



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Registro: 2014.0000716392

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2101546-79.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR VOTAÇÃO UNÂNIME, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE E, POR MAIORIA DE VOTOS, MODULARAM OS SEUS EFEITOS EM 90 DIAS, CONTADOS A PARTIR DO DIA 15/10/2014. USOU DA PALAVRA O EXMO. SR. PROC. ROSSINI LOPES JOTA. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. ANTONIO CARLOS ZOVIN DE BARROS FERNANDES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE AQUINO, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, TRISTÃO RIBEIRO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI, DAMIÃO COGAN, FERRAZ DE ARRUDA, EROS PICELI, ELLIOT AKEL E GUERRIERI REZENDE modulando os efeitos em 90 dias; E ROBERTO MORTARI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, ADEMIR BENEDITO, JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BÁRTOLI E JOÃO CARLOS SALETTI modulando os efeitos em 120 dias.

São Paulo, 15 de outubro de 2014.

Roberto Mortari
RELATOR
 Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

VOTO Nº 29.213 – DESEMBARGADOR ROBERTO MORTARI

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2101546-79.2014.8.26.0000

Requerente : Procurador Geral de Justiça

Requeridos : Prefeito do Município de Guarulhos

Presidente da Câmara Municipal de Guarulhos

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 7.119, de 18 de abril de 2013, do Município de Guarulhos. Criação de cargos de provimento em comissão que não correspondem a funções de direção, chefia ou assessoramento, de forma abusiva e artificial, desrespeitando a necessidade de recrutamento pelo sistema de mérito, e criando injustificável diferença remuneratória para semelhantes atribuições. Afronta os artigos 98, 100, 111, 115, II e V, 144 e 297, da Constituição do Estado de São Paulo reconhecida. Ação julgada procedente, com modulação de efeitos.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo d. Procurador Geral de Justiça, tendo por objeto a Lei nº 7.119, de 18 de abril de 2013, do Município de Guarulhos.

Sustenta-se, em síntese, que a referida Lei Municipal afronta os artigos 98, 100, 111, 115, II e V, 144 e 297, da Constituição do Estado de São Paulo, ao criar cargos de provimento em comissão que não correspondem a funções de direção, chefia ou assessoramento, de forma abusiva e artificial, desrespeitando a necessidade de recrutamento pelo sistema de mérito, e criando injustificável diferença remuneratória para semelhantes atribuições.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Foi postulada a concessão de liminar, com vistas à suspensão da eficácia da Lei nº 7.119, de 18 de abril de 2013, do Município de Guarulhos, nas partes em que criou e regulamentou os cargos de provimento em comissão previstos nos arts. 168 a 177 e 182, IX (Assessor de Gabinete I, Assessor de Gabinete II, Assessor de Gabinete III, Assessor de Gestão I, Assessor de Gestão II, Assessor de Gestão III, Assessor Especial de Gestão I, Assessor Especial de Gestão II, Assessor Especial de Gestão III, Assessor Especial de Gestão IV e Diretor de Departamento de Assessoria Jurídica), até o julgamento final e definitivo da presente ação, quando deverá ser decretada a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos.

A liminar pleiteada foi parcialmente concedida, a fim de obstar novas contratações para os cargos acima elencados, pela Municipalidade de Guarulhos, com base na Lei Municipal atacada na presente Ação Direta, e durante a sua tramitação, a partir da ciência da decisão concessiva.

Seguiu-se regular processamento, colhendo-se as informações do Presidente da Câmara Municipal de Guarulhos e do Prefeito do referido Município. A douta Procuradoria Geral do Estado foi regularmente citada, e manifestou o seu desinteresse na causa. Após, a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça exarou final pronunciamento, pela procedência da ação.

Esse, no essencial, o relatório



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Por força de disposição constitucional expressa, a investidura em cargo ou emprego público deve ser efetivada mediante aprovação em concurso público.

Nesse sentido, a Constituição da República estabelece:

“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:

(...)

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;”

No mesmo diapasão, a Constituição do Estado de São Paulo dispõe:

“Art. 111 – A administração pública direta, indireta ou



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

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:

(...)

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;”

Dos dispositivos transcritos extrai-se, como exceção a essa regra, a previsão dos cargos em comissão.

De acordo com a definição traçada por **Hely Lopes Meirelles**, cargo em comissão “(...) é o que só admite provimento em caráter provisório, destinando-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. A instituição de tais cargos é permanente, mas



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

o seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função, mesmo porque a exerce por confiança do superior hierárquico, daí a livre nomeação e exoneração (...)” (“Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros, 37ª ed., pág. 461).

