PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA JUDICIÁRIA
SJ 6.1 - Serv. de Processamento do Órgão Especial
Palácio da Justiça
Praça da Sé, s/n - Centro - 3º andar - sala 309
São Paulo/SP - CEP 01018-010
Tel: (11) 3106-4148/3241-4162, e-mail: sj6.1.2@tjsp.jus.br

São Paulo, 21 de julho de 2014.

Ofício n.º 1843 - A/2014-bc
Direta de Inconstitucionalidade nº 2007857-78.2014.8.26.0000
Número de Origem: 1343/2013 - 141643/2013
Autor: Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo
Réu: Prefeito do Município de Cunha e outro

Senhor Presidente,

Tenho a honra de transmitir a Vossa Excelência cópia do V. Acórdão prolatado nos autos de Direta de Inconstitucionalidade supramencionados.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência protestos de estima e distinta consideração.

JOSÉ RENATO NALINI
Presidente do Tribunal de Justiça

A
Sua Excelência, o Senhor
Presidente da Câmara Municipal de
CUNHA - SP

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por JOSE RENATO NALINI. Para acessar os autos processuais, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2007857-78.2014.8.26.0000 e o código A4FD0E.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2014.0000385822

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Direta de Inconstitucionalidade nº 2007857-78.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CUNHA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CUNHA.

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

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, FRANCISCO CASCONI, FERRAZ DE ARRUDA, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, ROBERTO MAC CRACKEN, PAULO DIMAS MASCARETTI E LUIS GANZERLA.

São Paulo, 25 de junho de 2014

ITAMAR GAINO

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por ITAMAR GAINO. Para acessar os autos processuais, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2007857-78.2014.8.26.0000 e o código 9C0E66.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto nº: 31130
A.Dir. Inconst. nº: 2007857-78.2014.8.26.0000
COMARCA: CUNHA
AUTOR. : PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RÉUS : PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CUNHA E PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CUNHA

Ação Direta de Inconstitucionalidade – Art. 1º e parágrafo único da Lei nº 1.343, de 20 de junho de 2013, do Município de Cunha - Criação de cargo em comissão fora das hipóteses de direção, chefia e assessoramento – Cargo de Assessor Jurídico.

1 – A contratação de pessoal para prestação de serviços de natureza técnica e permanente, sem demonstração de necessidade temporária e excepcional, afronta a exigência constitucional de realização de concurso público.

2 - A obrigatoriEdade do concurso público, com as exceções constitucionais, afigura-se imprescindível instrumento de efetivação dos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade, garantindo aos cidadãos o acesso aos cargos públicos, em condições de igualdade.

Ação procedente.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, sob a alegação, em síntese, de que o artigo 1º e seu parágrafo único da Lei nº 1.343. de 20 de junho de 2013, do Município de Cunha, estão contrariando *"frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, qual se subordina a produção normativa municipal, ante a previsão dos arts. 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal"*, especialmente os seus artigos 98, 99, 111, 115, parágrafos e respectivos incisos, uma vez que *"Atividades inerentes à advocacia pública como assessoramento, consultoria e representação jurídica de entidades ou órgãos públicos são atribuições de natureza profissional e técnica e exclusivamente reservadas a profissionais investidos em cargos de provimento efetivo da respectiva carreira mediante aprovação prévia em concurso público, como revela a remissão ao art. 132 da Constituição Federal contida no § 1º do art. 99 da Constituição Estadual"*.

Acolhido o pedido de concessão de liminar, o Procurador Geral do Estado deixou de defender o ato normativo impugnado alegando existir envolvimento apenas de interesse local

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por ITAMAR GAINO. Para acessar os autos processuais, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2007857-78.2014.8.26.0000 e o código 9C0E66.

(cf. p. 213/214).

O Prefeito e a Câmara Municipal de Cunha deixaram transcorrer o prazo legal, sem apresentar informações (cf. p. 227).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se favoravelmente ao julgamento de procedência da demanda (cf. p. 228/230).

É o relatório.

O artigo 1º da Lei Municipal nº 1.343, de 20 de junho de 2013 e seu respectivo parágrafo único, estão redigidos nos seguintes termos:

"Art. 1º. Fica criado junto ao Anexo 2 da Lei Municipal nº 664/93, o cargo comissionado de Assessor Jurídico, com uma vaga, nível de referência 27, de livre nomeação e exoneração do Chefe do Poder Executivo, com atribuições para prestar assessoria jurídica nos vários ramos do direito, especialmente no constitucional, no administrativo, no tributário, no trabalhista, no cível etc., tanto nos aspectos preventivos quanto na administração do contencioso, sugerindo medidas a tomar, visando resguardar os interesses e dar segurança jurídica aos atos e decisões e desempenhar outras tarefas que, por suas características, se incluam na sua esfera de competência.

Parágrafo único. Os requisitos básicos para a investidura no cargo público de que trata o caput deste artigo são:

I – a nacionalidade brasileira;

II – o gozo dos direitos políticos;

III – a quitação com as obrigações militares e eleitorais;

IV – o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;

V – a regular inscrição junto à Ordem dos Advogados do Brasil;

VI – a idade mínima de 18 (dezoito) anos; e

VII – a aptidão física e mental".

