



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Órgão Especial

Registro: 2020.0000630337

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2024558-07.2020.8.26.0000, 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 INDAIATUBA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE EM MAIOR EXTENSÃO, COM MODULAÇÃO. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. EVARISTO DOS SANTOS, PINHEIRO FRANCO, LUIS SOARES DE MELLO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, MÁRCIO BÁRTOLI, CRISTINA ZUCCHI, JAMES SIANO, SOARES LEVADA, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO (COM DECLARAÇÃO) E ADEMIR BENEDITO. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR OS EXMOS. SRS. DES. RICARDO ANAFE E XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO E CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 5 de agosto de 2020.

SOARES LEVADA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Órgão Especial

Direta de Inconstitucionalidade Processo nº **2024558-07.2020.8.26.0000**

Relator(a): **SOARES LEVADA**

Órgão Julgador: **Órgão Especial**

AUTOR: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RÉU: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE INDAIATUBA

INTERESSADO: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE INDAIATUBA

V O T O Nº 40700

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Preliminares de inépcia e impossibilidade jurídica do pedido afastadas. Anexo III da Lei Complementar nº 47, de 20.12.2018, do Município de Indaiatuba. Cargos em comissionamento reconhecidos como inconstitucionais de “Assessor Especial”, “Assessor de Departamento”, “Assessor de Secretaria” e “Gerente”, por estabelecerem atribuições burocráticas, técnicas e operacionais sem a imprescindível relação de confiança entre a autoridade nomeante e os servidores nomeados. Não atendimento ao Tema nº 1010 da Repercussão Geral do STF; violação aos artigos 111, 115, II e V, e 144 da Constituição Estadual. Com a ressalva de minha posição pessoal, cargos de Diretor de Departamento, Chefe de Setor, Chefe de Divisão e Controlador Geral do Município também declarados inconstitucionais. Cargo de Corregedor Geral do Município a ser provido por servidor de carreira; declaração parcial de inconstitucionalidade nesse ponto, sem redução de texto. Ação parcialmente procedente.

Visto.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Órgão Especial

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria-Geral de Justiça em face do anexo III da Lei Complementar nº 47, de 20/12/2018, de Indaiatuba, ao criar abusiva e ilegalmente cargos de provimento em comissão de “Assessor Especial”, “Assessor de Departamento”, “Assessor de Secretaria”, “Chefe de Divisão”, “Chefe de Setor”, “Controlador Geral do Município”, “Corregedor Geral do Município”, “Diretor de Departamento” e “Gerente”. Afirma-se serem cargos com atribuições meramente burocráticas, técnicas e operacionais. Pede-se sua inconstitucionalidade por violação dos arts. 111, 115, II e V, e 144 da Constituição Estadual.

2. Foram prestadas informações pela Câmara Municipal de Indaiatuba (fl. 699/713), bem como pela Prefeitura de Indaiatuba (fl. 1053/1077), em defesa da legalidade da lei e, nas informações da Municipalidade, defendendo a inépcia da inicial e a impossibilidade jurídica do pedido, por invasão da competência do Executivo Municipal. Em seu parecer final, o Ministério Público pugna pela procedência do pedido inicial, afastadas as preliminares (fl. 1139/1155).

É o relatório.

Fundamento e decido.

3. Afastam-se as preliminares arguidas pela Municipalidade. O pedido é fundamentado e específico, nada tendo de inepto; e a declaração de inconstitucionalidade em nada invade competências exclusivas do Executivo Municipal, tendo o Ministério Público legitimidade constitucional para a análise do ato normativo municipal em face da Constituição Estadual, o que é pacífico, para verificação de sua conformidade à Lei Maior.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Órgão Especial

4. No mérito, a criação de cargos em comissionamento deve obedecer ao previsto no Tema 1010 da Repercussão Geral do E. STF:

“a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;”

“b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;”

“c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e”

“d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.” (Tema nº 1.010 – RE 1.041.210-SP – p.m.v. DJ-e 04.12.18 – Rel. Min. **DIAS TOFFOLI**)

A tese reflete jurisprudência consagrada no sentido de que:

“É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico.” (ADI nº 3.602/GO – v.u. DJe 07.06.11 – Rel. Min. **JOAQUIM BARBOSA**).

5. A regra a ser observada é a da investidura em cargo público mediante **concurso público** – arts. 37, II, da CF e 115, II, da CE, admitindo-se, no entanto, a livre nomeação para cargos em **comissão**, destinados a atribuições de **direção, chefia e assessoramento** nos termos da Constituição – **art. 37, V, da CF e art. 115, V, da CE** – com o seguinte teor:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Órgão Especial

(...)

“II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público 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;”

(...)

“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;”

E,

“Artigo 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:”

“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 cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação ou 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;”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Órgão Especial

6. Cargos em comissão são cargos em fidúcia, de confiança de quem nomeia e, pela precariedade e transitoriedade que lhes são características, são seus ocupantes demissíveis “ad nutum”, não se submetendo a concursos públicos. Como a impessoalidade é a regra, a admissão dos cargos comissionados deve ser vista sempre com cautela, para que não se esvazie e se torne inócua a exigência constitucional do concurso público.

