



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2018.0000669928

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2207605-86.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, 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 ARTUR MARQUES (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, DAMIÃO COGAN, EUVALDO CHAIB E PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 29 de agosto de 2018.

Moacir Peres
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 31.488 (Processo Digital)

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº
2207605-86.2017.8.26.0000**

**AUTOR: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RÉUS: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ E
PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — Anexos I e II da Lei nº 9.940, de 28 de abril de 2017, do Município de Santo André — I - Criação de cargos em confiança cujas atribuições não correspondem a funções de direção, chefia e assessoramento — Funções técnicas, que correspondem a cargo público efetivo, a ser provido mediante concurso público — Cargos de assessoria jurídica que não podem ser preenchidos sem prévio concurso público — Desrespeito aos artigos 30, 98, 99, 100, 111, 115, incisos II e V, e 144 da Constituição Estadual — Inconstitucionalidade configurada — Ação julgada procedente, com modulação de efeitos.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, contra os cargos de provimento em comissão de Assistente de Apoio à Gestão I, Assistente de Apoio à Gestão II, Assistente Especial de Gabinete I, Assistente Especial de Gabinete II, Assistente de Direção I, Assistente de Direção II, Assessor de Gabinete I, Assessor de Gabinete II, Assessor Especial I, Assessor Especial II e Procurador Geral, constantes nos Anexos I e II da Lei nº 9.940, de 28 de abril de 2017, do Município de Santo André.

O autor alega que os anexos ora impugnados violam os artigos 98, 100, 115, incisos I, II e V, e 144 da Constituição Estadual. Invoca, ainda, os artigos 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal. Alega que os cargos de Assistente de Apoio à Gestão I e II, Assistente Especial de Gabinete I e II, Assistente de Direção I e II, Assessor de Gabinete I e II,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assessor Especial I e II têm natureza meramente técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais, que não correspondem funções de direção, chefia e assessoramento. Descreve as atribuições dos cargos. Discorre sobre a autonomia política e administrativa do Município e sobre a obrigatoriedade do preenchimento de cargos técnicos por meio de concurso público. Salaria que nos cargos em comissão é necessária especial relação de confiança, inexistente no caso dos cargos em apreço. Cita doutrina e jurisprudência. Acrescenta que não pode haver provimento comissionado para cargo ou emprego da advocacia pública, que tem caráter de efetividade, com provimento dependente de prévia aprovação em concurso público. Transcreve julgados. Acrescenta que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar (fls. 1/25).

A ação foi regularmente processada (fls. 199/201).

Intimado nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado manifestou-se a fls. 213/219.

As informações foram prestadas a fls. 221/270.

Interposto agravo regimental em face da r. decisão que deferiu a liminar requerida (fls. 330/355), cujo mérito não foi provido (fls. 515/519).

Rejeitados os embargos de declaração opostos a fls. 524/527.

A douta Procuradoria Geral de Justiça requereu a procedência da ação (fls. 555/562).

É o relatório.

Objetiva o Procurador Geral de Justiça a declaração de inconstitucionalidade das expressões “Assistente de Apoio à Gestão I”, “Assistente de Apoio à Gestão II”, “Assistente Especial de Gabinete I”, “Assistente Especial de Gabinete II”, “Assistente de Direção I”, “Assistente de Direção II”, “Assessor de Gabinete I”, “Assessor de Gabinete II”, “Assessor Especial I”, “Assessor Especial II” e “Procurador Geral”, constantes nos Anexos I e II da Lei nº 9.940, de 28 de abril de 2017, do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Município de Santo André, juntados a fls. 87/93.

A ação é procedente.

Os artigos da Constituição Estadual invocados pelo autor como parâmetro para a aferição da inconstitucionalidade da legislação ora impugnada, que, por simetria, aplicam-se aos Municípios, assim dispõem:

“Art. 98 - A Procuradoria Geral do Estado é instituição de natureza permanente, essencial à administração da justiça e à Administração Pública Estadual, vinculada diretamente ao Governador, responsável pela advocacia do Estado, sendo orientada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

§ 1º - Lei orgânica da Procuradoria Geral do Estado disciplinará sua competência e a dos órgãos que a compõem e disporá sobre o regime jurídico dos integrantes da carreira de Procurador do Estado, respeitado o disposto nos artigos 132 e 135 da Constituição Federal.

§ 2º - Os Procuradores do Estado, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica na forma do caput deste artigo.

§ 3º - Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

[...]

Artigo 100 - A direção superior da Procuradoria-Geral do Estado compete ao Procurador Geral do Estado, responsável pela orientação jurídica e administrativa da instituição, ao Conselho da Procuradoria Geral do Estado e à Corregedoria Geral do Estado, na forma da respectiva lei orgânica.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Parágrafo único - O Procurador Geral do Estado será nomeado pelo Governador, em comissão, entre os Procuradores que integram a carreira e terá tratamento, prerrogativas e representação de Secretário de Estado, devendo apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e de sua exoneração;

[...]