A análise dessa disposição autoriza concluir que a Municipalidade de Cunha criou cargo de provimento em comissão para o exercício de função estritamente técnica ou profissional, própria de cargo de provimento efetivo.

Aliás, não basta denominar os cargos como sendo de diretor, chefe, assistente ou assessor para que se abra uma

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por ITAMAR GAINO. Para acessar os autos processuais, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2007857-78.2014.8.26.0000 e o código 9C0E66.

exceção à regra do concurso público, pois o que importa é a substância dos cargos de provimento em comissão, fazendo-se necessário examinar as atribuições a serem exercidas por seus ocupantes.

No caso, o exame dos requisitos básicos para o exercício do cargo de 'Assessor Jurídico', previstos no parágrafo único, não deixa dúvida acerca da natureza profissional do vinculo que seria formado entre o exercente da mencionada função e a Prefeitura Municipal e que, por essa razão, só poderia ser preenchida por concurso público, principalmente por se tratar de lotação que não se situa na administração superior, nem demanda a estrita confiança, devendo a missão, portanto, ser desempenhada por servidor de carreira, até mesmo para não haver solução de continuidade por sucessão de administradores.

O Chefe do Poder Executivo e a Casa Legislativa, ambos do Município de Cunha, olvidaram-se, portanto, que o artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo, em harmonia com o disposto no artigo 29 da Constituição da República, estabelece que: *"Os Municípios, com autonomia política, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição."*

Assim, a capacidade de os Municípios se auto-organizarem, no que diz respeito aos seus poderes, está vinculada aos limites e às regras gerais impostos na Constituição Federal e na Constituição Paulista.

Os incisos I e II do artigo 115 da Constituição do Estado de São Paulo estabelecem, respectivamente, *"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: 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 cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração."*

No Supremo Tribunal Federal está assentado o entendimento no sentido de que: *"A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: CF., art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37 e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público: CF., art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público excepcional".*

Neste sentido: ADI 1.500/ES e 1.219/PB, Ministro

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por ITAMAR GAINO. Para acessar os autos processuais, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2007857-78.2014.8.26.0000 e o código 9C0E66.

Carlos Velloso; ADI 2.125-MC/DF e 890/DF, Ministro Maurício Corrêa; ADI 2.380-MC/DF, Ministro Moreira Alves; ADI 2.987/SC, Ministro Sepúlveda Pertence.

Desta forma, *"A investidura no serviço público, seja como estatutário, seja como celetista depende de aprovação em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (CF, artigo 37, II). A contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, tem como pressuposto lei que estabeleça os casos de contratação (CF, artigo 37, IX)"* (Recurso Extraordinário nº 168.566/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, RTJ 171/632.

A propósito, Diogenes Gasparini[1] ensina que os *"cargos de provimento em comissão são próprios para direção, comando ou chefia de certos órgãos, para os quais 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. Também destinam-se ao assessoramento (art. 37, V, da CF). Por essas razões percebe-se quão necessária é essa fragilidade do liame. A autoridade nomeante não pode desfazer-se dessa competência para exonerar os titulares de tais cargos, sob pena de não poder contornar dificuldades que surgem quando o nomeado deixa de gozar da sua confiança. A exoneração, nessas hipóteses, é imprescindível, pois com ela se aplaca a ira de todos os envolvidos. Mas, por certo, não se pode criar somente cargos em comissão, pois outras razões existem contra essa possibilidade. Tal criação, desmedida e descabida, deve ser obstada, a todo custo, quando a intenção evidente é burlar a obrigatoriedade do concurso público para o provimento de cargos efetivos. De sorte que os cargos que não apresentam aquelas características ou alguma particularidade entre seu rol de atribuições (...) devem ser de provimento efetivo, pois de outro modo cremos que haverá desvio de finalidade na sua criação e, portanto, possibilidade de sua anulação"*.

Adilson de Abreu Dallari[2] também leciona: *"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"*.

Mencionado posicionamento se encontra pacificado neste Colendo Órgão Especial, consoante os precedentes assim ementados:

"Ora, o mecanismo da simples transformação de

[1] *Direito administrativo. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 325.*

[2] *Regime Constitucional dos Servidores Públicos, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª ed., 1992, p. 41.*

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por ITAMAR GAINO. Para acessar os autos processuais, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2007857-78.2014.8.26.0000 e o código 9C0E66.

nº 994.09.230707-0, rel. Des. Penteado Navarro, j. 01/09/2010).

"*Ação declaratória de inconstitucionalidade. Leis municipais. Cargos de provimento em comissão. Violação dos artigos 115, II e V, e 144 da CE. 1. Compete exclusivamente ao Tribunal de Justiça Estadual julgar ação declaratória de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual. 2. É inconstitucional a lei municipal que cria cargos a serem providos em comissão sem descrever-lhes as atribuições de forma a caracterizar os requisitos justificadores da confiança do nomeante para o bom andamento da Administração. Ação julgada procedente*" (Direta de Inconstitucionalidade nº 994.09.230831-4, rel. Des. Laerte Sampaio, j. 14/07/2010).

Ante o exposto, julga-se procedente a ação.

ITAMAR GAINO

Relator

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por ITAMAR GAINO. Para acessar os autos processuais, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2007857-78.2014.8.26.0000 e o código 9C0E66.