.233/PB, assinalou em seu voto que: “O Supremo Tribunal Federal tem interpretado essa norma como exigência de que a exceção à regra do provimento de cargos por concurso público só se justifica concretamente com a demonstração – e a devida



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

regulamentação por lei – de que as atribuições de determinados cargos sejam bem atendidas por meio do provimento em comissão, no qual se exige relação de confiança entre a autoridade competente para efetuar a nomeação e o servidor nomeado (ADI 1.141, rel. min. Ellen Gracie, Pleno, DJ de 29.08.2003; ADI 2.427-MC, rel min. Nelson Jobim, Pleno, DJ de 08.08.2003). Esse entendimento já se consolidara sob a vigência da Constituição anterior (Rp 1.368, rel. min. Moreira Alves, Pleno, j. 21.05.1987; Rp 1.282, rel. min. Octavio Gallotti, Pelno, j. 12.12.1985)” (DJ 14.9.2007).”.

Em tal sentido já decidiu o C. Órgão Especial: *“Ação direta de inconstitucionalidade – Lei Complementar n° 1.800, de 8 de março de 2005 – Criação de cargos de provimento em comissão, destinados, muitos deles, a funções burocráticas ou técnicas de caráter permanente - Inadmissibilidade - Dispositivo, ademais, que deixou de descrever as atribuições e responsabilidades de cada um dos cargos, impossibilitando a verificação de que foram criados exclusivamente para os casos constitucionalmente permitidos (direção, chefia e assessoramento) – Violação dos artigos 5°, § 1°, 111, 115,1 e II e 144 da Constituição do Estado de São Paulo - Ação procedente.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 152.958-0/6, Relator Des. Debatin Cardoso, j. 04.03.2009).*

9. Por fim, tendo em vista o excepcional interesse social presente no caso, mister a modulação de efeitos desta declaração. Fixa-se, em 120 dias a partir de hoje, a eficácia da norma inválida e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

proíbe-se novas normas com o mesmo “*desideratum*”, sob as penas da lei.

10. Diante desse quadro, **julga-se procedente a ação, com modulação de efeitos, declarando a inconstitucionalidade das expressões “Assessor Especial”, “Assessor Técnico Superior”, “Assessor Técnico de Divisão II”, “Assessor Técnico de Divisão III”, “Assessor Técnico de Divisão IV”, “Assessor Técnico de Divisão V”, “Assessor Técnico de Divisão VI”, “Assessor Técnico de Divisão VII”, “Coordenador da Guarda Municipal” e “Ouvidor da Guarda Municipal”, presentes no §1º, do art. 22 e dos Anexos I, II e VI, todos da Lei nº 2.377, de 30 de junho de 2014, do Município de Louveira.**

GUERRIERI REZENDE
Des. Relator

AM
07/15