PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Secretaria Judiciária
Serviço de Processamento do Órgão Especial, Câmara Especial e Recursos aos Tribunais Superiores
Palácio da Justiça – 3º andar – sala 309
Centro – Capital – São Paulo - CEP 01018-010

São Paulo, 29 de julho de 2011.

Ofício nº 4118-A/2011 – bc
Processo nº 0439120-39.2010.8.26.0000 (origem nº 1188/2009)
Recte(s).: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Recdo(s).: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CUNHA E OUTRO

Senhor Presidente

De ordem do Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tenho a honra de transmitir a Vossa Excelência cópia do v. Acórdão prolatado nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei supra mencionados.

Aproveito a oportunidade para apresentar a Vossa Excelência protestos de distinta consideração.

ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JUNIOR
Juiz Assessor da Presidência

Ao Excelentíssimo Senhor
DD. Presidente da Câmara Municipal de
CUNHA – SP

84

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº
03567753

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 0439120-39.2010.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO sendo 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 PROCEDENTE A AÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUSA LIMA, REIS KUNTZ, BARRETO FONSECA, CORRÊA VIANNA, MAURÍCIO VIDIGAL, DAVID HADDAD, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS, ARMANDO TOLEDO, MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, JOSÉ SANTANA, JOSÉ REYNALDO, ARTUR MARQUES, CAUDURO PADIN, GUILHERME G. STRENGER, RUY COPPOLA, BORIS KAUFFMANN, RENATO NALINI, CAMPOS MELLO, ROBERTO MAC CRACKEN, ELLIOT AKEL e SAMUEL JÚNIOR.

São Paulo, 25 de maio de 2011.

JOSÉ ROBERTO BEDRAN
PRESIDENTE E RELATOR

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº. : 19962
ADIN.Nº. : 0439120-39.2010.8.26.0000 (990.10.439120-2)
COMARCA : SÃO PAULO/CUNHA
REQTE. : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REQDOS. : PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CUNHA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CUNHA

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 1.188, de 20 de janeiro de 2009, do Município de Cunha, bem como de todos os atos normativos anteriores, que identificam como "*em comissão*" ou "*de livre nomeação*" os cargos ou empregos públicos relacionados. Inconstitucionalidade material de expressões da lei criadora, passível de controle concentrado. Inobservância das exigências constitucionais, com violação dos arts. 111 e 115, incisos I, II e V, da CE, bem como do art. 37, *caput* e inciso II, da CF. Procedência.

1. É ação direta de inconstitucionalidade, sem pedido liminar, promovida pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, objetivando a declaração de inconstitucionalidade parcial da Lei nº 1.188, de 20 de janeiro de 2009, do Município de Cunha, especificamente na parte alusiva à criação dos cargos em comissão, relacionados na inicial.

Alega o autor, em síntese, que o dispositivo legal impugnado seria verticalmente incompatível com a Constituição Estadual. Ao criar cargos de provimento em comissão, desvinculados da inerente confiança da administração superior e cujas funções designadas, sem relação com as atribuições de direção, chefia e assessoramento, mas próprias do desempenho por servidores de carreira, teria implicado violação

dos princípios que abrigam a reserva legal, a moralidade administrativa, a impessoalidade e a razoabilidade (arts. 115, II e V, da CE, e art. 37, II e V, da CF).

Vieram as informações da edilidade (fls. 45/49) e a Procuradoria Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa do ato impugnado (fls. 54/56).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça reiterou o pleito de procedência (fls. 59/60).

É o relatório.

2. A ação procede.

Atuante, na espécie, o princípio da simetria, porquanto cabe ao Presidente da República exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção da administração federal, ao Governador do Estado, com os Secretários de Estado, a administração estadual, e ao Prefeito Municipal, com seus auxiliares diretos, a administração municipal.