Art. 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 comissões, 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;

[...]"

Daí se conclui que o provimento de cargos em confiança, ainda que sejam preenchidos apenas por servidores de carreira, é espécie excepcional de provimento. Somente pode ser criado para funções de direção, chefia e assessoramento, que demandam especial relação de confiança entre o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

governante e seus subordinados.

Observa-se, no caso, que as atribuições conferidas aos cargos em comissão de Assistente de Apoio à Gestão I, Assistente de Apoio à Gestão II, Assistente Especial de Gabinete I, Assistente Especial de Gabinete II, Assistente de Direção I, Assistente de Direção II, Assessor de Gabinete I, Assessor de Gabinete II, Assessor Especial I, Assessor Especial II e Procurador Geral, descritas no Anexo II da legislação impugnada (fls. 88/93), são funções que não se revestem de típicas atribuições de direção, chefia e assessoramento, consistindo em atividades burocráticas, técnicas ou profissionais que independem de vínculo de lealdade ou fidelidade com o superior hierárquico, razão pela qual o provimento deve se dar apenas por meio de prévio concurso público de provas ou de provas e títulos.

Portanto, deixam de observar às condições impostas constitucionalmente para a excepcional ocorrência do provimento em confiança.

Como bem salientou a douta Procuradoria-Geral de Justiça, “trata-se, portanto, de atribuições técnicas, administrativas e burocráticas, distantes dos encargos de comando superior em que se exige especial confiança e afinamento com as diretrizes políticas do governo” (fls.558).

Além disso, no que se refere ao cargo de Procurador Geral, verifica-se, pela descrição das atribuições do cargo, que se trata de funções próprias da advocacia pública, independentemente do nome que se dê ao cargo, função que deve ser exercida por servidor efetivo, nomeado por concurso público, nos termos dos artigos 30, 98 a 100 da Constituição Estadual.

É esse o entendimento pacificado por este Colendo Órgão Especial:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE –
Expressões "sob o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho",
contidas no inciso III, do art. 2º, "Assessor Jurídico" e "Assessor de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Comunicação", previstas nos Anexos I e II da Resolução nº 01, de 09 de janeiro de 2014, do Município de Caçapava – CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO – Impossibilidade, no caso – Dispensa de concurso público para nomeação de servidor – Excepcionalidade – Provimento de cargos em comissão autorizado, desde que preenchidos determinados requisitos, posto destinarem-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, que exijam vínculo de confiança – Cargos mencionados nos dispositivos atacados a que não correspondem atribuições próprias de assessoramento, chefia e direção, mas técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais a serem preenchidas por servidores públicos investidos em cargos de provimento efetivo – Irrelevância da nomenclatura utilizada, se as atribuições não são próprias de direção, chefia e assessoramento, nem tem por pressuposto a necessidade de relação de confiança – Violação dos arts. 111, 115, II e V, e art. 144 da CE – Inconstitucionalidade declarada. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Cargo de "Assessor Jurídico" – Atribuições conferidas pela lei, próprias da advocacia pública – Cargos que não podem ser objeto de "livre provimento, nomeação e exoneração", senão dentre os integrantes da carreira pública, formada mediante concurso público, recrutados pelo critério de merecimento (arts. 98 a 100 e 144 da CE e 132 da CF) – Inconstitucionalidade declarada. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – REGIMES CELETISTA E COMISSIONADO – Aplicação do regime celetista (CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas) aos comissionados que viola os princípios constitucionais da moralidade e da razoabilidade, pois impede a dispensa imotivada, medida discricionária da Administração Pública norteadas pelos critérios de oportunidade e conveniência, traduzindo estabilidade incompatível com o cargo comissionado – Violação aos princípios da razoabilidade e da moralidade (arts. 111, 115, II e V, e 144 da CE) – Inconstitucionalidade declarada. MODULAÇÃO DE EFEITOS da declaração – Necessidade, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

assim evitar solução de continuidade ou prejuízo de serviços essenciais – Efeitos da declaração a produzir-se ao cabo de cento e vinte (120) dias contados da data do julgamento, nos termos do voto. Ação julgada procedente, com modulação” (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2191838-08.2017.8.26.0000; Relator (a): João Carlos Saletti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 06/06/2018; Data de Registro: 08/06/2018).

“DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Impugnação aos cargos de Assessor Jurídico, Assessor de Gabinete de Secretário, Assistente de Pesquisa e Promoção e Gerente de Merenda Escolar, Gerente das Unidades Regionais, Chefe de Divisão Regional Centro, Chefe de Divisão Regional Paulicéia, Chefe de Divisão Regional Santa Terezinha, Chefe de Divisão de Leitura Simultânea e Grandes Consumidores, Chefe da Divisão de Relacionamento Comercial, Chefe do Setor de Ligação e Manutenção I, Chefe de Setor de Ligação e Manutenção II, Chefe de Setor de Apoio Administrativo da Gerência Regional, Chefe de Setor de Comunicação e Suporte, Assessor Técnico e Assessor Administrativo. Criação de cargos de provimento em comissão que não retratam atribuições de assessoramento, chefia e direção, senão funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais a serem preenchidas por servidores investidos em cargos de provimento eletivo. Alegada violação de dispositivos da Constituição Estadual (arts. 111, 115, I, II e V, e art. 144). Violação caracterizada. Funções que não justificam a necessidade de vínculo de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor, a ensejar regime extraordinário de livre nomeação e exoneração. Vagas a serem preenchidas por servidores investidos em cargos de provimento eletivo. Assessor Jurídico. Violação caracterizada. Atividades de advocacia pública (inclusive assessoria, consultoria e as suas respectivas chefias) são reservadas aos profissionais recrutados pelo sistema de mérito. Ação que se julga procedente, para o fim de declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada, com relação aos cargos especificamente indicados, com



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

modulação de efeitos pelo prazo de 120 dias” (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2230775-87.2017.8.26.0000; Relator (a): Péricles Piza; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 06/06/2018; Data de Registro: 08/06/2018)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Questionamento do artigo 11 da Lei nº 10, de 26 de março de 2014, do município de Palestina, na parte em que criou o cargo de provimento em comissão de 'Assessor Jurídico'. Alegação de inconstitucionalidade. Reconhecimento. Cargo que a par de não corresponder a funções de direção, chefia e assessoramento superior - tem as mesmas atribuições da Advocacia Pública e, pela ausência de situação de emergência e excepcionalidade, deve ser reservado a profissional recrutado por sistema de mérito e aprovação em certame público, nos termos do art. 98 a 100, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente.” (Direta de inconstitucionalidade n. 2155538-52.2014.8.26.0000 – Rel. Des. Ferreira Rodrigues – j. em 13.5.15 – v.u).

Assim, é manifesta a incompatibilidade dos cargos indicados na inicial, previstos nos Anexos I e II da Lei nº 9.940, de 28 de abril de 2017, do Município de Santo André, com os referidos artigos 30, 98, 99, 100, 111, 115, incisos II e V, e 144 da Constituição Estadual.

Cumprе destacar que, no bojo da ação direta de inconstitucionalidade nº 2153688-55.2017.8.26.0000, restou decidido por este Relator que os municípios não estão obrigados à instituição da figura da advocacia pública.

No entanto, ainda que o município opte por não adotar o mesmo modelo da Constituição Estadual para criação e organização de sua Procuradoria Jurídica, fato é que as atividades que são próprias da advocacia pública são reservadas a profissionais recrutados por meio de concurso público, recrutados pelo sistema de mérito.

Ressalte-se ademais que declarar a inconstitucionalidade desses



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

comandos legais não equivale a entender incompatível com a Constituição o regime de provimento em comissão de cargos públicos destinados a funções de direção, chefia e assessoramento. Trata-se apenas de reconhecimento da excepcionalidade desse regime, impondo-se a observância às hipóteses constitucionais de cabimento.

Por fim, nos termos do artigo 27 da Lei Federal nº 9.868/99 e aplicando-se o princípio da razoabilidade, faz-se necessária a modulação dos efeitos desta decisão, para que tenha eficácia apenas a partir de 120 (cento e vinte) dias contados da data do julgamento da presente demanda.

Isso porque, além da necessária ressalva, em observância ao princípio da segurança jurídica, quanto à irrepetibilidade dos valores percebidos de boa-fé pelos servidores, visto que tais verbas possuem natureza alimentar, é preciso possibilitar à Administração condições para a reorganização do seu quadro funcional, ajustando-o à nova realidade proveniente da declaração de inconstitucionalidade.

Conforme bem explicitado em precedente deste Órgão Especial, “a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, a partir do início da vigência das respectivas legislações, acabaria por atingir a esfera jurídica dos servidores que obtiveram vantagens patrimoniais com fundamento nesses dispositivos, obrigando-os ao ressarcimento do erário municipal. No entanto, descabida a repetição de aludidas parcelas quando recebidas de boa-fé, além de ensejar enriquecimento sem causa da Administração que teve prestados os serviços e por ele não arcaria com o pagamento” (Direta de Inconstitucionalidade n. 0177331-18.2013.8.26.0000 – Rel. Des. Evaristo dos Santos – j. em 5.2.14).

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, com modulação de efeitos, para declarar a inconstitucionalidade dos cargos de Assistente de Apoio à Gestão I, Assistente de Apoio à Gestão II, Assistente Especial de Gabinete I, Assistente Especial de Gabinete II, Assistente de Direção I, Assistente de Direção II, Assessor de Gabinete I, Assessor de Gabinete II,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assessor Especial I, Assessor Especial II e Procurador Geral, constantes nos Anexos I e II da Lei nº 9.940, de 28 de abril de 2017, do Município de Santo André, ressalvada a irrepetibilidade dos valores percebidos de boa-fé.

MOACIR PERES

Relator