



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2024.0000968388

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2160247-81.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ e 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 E RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, GOMES VARJÃO, IRINEU FAVA, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO E DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 9 de outubro de 2024.

VICO MAÑAS
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Direta de Inconstitucionalidade nº 2160247-81.2024.8.26.0000

Autor: Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo

Réus: Prefeito do Município de Santo André e Presidente da Câmara Municipal de Santo André

Interessado: Estado de São Paulo

Comarca: São Paulo

Voto nº 47.621

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE em face da expressão “Gerente de Controle Interno”, constante do Anexo III da Lei nº 9.940, de 28 de abril de 2017, do Município de Santo André, que “dispõe sobre a reorganização da estrutura administrativa da Prefeitura Municipal de Santo André, define atribuições e competências dos órgãos da Administração Direta, cria, reclassifica e extingue cargos e funções, e dá outras providências”. Cargo de natureza técnica e burocrática. Alegação de ofensa aos arts. 24, § 2º, I e 4, 35, 111, 115, II e V, e 150, da Constituição Estadual, aplicáveis aos municípios por força do art. 144 da CE, bem como ao Tema 1010 do STF, dotado de repercussão geral. Reconhecimento. Ocupação proeminente no sistema de Controle Interno Municipal que, segundo os arts. 35 e 150 da Constituição Estadual, deve ter atribuições técnicas e profissionais, além de independência funcional. Circunstâncias que impedem o livre exercício das respectivas atividades por servidor indicado pelo Prefeito. Necessidade de investidura mediante aprovação em concurso público. Ademais, ausência de descrição das atribuições do cargo na mesma lei que o instituiu. Tema 1010 do STF. Autonomia municipal deve respeitar o regramento constitucional - ação julgada procedente, com modulação de efeitos, garantida a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé pelos servidores que desempenharam/desempenha a função.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face da expressão “Gerente de Controle Interno”, constante do Anexo III da Lei nº 9.940, de 28 de abril de 2017, do Município de Santo André, que “dispõe sobre a reorganização da estrutura administrativa da Prefeitura Municipal de Santo André, define atribuições e competências dos órgãos da Administração Direta, cria, reclassifica e extingue cargos e funções, e dá



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

outras providências”.

Alega que o termo referido confere natureza de função de confiança, de livre provimento, ao posto de “Gerente de Controle Interno”, o que não se coaduna com o ordenamento constitucional, dada a tecnicidade e profissionalidade das atividades exercidas pela ocupação, demandando provimento efetivo via concurso público, daí decorrendo ofensa aos arts. 24, § 2º, 1 e 4, 35, 111, 115, II e V, e 150, todos da Constituição Estadual, aplicáveis aos municípios por força do art. 144 da CE. Ademais, ausente descrição legal das atribuições da função, tudo em detrimento do Tema 1010 do STF, dotado de repercussão geral. Por conseguinte, pleiteia a declaração de inconstitucionalidade da expressão impugnada.

Deferida liminar para suspender os efeitos do Anexo III da Lei nº 9.940, de 28 de abril de 2017, do Município de Santo André, até o julgamento por este colegiado (fls. 965/966), decisão posteriormente corrigida, em sede de embargos de declaração, para sobrestar apenas os efeitos da expressão “Gerente de Controle Interno” do art. 2º do Anexo III da Lei nº 9.940/2017, mantida a eficácia do restante da norma, lembrando-se, na ocasião, que a decisão liminar é dotada de efeitos “ex nunc” e incide apenas sobre novas nomeações para o cargo (fls. 1029/1030).

O Prefeito e o Presidente da Câmara Municipal foram notificados e defenderam a constitucionalidade do regramento às fls. 996/1022 e 970/976, respectivamente.

Citada, a ilustre Procuradora-Geral do Estado manifestou-se pela improcedência do pedido (fls. 988/994).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência do pleito (fls. 1045/1058).

É o relatório.

A arguição de inconstitucionalidade recai exclusivamente sobre a expressão “Gerente de Controle Interno do Anexo III da Lei nº 9.940, de 28 de abril de 2017, do Município de Santo André. Convém, porém, reproduzir outros trechos da norma para melhor compreensão do pedido:

Lei nº 9.940/2017

“Dispõe sobre a reorganização da estrutura administrativa da Prefeitura Municipal de Santo André, define atribuições e competências dos órgãos da Administração Direta, cria, reclassifica e extingue cargos e funções, e dá outras providências”

Art. 18. Para o cumprimento de suas atribuições institucionais, a Secretaria de Gestão Financeira contará com os seguintes órgãos:

I – Departamento de Controle Interno:

a) Gerência de Controle Interno

(...)

