



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ÓRGÃO ESPECIAL

Registro: 2017.0000980422

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2134573-48.2017.8.26.0000, 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 DETERMINAÇÃO. 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), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO E ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

Moacir Peres
RELATOR
 Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 30.904

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº
2134573-48.2017.8.26.0000**

**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**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE —
LEI QUE FIXA PERCENTUAL DOS CARGOS DE
PROVIMENTO EM COMISSÃO A SER
PREENCHIDO POR SERVIDORES DE CARREIRA
EM 10% —Afronta aos princípios da razoabilidade, da
proporcionalidade e da moralidade —
Inconstitucionalidade verificada —Concessão de prazo de
180 (cento e oitenta) dias para nova regulamentação da
matéria, sob pena de aplicação de percentual mínimo de
50%. Ação procedente.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por ação cumulada com ação declaratória de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, objetivando a declaração da inconstitucionalidade do artigo 65 da Lei n. 9.940, de 29 de abril de 2017, do Município de Santo André, a qual estabelece que apenas 10% dos cargos comissionados da estrutura administrativa da Prefeitura de Santo André sejam ocupados por servidores de carreira.

Transcreve o ato normativo impugnado, salientando que é fixado percentual de apenas 10%, dentre os cargos comissionados da Prefeitura Municipal, para ocupação por servidores de carreira. Alega que se trata de percentual mínimo, que esvazia o conteúdo do artigo 115, inciso V, da Constituição Estadual, que, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 21/06, juntamente com o artigo 37, inciso V, da Constituição Federal, exige a edição de lei específica que estabeleça percentual mínimo dos cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira. Invoca o princípio da moralidade, da razoabilidade e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

da proporcionalidade, inscritos no artigo 111 da Constituição Estadual. Discorre sobre a meritocracia e o concurso público. Pontua que este Egrégio Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que 50% dos cargos em comissão devem ser preenchidos por servidores efetivos. Alega que a exigência constitucional institui direito ao acesso dos servidores públicos efetivos a cargos de direção, bem como garante a qualidade, a eficiência, a profissionalização e a continuidade do serviço público. Discorre sobre o dever de legislar e sobre a omissão legislativa, citando doutrina e jurisprudência. Cita julgados favoráveis. Daí, pretender a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo impugnado (fls. 1/09).

O feito foi devidamente processado (fls. 93/94).

Intimado, nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa do ato impugnado (fls. 105/106).

As informações foram prestadas a fls. 108/130 e 132/135.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência da ação (fls. 140/144).

É o relatório.

Pretende o Chefe do Ministério Público Estadual, por meio da presente ação, obter a declaração da inconstitucionalidade do “art. 65 da Lei 9.940, de 28 de abril de 2017, do Município de Santo André” (fls. 09).

A ação é procedente.

A Lei n. 9.940, de 28 de abril de 2017, em seu art. 65, estabelece que:

“Art. 65. O percentual de 10% (dez por cento) dos cargos comissionados do Poder Executivo Municipal deverá ser preenchido por servidores públicos titulares de cargos efetivos, conforme previsão do Art. 37, inciso V, da Constituição Federal”.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O dispositivo guerreado deve ser declarado inconstitucional, por afronta aos artigos 111 e 115, inciso V, da Constituição Estadual¹, que assim dispõem:

Art. 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

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:

[...]

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; [...]

Observa-se que o dispositivo vergastado criou a obrigação de que 10% dos cargos em comissão integrantes do Poder Executivo Municipal sejam preenchidos por servidores de carreira.

Como é cediço, “a Emenda Constitucional n. 19/98 sistematizou a disciplina dos cargos em comissão, tendo em vista os excessos e os abusos, tão comuns à Administração brasileira. Basta citar o elevado número de cargos em comissão de direção superior, de

¹ Aplicáveis aos Municípios em função do disposto no artigo 144 da Constituição do Estado, segundo o qual “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.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

recrutamento amplo. Tal prática acaba deteriorando o verdadeiro sentido da carreira e da profissionalização.” (Uadi Lammêgo Bulos. **Constituição Federal anotada**. 11. ed. SP: Saraiva, 2015. p. 700/701).

A intenção do comando constitucional é garantir que parte significativa dos cargos de direção, chefia e assessoramento seja preenchida por servidores efetivos, que tiveram sua capacidade técnica atestada por meio de concurso público.

Fixar percentual exíguo de cargos comissionados a ser preenchido por servidores efetivos é esvaziar a finalidade da regra constitucional, que busca garantir a qualidade do serviço público e a probidade administrativa.