7. Postas tais premissas, verifica-se que a maioria dos cargos criados estabelece funções genéricas e desprovidas da necessária fidúcia a justificá-los enquanto cargos de livre provimento e exoneração. As atribuições de assessorias “Especial”, “de Departamento” e “de Secretaria”, discriminadas a fl. 4, são absolutamente rotineiras, burocráticas e operacionais, podendo ser realizadas por qualquer profissional, sem que deles se exija um assessoramento pessoal, direto de confiança aos gestores municipais.

8. Também o cargo de “Gerente” não tem justificção suficiente para ser tido como de comissionamento, pois é estabelecida uma óbvia “chefia de gerência” em que estiver lotado, subsidiando decisões e assessorando departamentos, além de inúmeras funções genéricas e destituídas de relação de confiança entre a autoridade nomeante e os servidores nomeados.

9. Até aqui votação unânime. No mais, em relação aos outros cargos, e ressalvada minha posição pessoal, a douta maioria endossou o posicionamento seguinte, do eminente Desembargador Ricardo Anafe:

“Todavia, o ato normativo impugnado prevê ainda o cargo em comissão de **“Diretor de Departamento”**, que tem entre suas atribuições organizar as ações do respectivo departamento, assim como ocorre com o **“Chefe de Divisão”** e **“Chefe de Setor”**, isto é, foram previstas funções técnicas, operacionais e burocráticas.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Órgão Especial

Ao **“Chefe de Divisão”** compete chefiar as atividades da Divisão onde estiver lotado, subsidiando as ações do respectivo Departamento no gerenciamento das competências administrativas, assessorar a organização dos serviços, levar ao conhecimento do superior imediato as ocorrências que não lhe caiba resolver, bem como todos os documentos que dependam de decisão superior, promover reuniões periódicas, coordenar a expedição de todas as ordens relativas à disciplina, instrução e serviços gerais cuja execução cumpre-lhe fiscalizar, representar o superior hierárquico, quando designado e executar outras tarefas de mesma natureza associadas à sua especialidade e ambiente organizacional. Já ao **“Chefe de Setor”** cabe chefiar as atividades do Setor onde estiver lotado, subsidiando as ações da respectiva Divisão no gerenciamento das competências administrativas, assessorar a organização dos serviços, levar ao conhecimento do superior imediato as ocorrências que não lhe caiba resolver, bem como todos os documentos que dependam de decisão superior, promover reuniões periódicas, coordenar a expedição de todas as ordens relativas à disciplina, instrução e serviços gerais cuja execução cumpre-lhe fiscalizar, assinar documentos ou tomar providências de caráter urgente, na ausência ou impedimento ocasional do superior hierárquico, executar outras tarefas de mesma natureza associadas à sua especialidade e ambiente organizacional.

Por sua vez, o **“Diretor de Departamento”** deve dirigir o Departamento em que estiver lotado, no âmbito de suas competências, subsidiando as decisões do Secretário da respectiva pasta nas atividades inerentes ao campo de atuação do Departamento, planejar, coordenar e implementar as ações na área de competência do respectivo Departamento, fomentar a boa atuação dos servidores lotados no Departamento, promover a elaboração de estudos, pesquisas e projetos, e implementar ações na esfera de competência do Departamento, realizar a integração funcional do Departamento com as demais unidades administrativas da Prefeitura, prestar esclarecimentos e orientar sobre assuntos inerentes à ação do Departamento, organizar e coordenar reuniões, executar outras tarefas de mesma natureza associadas à sua especialidade e ambiente organizacional, não guardando para si nenhuma atividade de chefia, direção, nem tampouco assessoramento, cabendo-lhes orientar e acompanhar a execução dos trabalhos de natureza burocrática, administrativa e serviços auxiliares.

Da mesma forma o **“Controlador Geral do Município”** está incumbido de dirigir a Controladoria Geral do Município, no âmbito de suas competências, atuar no levantamento de informações, emissão de pareceres técnicos, realização de diligências, realização de auditorias, análise de execução contratual, de documentos fiscais ou contábeis, de prestação de contas do terceiro setor, e outras atividades correlatas com as competências da Controladoria Geral, realizar os atos de fiscalização, controle interno e orientação das diversas unidades administrativas da Administração Pública Municipal, bem como executar outras tarefas de mesma natureza associadas à sua especialidade e ambiente organizacional, ou seja, funções de natureza puramente profissional, técnica e burocrática, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento e que exijam relação de confiança e fidelidade às diretrizes traçadas pela autoridade nomeante, sem portanto, nenhum viés que justifique os cargos técnicos como de confiança, rompendo, assim, critério de razoabilidade para sua criação, o que pode ser perfeitamente ocupado por técnico concursado, em obediência à norma constitucional.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Órgão Especial