Art. 68. Ficam criadas as funções gratificadas que compõem a tabela II a que se refere o artigo 11 da Lei nº 6.857, de 27 de novembro de 1991, combinado com o inciso IV do artigo 52, da Lei nº 6.608, de 12 de março de 1990, e artigo 5º da Lei nº 9.516, de 21 de novembro de 2013, relacionados com os respectivos qualitativos, classes remuneratórias e escolaridade, nos termos do Anexo III, parte integrante da presente lei.

O referido Anexo III cuida do “Quadro de Funções Gratificadas Criadas”, entre as quais o questionado “Gerente de Controle Interno”, com 1 vaga e requisito de “Ensino Superior” (fl. 03).

O autor alega que a função gratificada mencionada



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

não apresenta as características de direção, chefia e assessoramento inerentes, por definição, a ocupações da espécie, o que implica afronta às disposições dos arts. 24, § 2º, 1 e 4, 35, 111, 115, II e V, e 150, da Constituição Estadual, aplicáveis aos municípios por força do art. 144 da CE.

Manifesta a inconstitucionalidade da regra.

1. A começar pela absoluta falta de pormenorização das incumbências inerentes ao posto criado, na própria lei que o estabeleceu. Compulsando-se o inteiro teor da norma no site da Prefeitura de Santo André, nada se encontrou sobre as atribuições da função criada, como alegado pelo PGJ, o que viola frontalmente exigência clara do Tema 1010, item “d”, do STF, dotado de repercussão geral:

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”. (grifos nossos)

A formalidade tem sua razão. Afinal, é apenas por meio das definições legais das competências dos cargos e das funções públicas que se torna possível avaliar legitimamente diversos aspectos que derivam de sua natureza, como a necessidade de efetiva relação de confiança característica de cargos em comissão e funções gratificadas, a ocorrência de desvio de finalidade ou de abuso de poder. Sem a pormenorização das atribuições, inexistente parâmetro de controle do bom desempenho, pelo agente público, das atividades que lhe incumbem,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

simplesmente por se ignorar quais seriam. Ademais, a imposição de que as incumbências constem da própria lei que constituiu os cargos e funções foi a fórmula encontrada para aumentar a transparência, facilitando o acesso dos interessados à lista de atribuições, evitando-se, assim, que se dispersem (e se ocultem) em miríade de leis extravagantes.

Nesse sentido, o entendimento deste Órgão Especial:

“Afigura-se imprescindível a existência de um parâmetro concreto na norma, consistente na descrição detalhada das atribuições dos cargos comissionados e das funções de confiança, a fim de se extrair a inequívoca conclusão de que o exercício daquelas atividades corresponda, efetivamente, às situações excepcionais delimitadas pelo legislador constituinte que dispensam a realização de concurso para a investidura em cargo público ou desempenho da função, observando-se, com isso, o princípio da reserva legal” (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2223253-33.2022.8.26.0000; Relator (a): Vianna Cotrim; Órgão Especial; Data do Julgamento: 02/08/2023; Data de Registro: 03/08/2023).

E ainda, do STF, no leading case que originou o Tema 1010 (grifos nossos):

“Por fim, urge que as atribuições dos cargos estejam previstas na própria lei que os criou, de forma clara e objetiva, não havendo a possibilidade de que sejam fixadas posteriormente. É certo que do nome do cargo não exsurge o plexo de atribuições correspondentes, as quais podem conter atividades típicas de cargo comissionado e outras meramente técnicas, a depender do que dispuser a lei. Daí ser imprescindível que a lei que cria o cargo em comissão descreva as atribuições a ele inerentes, evitando-se termos vagos e imprecisos. É certo que do nome do cargo não exsurge o plexo de atribuições correspondentes, as quais podem conter atividades típicas de cargo comissionado e outras meramente técnicas, a depender do que dispuser a lei. Daí ser imprescindível que a lei que cria o cargo em comissão descreva as atribuições a ele inerentes, evitando-se termos vagos e imprecisos. De fato, somente com a descrição das atribuições dos cargos comissionados na própria lei que os institui é possível verificar o atendimento do art. 37, inciso V, da CF/88” (RE 1041210, Rel. Ministro Dias Toffoli, j.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

27.09.2018).

