



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2016.0000545897

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2056976-37.2016.8.26.0000, 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 SANTO ANDRÉ.

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

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS E XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 3 de agosto de 2016.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Direta de Inconstitucionalidade nº 2056976-37.2016.8.26.0000
Autor: Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo
Réu: Presidente da Câmara Municipal de Santo André
Comarca: São Paulo
Voto nº 35.612

***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE –
 Legislação do Município de Santo André, descrita na
 Petição Inicial, que dispõe sobre a criação de cargos de
 provimento em comissão – Cargo de confiança e de
 comissão que possuem aspectos conceituais diversos –
 Afronta aos artigos 5º, 24, §2º, 1 e 4, 111, 115, I, II e V,
 128 e 144 da Constituição Estadual – Ação procedente,
 com modulação.***

Voto nº 35.612

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

nº 2056976-37.2016.8.26.0000

COMARCA – SÃO PAULO

Requerente (s): PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA

Requerido(s): PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE
 SANTO ANDRÉ

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça objetivando a declaração de inconstitucionalidade de legislação do Município de Santo André, descrita na Petição Inicial, que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

dispõe sobre a criação de cargos de provimento em comissão, sob o fundamento de se encontrarem em desacordo com os parâmetros constitucionais.

Alega que as normas mencionadas contrariam o disposto nos artigos 5º, 24, §2º, 1 e 4, 111, 115, I, II e V, 128 e 144 da Constituição Estadual, pois estariam em desacordo com os princípios constitucionais insculpidos.

A liminar foi indeferida (fls. 1638/1639).

Decorreu “in albis” o prazo para as informações da Câmara Municipal (fls. 1654).

Citado, o Senhor Procurador Geral do Estado declinou de oferecer defesa do ato atacado (fls. 1650/1653).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 1656/1669).

É o relatório.

Procede a ação.

A legislação do Município de Santo André, descrita na Petição Inicial, que dispõe sobre a criação de cargos de provimento em comissão, realmente se se encontrarem em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

desacordo com os parâmetros da Constituição Estadual.

A contratação de pessoal no serviço público envolve aspectos que vão, desde o direito civil, até ao administrativo, com fundamentos constitucionais.

No direito público a vinculação ao princípio da legalidade é norma inderrogável, alçada ao foro constitucional (artigo 37, "caput", da CF/88) e os requisitos do ato jurídico, mormente o da prescritibilidade legal, são inarredáveis, devendo estar presentes em todos os contratos celebrados pela Administração Pública, portanto, tem-se que toda e qualquer contratação só poderá ser feita no serviço público se obedecer a cláusulas previstas legalmente, mormente aquelas de cunho constitucional.

O artigo 2º e o Anexo I, Lei Municipal ora atacada, como bem observou a D. Procuradoria de Justiça, sujeitou os cargos de provimento em comissão ao regime celetista, contrariando a exigência ao regime administrativo, violando assim os princípios da razoabilidade e da moralidade.

Ademais, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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.

Essa é a redação do inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal, que veda o ingresso no serviço público que não seja sob a modalidade de concurso público.

No entanto, em relação aos cargos em comissão e funções de confiança, o inciso V, do art. 37, do Texto Constitucional traz a seguinte redação:

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;

Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"...os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar "ad nutum", isto é, livremente, quem os esteja titularizando" (Curso de Direito Administrativo, pág. 269, Malheiros, 14ª edição).

Dessa forma, necessário se faz diferenciar os cargos comissionados das funções de confiança.

Cargo comissionado ou cargo em comissão é aquele preenchido por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei. Também, poderá ser preenchido por terceiros não efetivos no serviço público;

Já a função de confiança ou função comissionada é aquela cujo preenchimento só se dá aos servidores efetivos. É de livre nomeação e exoneração pela autoridade competente.

Deve-se destacar que ambas são destinadas para exercer função de direção, chefia e assessoramento.

Traçada a premissa acima, temos que no exame dos autos, os cargos discriminados na legislação do Município de Praia Grande, ora



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

guerreada, não se coadunam aos requisitos dos cargos de livre nomeação.

Isto porque, as funções elencadas retratam apenas funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais, que não exigem especial relação de confiança e devem ser preenchidas por servidores públicos investidos em cargo de provimento efetivo.