O dispositivo legal impugnado, conforme se colhe do libelo, ao dispor sobre a reforma da estrutura administrativa, nos termos da Emenda Constitucional nº 19/98, criou os seguintes cargos, destacados da relação contida no libelo, todos de provimento em comissão, no Município de Cunha:

Denominação do Cargo	***Órgão***	***Vagas***
Chefe de Coordenação Pedagógica	*Secr. Educação, Cultura, Turismo, Esporte e Lazer*	*10*

Chefe de Suporte de Informática	*Secr. Educação, Cultura, Turismo, Esporte e Lazer*	*01*
Chefe de Manutenção de Prédios Escolares	*Secr. Educação, Cultura, Turismo, Esporte e Lazer*	*01*
Assessor Administrativo de Educação e Cultura	*Secr. Educação, Cultura, Turismo, Esporte e Lazer*	*04*
Chefe de Coordenação de Eventos	*Secr. Educação, Cultura, Turismo, Esporte e Lazer*	*01*
Assessor de Turismo e Eventos	*Secr. Educação, Cultura, Turismo, Esporte e Lazer*	*02*
Assessor de Comunicação	*Secr. Educação, Cultura, Turismo, Esporte e Lazer*	*01*
Chefe de Atividades Esportivas e de Lazer	*Secr. Educação, Cultura, Turismo, Esporte e Lazer*	*02*
Assessor de Atividades Esportivas e de Lazer	*Secr. Educação, Cultura, Turismo, Esporte e Lazer*	*01*
Assessor de Agricultura, Meio Ambiente, Produção Animal e Vegetal	*Secr. De Agricultura e Meio Ambiente*	*03*
Assessor das Atividades de Promoção e Programas Sociais	*Secr. Promoção Social*	*01*
Chefe de Assuntos Contábeis	*Secr. Adm. e Finanças*	*01*
Assessor de Vigilância Sanitária e Epidemiologia	*Secr. Saúde*	*01*
Assessor de Projetos e Convênios	*Secr. Planejamento, Obras, Serv. Urbanos, Viação e Transporte*	*02*
Assessor de Atividade de Fiscalização	*Secr. Planejamento, Obras, Serv. Urbanos, Viação e Transporte*	*01*
Chefe de Serviços Urbanos de Campos de Cunha	*Secr. Planejamento, Obras, Serv. Urbanos, Viação e Transporte*	*01*
Assessor dos Serviços de Limpeza, Pintura e	*Secr. Planejamento, Obras, Serv.*	*03*

Explícitos, tais princípios têm, no aspecto operacional do sistema constitucional, a função de gerar normas, orientar a interpretação, inibir a eficácia de lei que os contrarie, suprir eventual lacuna legislativa e valer como dogmas de observância geral.

O art. 144, por sua vez, estabelece: *"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".*

Já o art. 115, inciso II, da CE, repetindo os termos do art. 37, II, da CF, dispõe que *"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".*

Diante de tais regras, o Supremo Tribunal Federal deixou assentado que: *"A competência do Município para organizar seu quadro de pessoal é consectária da autonomia administrativa de que dispõe. Atendidas as normas constitucionais aplicáveis ao servidor público, bem como os preceitos das leis de caráter complementar, pode o Município elaborar o estatuto dos seus servidores, segundo as conveniências e peculiaridades locais. Nesse campo é inadmissível a extensão das normas estatutárias federais ou estaduais aos servidores municipais, no que tange ao regime de trabalho e de remuneração, e somente será possível a*

aplicação do estatuto da União ou do Estado-membro se a lei municipal assim o determinar expressamente. Todavia, embora em razão da autonomia constitucional as entidades estatais sejam competentes para organizar e manter seu funcionalismo, criando cargos e funções, instituindo carreiras e classes, fazendo provimento e lotações, estabelecendo vencimentos e vantagens, delimitando os deveres e direitos dos servidores e fixando regras disciplinares, as disposições estatutárias dos entes federados não podem contrariar a Constituição da República, porque normas gerais de observância obrigatória pela federação" (RE 120133/MG, rel. MAURICIO CORRÊA, j. 27.09.1996 - os grifos não são do original).