2. Mas não é só.

Consoante os arts. 35 (que reproduz o art. 74 da Constituição Federal) e 150 da Constituição Estadual, as incumbências do sistema de controle interno municipal são precipuamente técnicas e burocráticas e, como corolário, assim também são as atribuições dos servidores que nele prestam serviços, sem exceções.

Art. 35 - Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos do Estado; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração estadual, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle sobre o deferimento de vantagens e a forma de calcular qualquer parcela integrante do subsídio, vencimento ou salário de seus membros ou servidores; (NR) IV - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres do Estado; V - apoiar o controle externo, no exercício de sua missão institucional. § 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade, ilegalidade, ou ofensa aos princípios do artigo 37 da Constituição Federal, dela darão ciência ao Tribunal de Contas do Estado, sob pena de responsabilidade solidária. § 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou entidade sindical é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ao Tribunal de Contas ou à Assembleia Legislativa.

Artigo 150 - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Município e de todas as entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, finalidade, motivação, moralidade, publicidade e interesse público, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Câmara Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno de cada Poder, na forma da respectiva lei orgânica, em conformidade com o disposto no artigo 31 da Constituição Federal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Daí a impossibilidade do exercício das respectivas atividades por pessoa indicada pelo Prefeito, característica inerente às funções de confiança/gratificadas, ainda que a designação só recaia sobre ocupantes de cargo efetivo. A situação tem potencial para gerar conflitos de interesses entre nomeante/nomeado, dada a atribuição do “Gerente de Controle Interno”, como figura proeminente do Sistema de Controle Interno, de fiscalização da regularidade, legitimidade e legalidade das ações da Administração Pública conferida aos indicados a tais funções. Indispensável, pois, que o desempenho das tarefas seja feito com técnica e profissionalismo, de maneira independente e imparcial, não sujeita a possíveis ingerências do nomeante. Afinal, a permanência dos servidores nomeados para tal função dependeria da discricionariedade do Prefeito, cujas eventuais falhas caberiam àquele servidor verificar, dinâmica comprometidora da esperada isenção.

Com efeito, tal qual os cargos em comissão, as funções de confiança/gratificadas pressupõem prévia relação especial de confiança entre nomeante e nomeado, relação esta que se espera seja preservada entre os envolvidos no decorrer do desempenho dos trabalhos mútuos. Por isso, só podem se destinar a atividades de direção, chefia ou assessoramento, que demandam proximidade e fidúcia entre os ocupantes.

Nessa linha, os arts. 37, V, da CF, 115, V, da CE, e, mais uma vez, a tese firmada no Tema 1010 do STF, acima reproduzido.

Arts. 37, V, CF, e 115, V, CE: 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.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Na hipótese destes autos, entretanto, a norma municipal criou a função de confiança de “Gerente de Controle Interno”, a qual, por força dos art. 35 e 150 da CE - independentemente da inexistência de elenco legal de incumbências - tem atribuições que não envolvem atividade de gerenciamento ou assessoramento, e que não pressupõem relação especial de confiança, senão a mera obediência e lealdade às instituições públicas, como dever imposto a todo e qualquer servidor.

Acrescente-se que a denominação da função como de confiança ou gratificada em nada altera o panorama exposto. Na prática, por mais que a doutrina tente estabelecer diferenças entre umas e outras, são empregadas como sinônimos. No RE 1.264.676/SC, julgado em 08.06.2020, o Relator, Min. Alexandre de Moraes, esclareceu que:

“...ainda que o acórdão recorrido defenda que o entendimento firmado por esta CORTE no Tema 1010 deva ser aplicado apenas na hipótese de cargo em comissão, o fato é que o artigo 37 da Constituição Federal não faz qualquer distinção ao limitar o exercício tanto dos cargos em comissão, quanto das funções de confiança/gratificadas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

Este OE também entende que as diretrizes do Tema 1010, “embora se refiram a cargos de provimento em comissão, se aplicam indistintamente às funções de confiança, também chamadas funções comissionadas ou funções gratificadas, ambos destinados a funções de direção, chefia e assessoramento” (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2042893-69.2023.8.26.0000; Relator (a): Décio Notarangeli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 28/06/2023; Data de Registro: 30/06/2023).