Dessa forma, é de rigor a observância do disposto no art. 115, incisos II e V, da Constituição Estadual que determina a realização de concurso público para o provimento de cargos, inclusive de natureza dos que aqui se questionam.

Cumprindo-se, portanto, declarar, a inconstitucionalidade dos dispositivos a seguir mencionados, que dispõem sobre a criação de cargos do Município de Santo André, com efeito, **"ex nunc"**, impondo-se, entretanto, a modulação dos efeitos do julgado, por razões de segurança jurídica, diante da necessidade de implantação de nova estrutura administrativa no Município só terá eficácia no prazo de 120 dias, contados desta data.

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade do art. 9º e dos cargos de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

assistente parlamentar, assessor parlamentar, assessor de comunicação e assistente técnico legislativo, constantes no Anexo II da Lei nº 6.888 de 9 de março de 1992; dos artigos 3º e 4º da Lei nº 7.100 de 27 de dezembro de 1993; do subanexo "G" do anexo I e do subanexo "A" do anexo III da Lei nº 7.469 de 21 fevereiro de 1997; do art. 3º da Lei nº 7.476 de 11 de abril de 1997; do art. 4º da Lei nº 7.526 de 11 de setembro de 1997; do art. 3º da Lei nº 7.553 de 10 de novembro de 1997; da Lei nº 7.612 de 23 de dezembro de 1997; dos subanexos "B" e "C" do anexo I e do anexo VIII, da Lei nº 7.717 de 31 de agosto de 1998; da Lei nº 8.049 de 21 de junho de 2000; dos cargos constantes no anexo II (exceto os cargos de secretários) e nos anexos VIII, XIII, XVII, XIX, XX e XXI, da Lei nº 8.157 de 1 de janeiro de 2001; dos artigos 2º e 12 da Lei nº 8.179 de 14 de maio de 2001; do art. 20 do anexo XI, e dos cargos de assistente parlamentar, assessor adjunto, assessor parlamentar, assistente de comunicação, assessor de comunicação e assistente técnico da presidência constantes no anexo XII da Lei nº 8.269 de 23 de novembro de 2001; dos artigos 3º e 4º da Lei nº 8.328 de 11 de abril de 2002; do anexo II da Lei nº 8.459 de 20 de dezembro de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

2002 (exceto os cargos de secretários); do anexo III da Lei nº 8.702 de 22 de dezembro de 2004; do anexo II da Lei nº 8.704 de 22 de dezembro de 2004; da Lei nº 8.712 de 28 de fevereiro de 2005; do art. 7º e dos anexos III e IV da Lei nº 8.946 de 31 de maio de 2007, na redação dada pela Lei nº 9.116 de 11 de março de 2009; do art. 4º da Lei nº 8.947 de 31 de maio de 2007; do art. 8º e dos cargos de: assistente parlamentar IIIA, assistente parlamentar I, assistente parlamentar II, assistente parlamentar III, assistente parlamentar IV, assistente parlamentar V, assistente parlamentar VI e assistente parlamentar VII, chefe de gabinete, Assessor de comunicação, assistente técnico da presidência e consultor, constantes do anexo IV da Lei nº 9.019 de 6 de março de 2008; do anexo III, da Lei nº 9.121 de 31 de março de 2009; do art. 1º e do anexo IV da Lei nº 9.308 de 16 de março de 2011; do anexo II e dos cargos: assistente de apoio à gestão I e assistente de apoio à gestão II, assistente especial de gabinete I e assistente especial de gabinete II, assistente de direção II e assistente de direção II, assessor de gabinete I e assessor de gabinete II, assessor especial II, diretor de departamento, ouvidor adjunto e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

procurador geral, constantes no anexos I da Lei nº 9.516 de 21 de novembro de 2013; do cargo de diretor de departamento, constante no anexo II da Lei nº 9.546 de 20 de dezembro de 2013; e do anexo I da Lei nº 9.654 de 12 de dezembro de 2014, do Município de Santo André. No entanto, modula-se esta decisão para que tenha eficácia, a partir de 02 de janeiro de 2017. Comunicando-se esta decisão, por ofício, ao Sr. Presidente da Câmara Municipal daquela cidade.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS

Relator