No tocante ao cargo em comissão de **“Corregedor Geral do Município”** que tem as atribuições de dirigir a Controladoria Geral do Município, no âmbito de suas competências, realizar sindicâncias, emitir pareceres e propor aplicação penalidades, opinar sobre revisão em matéria disciplinar, examinar os casos de falta de pontualidade, assiduidade, indisciplina, desídia, ineficiência, inaptidão para o serviço público e fazer recomendações, examinar desvios de função, elaborar pareceres, nos limites da competência da Corregedoria, opinar sobre cargos de abandono de cargo e emprego, bem como cargos de acumulação de cargo e emprego, opinar sobre condições legais de concursados para admissão e exercícios, atender e orientar servidores municipais e munícipes sobre assunto de competência da Corregedoria, realizar ou supervisionar diligências externas, o mesmo deve ser exercido por servidor de carreira, pois pressupõe o conhecimento técnico e específico das funções e da carreira, de tal arte que é incompatível com as suas atribuições a livre escolha e a nomeação de qualquer pessoa.

A propósito o entendimento deste Colendo Órgão Especial:



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Órgão Especial

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE 'ASSESSOR I', 'ASSESSOR II', 'AUDITOR EM SAÚDE', 'DIRETOR DA CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO', 'DIRETOR DE DEPARTAMENTO', 'DIRETOR DO PROCON', E 'OUVIDOR DO SUS', PREVISTOS NOS ANEXOS I E III DA LEI Nº 3.915, DE 04 DE ABRIL DE 2017, DO MUNICÍPIO DE AMPARO - FUNÇÕES TÉCNICAS, ADMINISTRATIVAS OU DE SUPORTE QUE, EMBORA DESCRITAS EM LEI, NÃO DEMANDAM RELAÇÃO ESPECIAL DE CONFIANÇA ENTRE O SERVIDOR E SEU SUPERIOR HIERÁRQUICO - INVESTIDURA QUE DEPENDE DE PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO - CARGOS DE 'CORREGEDOR-GERAL DA GUARDA MUNICIPAL' E 'OUVIDOR DA GUARDA MUNICIPAL' - PROVIMENTO PRECÁRIO RELACIONADO A CARGOS DE ALTO ESCALÃO - PECULIARIDADE DAS ATRIBUIÇÕES, PORÉM, QUE RECLAMA EXPERIÊNCIA NA CARREIRA E PROFUNDO CONHECIMENTO SOBRE A INSTITUIÇÃO - HIPÓTESES EM QUE OS CARGOS DEVEM SER PREENCHIDOS POR SERVIDORES EFETIVOS - OFENSA AOS ARTIGOS 111, 115, INCISOS II E V, E 144, TODOS DA CARTA BANDEIRANTE - AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO DOS EFEITOS, NOS TERMOS DO ART. 27 DA LEI Nº 9.868/99". "A simples inserção de expressões que atribuam ao cargo público funções de direção, chefia ou assessoramento não é suficiente para caracterizá-lo como de provimento em comissão". "A criação de cargos em comissão para o desempenho de funções que não exijam especial relação de confiança viola o disposto nos artigos 111, 115, inciso V, e 114, todos da Constituição Estadual". "Apesar da existência de determinadas funções de provimento precário relacionadas a cargos de alto escalão, o plexo de atribuições reclama experiência na carreira e profundo conhecimento sobre a instituição, sendo de rigor, por isso, que tais cargos sejam preenchidos por servidores efetivos da respectiva carreira, livremente indicados pelo Chefe do Executivo." (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2212226-29.2017.8.26.0000; Relator (a): Renato Sartorelli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 28/02/2018; Data de Registro: 01/03/2018).

Assim, com relação ao cargo em comissão de “Corregedor Geral do Município”, previsto no Anexo III da Lei Complementar nº 47, de 20 de dezembro de 2018, do Município de Indaiatuba, é caso de se acolher o pedido para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, para que seja provido somente por servidor integrante da carreira.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Órgão Especial

Por epítome, conclui-se *i)* da inconstitucionalidade dos cargos de provimento em comissão de “Assessor Especial”, “Assessor de Departamento”, “Assessor de Secretaria”, “Chefe de Divisão”, “Chefe de Setor”, “Controlador Geral do Município”, “Diretor de Departamento” e “Gerente”, previstos no Anexo III da Lei Complementar nº 47, de 20 de dezembro de 2018, do Município de Indaiatuba, por ofensa aos artigos 111, 115, incisos II e V, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo; e *ii)* declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, para que o cargo em comissão de “Corregedor Geral do Município”, previsto no Anexo III da Lei Complementar nº 47, de 20 de dezembro de 2018, do Município de Indaiatuba, seja ocupado por integrante da carreira, devidamente concursado.

Por razões de segurança jurídica, e a fim de permitir a reorganização da estrutura administrativa do Município, prudente a modulação dos efeitos do resultado ora imposto, nos termos do artigo 27, da Lei Federal nº 9.868/99, para que a declaração de inconstitucionalidade tenha eficácia em 120 (cento e vinte) dias do julgamento, com relação aos cargos comissionados impugnados.”

10. Ação parcialmente procedente, com modulação.

SOARES LEVADA
Relator