Tais precedentes também refutam a longa argumentação do alcaide, nos esclarecimentos fornecidos, de que o Tema 1010 não incidiria para funções de confiança/gratificadas (fls. 1006 e ss.).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

É verdade que a caracterização legal da ocupação criada como função de confiança/gratificada, a qual, por sua natureza, têm o exercício limitado a servidores ocupantes de cargo efetivo, afasta muitas das ressalvas que se fazem, por outro lado, aos cargos em comissão, estes sim abertos a qualquer pessoa, servidora ou não, mas não lhes conferem constitucionalidade na hipótese.

Neste ponto, para melhor elucidação do raciocínio, recorre-se ao bem lançado voto da Desembargadora Luciana Breciani, quando do julgamento, em 07.02.2024, da ADI nº 2219041-32.2023.8.26.0000, que tratava de legislação do Município de Itatiba:

“Sem embargo, tratando-se de funções cujo exercício é limitado a servidores ocupantes de cargo efetivo, deve-se reconhecer que muitas das preocupações que permeiam a fixação e interpretação das restrições aos cargos comissionados ficam atenuadas. Por si, a limitação já restringiria a viabilidade do seu uso para implementação de um spoils system, ou seu desvio para fins particulares por meio de nepotismo. Dessa forma, justifica-se interpretação menos estrita das hipóteses permissivas, embora não sem cautelas.

Por outro lado, a mesma limitação a servidores concursados cria necessidade de cuidado distinto, na medida em que a criação da função gratificada demanda que suas atribuições estejam intimamente vinculadas às atividades regulares dos cargos de provimento efetivo que compõem a carreira. Com efeito, a função gratificada pode ser entendida como a extensão das atividades técnicas inerentes à carreira através do acréscimo de atribuições de direção, chefia ou assessoramento, tomando a forma, de praxe, de funções gerenciais no âmbito do exercício das atividades permanentes da administração vinculadas à carreira.

Entretanto, esse cuidado não foi observado no caso em exame, pois houve a criação de funções abertas a ocupantes de qualquer um dos empregos públicos dos quadros permanentes da Câmara Municipal, conforme se extrai do parágrafo único do art. 1º de ambas as normas.

Acrescente-se, ainda, que as atribuições previstas no art. 4º de cada uma das leis, não possuem correlação com qualquer outro emprego público dos quadros da Câmara Municipal. Ademais, não constam outros requisitos para a designação.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Dessa forma, em ambos os casos, a nomeação é livre dentre os diversos empregos existentes.

Como vem arguindo o Ministério Público em casos semelhantes, verifica-se a criação de novo núcleo de atribuições que efetivamente constituem um novo cargo. Como tal, deveria ser instituído na forma de cargo de provimento autônomo”.

Em suma, a criação de funções de confiança/gratificadas, também de livre nomeação e exoneração, igualmente se submete aos parâmetros do Tema 1010 do STF, devendo se destinar a atividades de direção, chefia e assessoramento; o cargo ocupado pelo servidor escolhido deve ter correlação com o leque de incumbências da função de confiança/gratificada; e esta não pode prever plexo de atribuições que, na prática, constituem novo cargo, completamente distintos dos já existentes no quadro funcional.

Se tais condições não forem cumpridas, torna-se indispensável a realização de concurso público para seleção de servidores efetivos para o preenchimento dos cargos e funções criados. Ao não prever certame para tanto, optando pela caracterização da ocupação como de livre nomeação e exoneração, o regramento questionado violou os arts. 111, 115, II e V, e 144, da Constituição Estadual, e 37, II e V, da Constituição Federal.

Consigne-se que a costumeira crítica que se faz ao caráter extremamente restritivo do Tema 1010 do STF apenas revela a sua efetividade no controle da criação de ocupações de livre provimento, em especial no âmbito dos Municípios, em que tal subterfúgio é usualmente empregado não por real necessidade da máquina pública, mas para satisfazer apaniguados políticos. Não é por sucessivas mudanças de nomenclatura dos cargos ou funções ou por alterações de descrições de suas atribuições que se alcançará a conformidade com os ditames



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

constitucionais. Tais manobras não afetam a natureza das ocupações.

O meio adequado, eficaz e constitucional de se buscar os predicados ínsitos a cargos de controladoria interna da Administração Pública é a investidura mediante concurso público, em cargo de provimento efetivo.