No particular, incontornável a declaração de inconstitucionalidade material das expressões da lei criadora de cargos em comissão, pois "*É inafastável concluir-se que o legislador constitucional estabeleceu como princípio geral e obrigatório a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos como condição para investidura em cargo público. A dispensa somente pode ocorrer diante de situação excepcional, visto que a subtração de cargos ao regime do provimento por concurso há de ser ditada por questões de ordem objetiva inerentes à respectiva natureza dos cargos*" (ADIn nº 11.939-0, rel. Des. OLIVEIRA COSTA, v.u., j. em 24.4.91).

Leciona HELY LOPES MEIRELLES que "*a obrigatoriedade de concurso público, ressalvados os cargos em comissão e empregos com essa natureza, refere-se à investidura em cargo ou emprego público, isto é, ao ingresso em cargo ou emprego isolado ou em cargo ou emprego público inicial da carreira na Administração direta ou indireta. O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para*

obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o artigo 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantém no poder leiloando cargos e empregos públicos" (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 21ª Ed., p. 378/379).

É certo que a Administração pode nomear para cargos em comissão, conforme a ressalva do inciso II, do art. 115, da CE. Contudo, é exceção que também está condicionada à prévia elaboração de lei específica, a contemplar apenas atribuição de direção, chefia e assessoramento, em que exigível *"especial relação de confiança entre o governante e o servidor"*.

Conforme observa JOSÉ AFONSO DA SILVA, *"O princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos visa essencialmente a realizar o princípio do mérito, que se apura mediante investidura por concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II)"* (Comentário Contextual à Constituição, Malheiros, 5ª ed., 2007, p. 338).

Por isso, também é da boa doutrina que *"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" (cf. ADILSON DE ABREU DALLARI, Regime Constitucional dos Servidores Públicos, RT, São Paulo, 2ª ed., 1992, p. 41).

Ora, no caso versado, os cargos em comissão, criados ou mantidos, o foram com notório desvio de finalidade, já que, consoante arguta observação da douta Procuradoria-Geral de Justiça, *"não correspondem funções de direção, chefia e assessoramento. São lotações que não se situam na administração superior, nem demandam a estrita confiança, cujas missões devem ser realizadas por servidor de carreira, até mesmo para não haver solução de continuidade por sucessão de administradores"* (fls. 07).

A propósito, a jurisprudência do Órgão Especial, de longa data, é pacífica no sentido de que:

> *"FUNCIONÁRIO PÚBLICO MUNICIPAL - Cargo em comissão – Criação por lei municipal - Inconstitucionalidade – Cargos de natureza técnica, para funções estritamente profissionais, sem necessidade do dever de fidelidade e de lealdade – Exigibilidade de concurso público para o preenchimento – Ofensa aos princípios da igualdade e da acessoriedade aos cargos públicos – Ação direta procedente.*
>
> *É inconstitucional a lei que criar cargo em comissão para o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza permanente profissional, fora dos níveis de direção,*

chefia e assessoramento superior" (ADIN nº 92.143-0/0, Rel. GENTIL LEITE, j. 20.11.2002, v.u.).

E o Colendo STF assim se pronunciou:

"A exigência constitucional do concurso público não pode ser contornada pela criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime da livre nomeação e exoneração que os caracteriza" (STF-Adin 1.141-GO – Medida liminar – Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – Trib. Pleno – J. 10.10.1994 – Un. – RTJ 156/794).

Em suma, a lei impugnada empresta contornos de regularidade ao prescindir do prévio concurso público, com a criação indiscriminada e abusiva de cargos de provimento em comissão, ferindo os princípios da moralidade, impessoalidade, razoabilidade e interesse público, que informam toda a organização administrativa e são inerentes ao desempenho da função pública.

Daí se impor o integral acolhimento do pedido, com reconhecimento da inconstitucionalidade do provimento dos cargos em comissão impugnados.

3. Do exposto, julga-se procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade material das expressões contidas na Lei nº 1.188 de 20 de janeiro de 2009, do Município de Cunha, bem como de todos os atos normativos anteriores, que identificam como "*em comissão*" ou "*de livre*

nomeação" os cargos ou empregos relacionados na inicial, que só poderiam ser providos mediante prévio concurso público.

Façam-se as comunicações de praxe.

JOSÉ ROBERTO BEDRAN
Relator