**PARECER**

Processo nº 2050363-93.2019.8.26.0000

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Requerente: Procurador-Geral de Justiça

Requeridos: Prefeito e Câmara Municipal de Cruzeiro

Ementa:

Administrativo. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Resoluções nº 245, de 08 de agosto de 2013, e nº 250, de 05 de agosto de 2014, ambas da Câmara Municipal de Cruzeiro. Cargos de provimento em comissão que não revelam plexos de assessoramento, chefia e direção. Escalonamento de remuneração entre os cargos em comissão de Assessor Funcional Auxiliar I e Assessor Funcional Auxiliar II. Impossibilidade. Advocacia Pública. Incompatibilidade do regime celetista. Remuneração dos servidores do Legislativo. Reserva legal. Procedência do pedido.

**1.** Cargos de provimento em comissão, cujas atribuições, ainda que descritas em lei, não evidenciam função de assessoramento, chefia e direção, mas, função técnica, burocrática, operacional e profissional a ser preenchida por servidor público investido em cargo de provimento efetivo.

**2.** Incidência do tema de Repercussão Geral n. 1.010 do STF com a seguinte tese:

“**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.”

**3.** Cargos de Assessor Funcional Auxiliar I e Assessor Funcional Auxiliar II.Aestruturação de cargos em classes com diferentes níveis remuneratórios, porém com identidade de atribuição entre eles, fornece ideia de carreira que não se coaduna com sua natureza de comissionada, bem como proporciona ao administrador público uma grande margem de liberdade, distanciando-se dos princípios de moralidade e impessoalidade.

**4.** O cargo de “Ouvidor” há que ser preenchido por servidor investido de provimento efetivo, mercê do conhecimento real da estrutura administrativa do ente público em que for atuar. Impossibilidade, à conta da natureza do cargo, de a ocupação recair sobre pessoa estranha ao quadro funcional.

**5.** “Procurador Chefe” e “Consultor Jurídico para Assuntos Legislativos e Administrativos”. As atividades de advocacia pública e suas respectivas chefias são reservadas a profissionais também recrutados pelo sistema de mérito.

**6.** O regime da CLT é inaplicável aos cargos em comissão, pois incompatível com a nomeação e exoneração *ad nutum.* Violação dos artigos 111 e 115, incisos II e V, CE. Declaração de nulidade parcial sem redução de texto da expressão “empregos de provimento em comissão” constante no art. 46, *caput*, e no Anexo III da Resolução nº 245, de 08 de agosto de 2013, bem como no Anexo I da Resolução nº 250, de 05 de agosto de 2014, ambas da Câmara Municipal de Cruzeiro, a fim de declarar que se trata de cargos em comissão sujeitos ao regime jurídico administrativo, fixando que tal cargo em comissão deve ser ocupado por servidor de carreira.

**7.** Compete exclusivamente à Câmara Municipal a iniciativa de lei para a fixação da remuneração de seus servidores, não se admitindo a edição de resolução para tanto.

**8.** Violação aos arts. 5º, 19, 20, III, 24, § 2º, 1, 30, 98 a 100, 111, 115, V, e 144, da CE/89.

**9.** Modulação de efeitos. As hipóteses autorizativas da modulação de efeitos são excepcionais e devem ser devidamente comprovadas. No caso dos autos, não se tem confirmados o excepcional interesse social e nem mesmo a necessidade de tutela à segurança jurídica.

**10**. Parecer pela procedência do pedido.

**Eminente Desembargador Relator,**

**Colendo Órgão Especial:**

1. **Relatório.**

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo douto Procurador-Geral de Justiça em face das expressões “Assessor de Gabinete de Vereador II”, “Assessor Técnico da Presidência”, “Assessor Funcional Auxiliar I” e “Assessor Funcional Auxiliar II”, constantes no art. 2º e nos Anexos I e II da Resolução nº 250, de 05 de agosto de 2014; das expressões “Procurador Chefe” e “Consultor Jurídico para Assuntos Legislativos e Administrativos”, também constantes nos Anexos I e II da Resolução nº 250, de 05 de agosto de 2014; da coluna “Ref.” do Anexo I, da coluna “Ref.” do Anexo III, da coluna “Ref” do Anexo VI, da coluna “FAIXA” do Anexo VII, do Anexo VIII e do Anexo IX da Resolução n. 245, de 08 de outubro de 2013, e da coluna “Ref.” do Anexo I da Resolução nº 250, de 05 de agosto de 2014; da expressão “Ouvidor”, constante nos Anexos III e IV da Resolução nº 245, de 08 de agosto de 2013, e nos Anexos I e II da Resolução nº 250, de 05 de agosto de 2014; e da expressão “empregos de provimento em comissão” constante no art. 46, caput, e no Anexo III da Resolução nº 245, de 08 de agosto de 2013, bem como no Anexo I da Resolução nº 250, de 05 de agosto de 2014, ambas da Câmara Municipal de Cruzeiro, por violação aos arts. 5º, 19, 20, III, 24, § 2º, 1, 30, 98 a 100, 111, 115, V, e 144, da Constituição Estadual.