Esse o posicionamento deste OE sobre a questão:

A criação de cargo em comissão encontra justificativa apenas quando as respectivas funções dependem estritamente da confiança do agente nomeante, sendo necessária a existência de manifesta relação de fidesse qualificada e devendo o servidor comissionado cumprir sempre com absoluta fidelidade às orientações do agente nomeante. A denominação atribuída aos cargos impugnados não deve servir de fundamento para autorizar o provimento comissionado puro. Ainda que na descrição das atribuições das funções questionadas tenham sido utilizadas expressões como “assessorar”, “coordenar” e “dirigir”, foram enumeradas, na realidade, atividades destinadas a atender necessidades executórias ou a dar suporte subalterno a decisões. Assim, as funções atribuídas aos aludidos cargos devem ser exercidas por servidores admitidos mediante concurso público, valendo ressaltar que a probidade, a confiança e a fidelidade ao serviço público são, dentre outros, deveres de todo e qualquer servidor público (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2060834-32.2023.8.26.0000; Relator (a): Aroldo Viotti; Órgão Especial; Data do Julgamento: 05/07/2023; Data de Registro: 07/07/2023).

Em suma, por todo o ponderado, de rigor o reconhecimento da inconstitucionalidade da expressão impugnada.

Em situação semelhante, na esteira do Tema 1010, o STF compreendeu, no já citado RE 1.264.676/SC, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 08/06/2020, pela inconstitucionalidade da criação de cargos comissionados de controlador interno e assemelhados, como o é a função de confiança aqui abordada. Ainda que se trate de decisão monocrática, sem repercussão geral, ela reflete entendimento sobre o Tema 1010, este



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

sim vinculativo, e se amolda perfeitamente à situação destes autos, ao contrário do argumentado pela PGE:

“... o cargo de Controlador Interno desempenha funções de natureza técnica, para cuja realização não se faz necessária prévia relação de confiança entre a autoridade hierarquicamente superior e o servidor nomeado, que justifique a contratação por meio de provimento em comissão ou função de confiança, eis que ausente, na hipótese, qualquer atribuição de comando, direção, chefia ou assessoramento.

Assim, considerando a natureza técnica do cargo de Controlador Interno criado pela Lei Complementar 22, de 3 de abril de 2017, do Município de Belmonte – SC, mostra-se inconstitucional sua investidura por meio de provimento em comissão ou função gratificada, sendo necessária, portanto, a observância da orientação prevista no art. 37, II, da Constituição República, segundo a qual ‘a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em 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’.

É o que tem decidido este C. Órgão Especial em hipóteses parecidas:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Questionamento de validade dos artigos 2º, 3º e 4º da Resolução n. 88, de 20 de junho de 2017, da Câmara Municipal de Ibirá. Dispositivos que criam a função de confiança de controlador interno da Câmara Municipal, sem características de direção, chefia e assessoramento. Alegação de ofensa aos artigos 35, 111, 115, V, e 144 da Constituição Estadual. Reconhecimento. Controlador Interno que, pela regra do artigo 35 da Constituição Estadual, deve ter atribuições técnicas e profissionais, além de independência funcional. Fato que impede o exercício das respectivas atividades por servidor indicado pelo Prefeito ou pelo Presidente da Câmara Municipal. Precedentes deste C. Órgão Especial (ADIN n. 2236151-15.2021.8.26.0000, Rel. Des. Elcio Trujilo, j. 23/03/2022; ADIN n. 2242874-84.2020.8.26.0000, Rel. Des. James Siano, j. 14/07/2021; ADIN n. 2099853-79.2022.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. 31/08/2022; ADIN n. 2283683-82.2021.8.26.0000, Rel. Des. Matheus Fontes, j. 22/06/2022; ADIN n. 2273979-45.2021.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 18/05/2022; ADIN n. 2238648-02.2021.8.26.0000, Rel. Des. Costabile e Solimene, j. 09/03/2022) e do Supremo Tribunal Federal (RE 1.264.676/SC, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 08/06/2020). Ação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

julgada procedente, com modulação (ADIN nº 2110538-48.2022.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 21.09.2022).