Como bem salientou a douta Procuradoria Geral de Justiça, “ao prever percentual assaz diminuto (e até mesmo inexistente) de postos comissionados a serem preenchidos por servidores de carreira no ente, conforme acima mencionado, tornou mera ficção o dispositivo indicado por representar evidente esvaziamento de seu comando, havendo, portanto, notória violação aos arts. 111 e 115, V, da Carta Paulista, por afronta evidente à razoabilidade, à proporcionalidade, à moralidade e burla implícita à excepcionalidade do provimento em comissão quando do preenchimento de postos na estrutura da Administração.” (fls. 7).

A questão já foi enfrentada por este Colendo Órgão Especial, que assim decidiu, em acórdão relatado pelo ilustre Des. Márcio Bartoli:

“O pedido deve ser julgado procedente. Com efeito, o percentual mínimo fixado pela normativa questionada não se coaduna com os preceitos constitucionais que regem a matéria.

“Embora a autonomia dos Municípios esteja constitucionalmente assegurada, as Constituições da República e do Estado de São Paulo estabelecem que as capacidades de auto-organização e de autolegislação desses entes federativos devem observar os ditames da Lei Fundamental do país e da Constituição Estadual.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

[...]

“Como se observa de sua redação, referido dispositivo constitucional atribui à lei a tarefa de estipular os casos, as condições e os percentuais mínimos em que os cargos em comissão serão preenchidos por servidores de carreira. Contudo, referida atividade legislativa não poder ser exercida de forma abusiva, ou de modo a tornar inócua a previsão constitucional.

“A propósito da previsão do inciso V do artigo 37 da Constituição Federal pontua Hely Lopes Meirelles: “a lei ali referida será de cada entidade política, mas, especialmente na fixação dos percentuais mínimos, deverá observar o princípio da razoabilidade, sob pena de fraudar a determinação constitucional, no sentido de uma parte dos cargos em comissão ser provida de forma totalmente livre e outra, parcialmente, diante das limitações e condições previstas nessa lei (...) Neste campo, o legislador deve ter presente sempre advertência e alerta do STF no sentido de que 'a criação de cargo em comissão em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso' ou, por extensão, agora, da exigência de um percentual mínimo para os servidores de carreira, isto é, concursados.”

[...]

“Diante disso, e considerando que o presente voto propõe a eleição de um patamar mínimo, sugere-se a adoção do percentual de dezpor-cento, -- o menor já reconhecido por este Órgão Especial como adequado em casos assemelhados ao presente como critério objetivo a ser tido como razoável para aferir o atendimento ao quanto previsto no inciso V do artigo 115 da Constituição Bandeirante.

“6. Ausentes elementos concretos a indicar a necessidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com a suspensão dos efeitos do acórdão, estabelecendo-se termo futuro para sua



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

eficácia, deverá esta decisão produzir efeitos ex tunc nos termos do artigo 27 da Lei 9.868/99.

“7. Fixa-se o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data do julgamento, para a edição de nova lei disciplinando a matéria. Em caso de omissão legislativa, além do prazo fixado, fica estabelecido o percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) para o preenchimento dos cargos em comissão por servidores públicos efetivos.

“8. Ante o exposto, julga-se procedente o pedido, declarando-se inconstitucional o artigo 14 da Lei nº 5.673, de 28 de setembro de 2001, do Município de Jundiaí, fixando-se o prazo de cento e oitenta dias, contados da data do julgamento, para a edição de nova lei disciplinando a matéria. Em caso de omissão legislativa, além do prazo fixado, fica estabelecido o percentual mínimo de cinquenta-por-cento para o preenchimento dos cargos em comissão por servidores públicos efetivos.” (Direta de inconstitucionalidade n. 2111908-72.2016.8.26.0000 – Rel. Des. Márcio Bartoli – j. em 19.10.16 – v.u).

Assim, é mesmo o caso de se reconhecer a inconstitucionalidade do diploma impugnado, por ofensa aos artigos 111 e 115, inciso V, da Constituição Estadual.

Ressalta-se que, em relação ao percentual mínimo fixado para os servidores do Poder Executivo Municipal, com o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 65 da Lei nº 9.940, de 28 de abril de 2017, conforme argumentação acima delineada, concede-se, então, ao Prefeito Municipal, prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que edite lei regulamentadora que cumpra efetivamente o comando constitucional.

Caso, vencido o prazo, verifique-se a omissão legislativa, fica fixado o percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira.

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, declarando-se inconstitucional o art. 65 da Lei n. 9.940, de 28 de abril de 2017, do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Município de Santo André, fixando o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para a tomada das providências cabíveis, estabelecendo-se que, em caso de persistência da mora após o transcurso do prazo ora fixado, no mínimo 50% dos cargos em comissão do quadro de servidores do Poder Executivo Municipal deverão ser preenchidos por servidores públicos efetivos.

MOACIR PERES

Relator