Portanto, os cargos em comissão são aqueles que se destinam, exclusivamente, às atribuições de direção, chefia e assessoramento, demandando, paralelamente, a existência de relação de confiança entre o ocupante do cargo e o seu superior.

À luz do ordenamento jurídico pátrio, a criação de cargos comissionados para o desempenho de atribuições desprovidas dessas características não se afigura viável.

Tanto que o egrégio **Supremo Tribunal Federal** tem decidido 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).

E não basta que a nomenclatura do cargo – “chefe”, “diretor”, “assessor”, “coordenador”, “supervisor”, etc. – remeta às aludidas características. Estas devem decorrer, logicamente, da descrição das atribuições que o ocupante do cargo deverá desempenhar.

Daí a necessidade, também, de que a criação de cargos comissionados seja acompanhada da descrição pormenorizada,



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

detalhada, das respectivas atribuições.

Nesse sentido, aliás, r. precedente deste colendo Órgão Especial, consoante se anota:

“Ademais, verifica-se que a lei aludida não traz em seu bojo as descrições dos cargos criados, curial para averiguação da compatibilidade com o sistema constitucional, não bastando, para tanto, atribuir-lhes meros nomes de 'coordenadores', 'diretor' e 'chefe', não sanando o vício de descrição por meio de decreto, uma vez que a Constituição Bandeirante, em simetria com a Federal, exige lei em sentido formal para a definição dos cargos em comissão” (ADI nº 0223305-20.2009.8.26.0000).

Tais premissas permitem concluir que a contratação de pessoal pela Administração, sem a realização de concurso público, através da criação de cargos em comissão, afigura-se excepcional, pressupondo a necessidade de atribuição de funções de assessoramento, chefia e direção, em sentido estrito, a pessoas que, no respectivo desempenho, manterão especial vínculo de confiança com seu superior.

Não é o que ocorre, no caso em apreço, em relação aos cargos de provimento em comissão previstos nos arts. 168 a 177 e 182, IX, da Lei nº 7.119, de 18 de abril de 2013, do Município de Guarulhos (Assessor de Gabinete I, Assessor de Gabinete II, Assessor de Gabinete III, Assessor de Gestão I, Assessor de Gestão II, Assessor de Gestão III, Assessor Especial de Gestão I, Assessor Especial de Gestão II, Assessor



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Especial de Gestão III, Assessor Especial de Gestão IV e Diretor de Departamento de Assessoria Jurídica).

Com efeito, no que se refere aos diversos cargos de Assessor de Gabinete I, II e III, Assessor de Gestão I, II e III, e Assessor Especial de Gestão I, II, III e IV, notoriamente, os ocupantes desses cargos desempenham serviços auxiliares que não se vinculam a qualquer tipo de política governamental, cumprindo atribuições de caráter geral nos escalões subalternos da organização administrativa, vale dizer, tarefas rotineiras, técnicas, burocráticas ou profissionais, para as quais não se exige especial relação de confiança.

De sua vez, o cargo de Diretor de Departamento de Assessoria Jurídica, têm funções relacionadas com o exercício da Advocacia Pública. De rigor que seja exercido por servidor efetivo da carreira da advocacia pública municipal. É o que se infere dos artigos 98 a 102 da Constituição Estadual, os quais se reportam ao modelo traçado pelo artigo 132 da Constituição Federal, no trato da advocacia pública estadual.

No geral, pois, os cargos elencados na inicial da presente ação têm atribuições meramente técnicas, profissionais, burocráticas e operacionais, evidenciando-se a natureza subalterna, a ausência de poder de mando e decisão, a desnecessidade do elemento fiduciário e, enfim, a ausência de correspondência com funções de direção, chefia ou assessoramento em sentido estrito.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Como consequência inarredável, tem-se que todos os cargos em referência devem ser reservados a pessoas recrutadas pelo sistema de mérito.

Não bastasse, importa ainda anotar que a norma guerreada padece também de inconstitucionalidade por traçar desarrazoada diferença remuneratória entre cargos com semelhantes atribuições.