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Comarca de Catanduva. Ação proposta pelo Procurador-Geral de Justiça em face dos arts. 6º, 7º, 8º, 10, 11, 12 e 14 da Resolução nº 6.485, de 14 de outubro de 2014, da Câmara Municipal de Catanduva. Alegação de tecnicidade e profissionalidade da função exercida pelo ‘responsável pela unidade de controle interno’ (controlador interno) a demandar posto de provimento efetivo. Alegação de violação aos artigos 35, 111, 115, incisos II e V, e 144, da Constituição Estadual. Tema 1.010 de Repercussão Geral. Função de confiança cujas atribuições são eminentemente técnicas ou profissionais, próprias de cargos de provimento efetivo. Inexistência de funções de assessoramento, chefia e direção, com atribuições meramente burocráticas, técnicas e operacionais. Afronta aos arts. 111 e 115, II e V, da Constituição Estadual. Tema 1.010 de Repercussão Geral, do C. STF. Precedentes deste C. Órgão Especial e dos Tribunais Superiores. Ação procedente, com modulação de efeitos e anotação” (ADIN nº 2290066-76.2021.8.26.0000, Rel. Des. Damião Cogan, j. 17/08/2022).

Consigne-se que absolutamente despropositado o paralelismo da lei aqui discutida com cargos em comissão de Controle ou Auditoria Interna da estrutura deste Tribunal de Justiça, inscritos na Portaria 9.909/2020, lembrada pela PGE em sua manifestação. Normas infraconstitucionais não servem de parâmetro de controle de constitucionalidade. O STF compreende que “a pretensão de cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outra norma infraconstitucional não enseja ação direta de inconstitucionalidade” (STF, AgRADI 3.790-PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, 29-11-2007, v.u., DJe 01-02-2008)”. Ademais, não consta que a regra citada tenha sido submetida a controle de constitucionalidade, não se prestando como exemplo a ser seguido.

3. Inegável a autonomia política, financeira, legislativa e administrativa dos Municípios. Isso, contudo, não significa que não devam obediência aos princípios estabelecidos na Constituição Federal



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

e na Constituição Estadual, até mesmo por força expressa do art. 144 da CE.

Traz-se à colação acórdão de relatoria do Desembargador Damião Cogan:

“Ainda que os municípios tenham autonomia outorgada pela Constituição Federal para se auto-organizarem administrativamente, assim como organizar e manter seu funcionalismo, criar e prover cargos e funções e fixar as respectivas regras, não podem ultrapassar as limitações constitucionais já citadas relativas à igualdade de acesso aos cargos públicos e obrigatoriedade de aprovação em concurso público para ocupação dos cargos públicos.

Com efeito, não se pode admitir a criação indiscriminada de cargos em comissão ou funções de confiança, que são reservadas a casos específicos em que se exige não somente o dever de lealdade, comum a qualquer servidor público, mas também uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos” (Ação Direta de Inconstitucionalidade 2024880-90.2021.8.26.0000; Órgão Especial; Data do Julgamento: 15/03/2023).

4. Como se trata de reconhecimento de inconstitucionalidade de função criada por norma de 2017 na estrutura do Poder Executivo local, presumível que, a esta altura, esteja preenchida, impondo-se, excepcionalmente, a modulação dos efeitos da decisão, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Afinal, há interesse público e risco à continuidade do serviço público a justificar a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade no particular.

Assim, determina-se que a declaração de inconstitucionalidade tenha eficácia decorridos 120 (cento e vinte) dias contados a partir de 1º de janeiro de 2025, consoante decidido por este



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Órgão Especial na ADI nº 2259455-72.2023.8.26.0000, de Relatoria do Desembargador Vianna Cotrim, em 20.03.2024. Trata-se de adaptação circunstancial do entendimento consolidado deste Colegiado, segundo o qual o termo inicial da modulação é a data do julgamento. Isso porque 2024 é ano de eleições municipais, com as consequentes restrições sobre certames públicos e nomeações de concorrentes aprovados, o que obstaría temporariamente a reorganização do quadro de funcionários do Parlamento Municipal.

Por fim, a boa-fé dos servidores públicos que ocuparam a função elidida merece ser prestigiada, de modo a ressaltar a irrepetibilidade dos valores recebidos, pois “não há cogitar da devolução de valores já percebidos pelos servidores, diante da natureza alimentar do benefício, que impede a repetição de valores recebidos de boa-fé” (TJSP, Órgão Especial, ADI 2236329-61.2021.8.26.0000, Rel. p/ Acórdão Des. Ricardo Anafe, j. 18.05.22). O pagamento aos servidores fica garantido da data deste julgamento até o término do prazo de modulação estipulado acima.

5. Frente ao exposto, julga-se procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão “Gerente de Controle Interno”, constante do Anexo III da Lei nº 9.940, de 28 de abril de 2017, do Município de Santo André, observada a modulação de efeitos e a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé pelos servidores que desempenharam/desempenha a função.

VICO MAÑAS
Relator