Como registrado na inicial da presente ação, “(...) *As funções conferidas ao Assessor de Gabinete I, pelos incisos I, II, VI, IX do art. 168, são igualmente atribuídas ao Assessor de Gabinete II e III, pelos incisos I, II, III e V do art. 169 e I, II, III, V do art. 170. De igual modo, as atribuições do Assessor de Gestão I, elencadas nos incisos I, II, V e VI do art. 171, são as mesmas instituídas ao Assessor de Gestão II e III, pelos incisos I, II, III e V do art. 172 e incisos I, II, III e IV do art. 173, respectivamente. O mesmo ocorre com as incumbências legais do Assessor Especial de Gestão II, III e IV – incisos I, II, III, VII do art. 175, incisos I, II, VI do art. 176, e incisos I, III, VI e V do art. 177 – que são análogas ao do Assessor Especial de Gestão I, conforme incisos I, II, III, VI do art. 174. Ressalta-se, ainda, a semelhança entre as atividades do Assessor Especial de Gestão II e III. (...)”.*

Efetivamente, uma análise comparativa das atribuições dos cargos em menção evidencia que as respectivas atividades são, de fato, similares. Apesar da utilização de expressões genéricas e imprecisas no rol de atribuições, a identidade dos cargos, para os quais não se exige qualquer requisito de investidura, é patente. Diante disso, não havendo



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

qualquer fator de distinção que se preste a justificar, minimamente, a diferença de remuneração estabelecida – natureza, grau de responsabilidade, complexidade, peculiaridade do cargo, requisitos de investidura, etc. – importa reconhecer que o sistema de remuneração instituído é inconstitucional.

Consoante observou a douta Procuradoria Geral de Justiça, em sua prefacial, subscrita pelo ilustre Procurador-Geral de Justiça Dr. **Márcio Fernando Elias Rosa**:

“(...) No caso em exame, o legislador municipal criou cargos de provimento em comissão para o exercício de funções estritamente técnicas ou profissionais, próprias dos cargos de provimento efetivo. Trata-se de funções que denotam a natureza profissional do vínculo entre seus agentes e a Prefeitura Municipal e que, por essa razão, só poderiam ser preenchidas por concurso público. (...)” (pg. 13).

Ademais, “(...) a Lei 7.119/13, no tocante aos cargos mencionados, desrespeitou o comando constitucional do art. 39, § 1º, da CF e, por conseguinte, violou o princípio da igualdade jurídica, ao conferir tratamento diferenciado a situações congêneres, valendo-se para tanto de critérios injustificáveis. (...)” (pg. 27).

“(...) Conclui-se, portanto, que dois vícios fulminam os cargos instituídos pela Lei 7.119/13, quais sejam, (i) implementação de cargos comissionados para desempenho de funções distintas de direção,



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

chefia e assessoramento, e (ii) criação de um sistema de remuneração avesso à ordem constitucional vigente. (...)” (pg. 28).

Patente, pois, a eiva de inconstitucionalidade, que deve ser aqui e agora reconhecida, por afronta aos artigos 98, 100, 111, 115, II e V, 144 e 297, da Constituição do Estado de São Paulo.

E essa situação não se altera pela existência de um termo de ajustamento de conduta firmado pela Municipalidade de Guarulhos com o Ministério Público daquela Comarca. Ao que se noticia, pelo referido Termo, o Município se comprometeu a adotar medidas destinadas a solucionar o problema atinente aos diversos cargos comissionados providos irregularmente na localidade, o que evidentemente não ocorreu, ante as inconstitucionalidades constatadas na presente ação.

Impõe-se finalmente que, com apoio no artigo 27, da Lei nº 9.868/99, os efeitos da presente declaração de inconstitucionalidade sejam modulados, como forma de conferir à Administração Municipal tempo hábil para promover a adequada organização de seus servidores. Por força dessa modulação, a douta maioria da egrégia Turma Julgadora deliberou que a proclamação de inconstitucionalidade somente terá eficácia após o decurso de 90 dias, contados da data do julgamento da presente ação, vencido nesse ponto específico o relator, que estabelecia o prazo de 120 dias.

Assim, por tais fundamentos, julga-se procedente a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo d. Procurador Geral de



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Justiça do Estado de São Paulo, a fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.119, de 18 de abril de 2013, do Município de Guarulhos, nas partes em que criou e regulamentou os cargos de provimento em comissão previstos nos arts. 168 a 177 e 182, IX (Assessor de Gabinete I, Assessor de Gabinete II, Assessor de Gabinete III, Assessor de Gestão I, Assessor de Gestão II, Assessor de Gestão III, Assessor Especial de Gestão I, Assessor Especial de Gestão II, Assessor Especial de Gestão III, Assessor Especial de Gestão IV e Diretor de Departamento de Assessoria Jurídica), nos exatos termos da inicial, com efeitos modulados **ex nunc**, após o decurso de 90 dias, contados da data do julgamento da ação. Comunique-se.

ROBERTO MORTARI

Relator