A digna Procuradora-Geral do Estado manifestou-se sustentando que aos ocupantes de cargo comissionado contratados pelo regime da CLT não se aplica a concessão do aviso prévio, nem a multa de 40% do FGTS, de modo que tais servidores estariam sujeitos ao “regime celetista publicizado”, que permitiria sua livre exoneração. Defendeu também que as normas da Constituição Federal que tratam de advocacia pública são direcionadas apenas aos âmbitos federal e estadual, assim não poderiam ser aplicadas aos municípios, sob pena de violação ao princípio da autonomia municipal. Portanto, entendeu não haver a violação aos arts. 98 a 100, e 144 da Constituição Estadual conforme aventado na petição inicial, uma vez que tais dispositivos se restringiriam à Procuradoria Geral do Estado (fls. 328/338).

O Prefeito do Município de Cruzeiro apresentou suas informações compartilhando do mesmo entendimento exposto pela Procuradora do Estado (fls. 340/342).

Já a Câmara Municipal, em sua manifestação (fls. 345/351), sustentou que nem todos os cargos em comissão estão ocupados e que algumas das atribuições previstas não representam mais a efetiva situação de desempenho atual, razão pela qual “estão sendo desenvolvidos trabalhos para que seja criada uma nova ordem administrativa no Poder Legislativo local” (fl. 347). Ainda, com fundamento no princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos, pleiteou a modulação dos efeitos e o sobrestamento desta ação até a decisão definitiva do STF sobre o mérito do Tema 670 da repercussão geral (RE 719.870).

É o relatório.

1. **Fundamentação.**

O pedido deve ser julgado **procedente.**

Em primeiro lugar, esclarece-se que, nesta ação direta, realiza-se o controle abstrato de constitucionalidade, cujo objeto é o cotejo entre o dispositivo legal e a norma constitucional parâmetro. Assim, em nada interfere o fato de alguns cargos em comissão não estarem ocupados, uma vez que sua previsão legal continua vigente, possibilitando seu provimento. Ademais, quanto à informação da Câmara no sentido de que algumas das atribuições previstas não representariam a situação efetiva de desempenho atual (fl. 347), além disso não influir nesta ação, configura um cenário de ilegalidade.

Por fim, **não há que se acolher o pedido de sobrestamento** do feito até a decisão definitiva do RE 719.870 (Repercussão Geral sob o tema n. 670), uma vez que a matéria tratada nele tratada é distinta da veiculada na ação *sub judice*.

A ementa que reconheceu a Repercussão Geral sob o tema 670, perante o STF, assentou o seguinte:

“PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – COMPLETUDE – CARGOS – DEFINIÇÃO – AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUANTO À EXCEÇÃO A AFASTAR O CONCURSO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. **Possui repercussão geral a controvérsia relativa à nulidade do acórdão formalizado pelo Tribunal de origem, quando, instado a emitir entendimento sobre o tema de defesa versado no recurso, quedar-se silente, incorrendo em negativa de prestação jurisdicional**.” (grifo nosso)

No corpo do v. acordão do STF constou que:

“**Mediante embargos declaratórios**, o Ministério Público buscou ver explicitado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais o que previsto na legislação quanto aos cargos, para a indispensável definição de enquadramento, ou não, na exceção ao concurso público. Os embargos foram desprovidos.

Em síntese, com isso, o Tribunal local inviabilizou o acesso ao Supremo. **Norma comezinha alusiva ao devido processo legal foi desconhecida, decidindo-se ao invés de julgar-se**.

3. Admito, sob o ângulo supra, o extraordinário, ou seja, **considerada a nulidade do acórdão proferido**, já que, suplantado tal enfoque, ter-se-á como inadequado o recurso.” (grifo nosso)

Da leitura atenta do RE 719.870 resta claro que a temática em relação a qual se circunscreve a Repercussão Geral está adstrita **à eventual nulidade do acórdão, em razão de eventual ausência de manifestação em relação aos pontos suscitados nos embargos declaratórios, com ofensa ao devido processo legal** e ao artigo 93, IX, da Constituição Federal.

A presente ação direta de inconstitucionalidade sequer foi julgada e a única similitude verificada entre o objeto desta ação direta de inconstitucionalidade e a Repercussão Geral sob o tema n. 670 é a matéria de fundo, qual seja, constitucionalidade ou não de cargos em comissão.

Pois bem, passemos aos fundamentos desta ação direta, em capítulos separados, considerando a variedade dos temas desta ação direta.

1. **CRIAÇÃO INDISCRIMINADA, ABUSIVA E ARTIFICIAL DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO QUE NÃO REPRESENTAM ATRIBUIÇÕES DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA E DIREÇÃO, INSERTOS NA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DA CÂMARA MUNICIPAL DE CRUZEIRO**

Os cargos de provimento em comissão de **Assessor de Gabinete de Vereador II, Assessor Técnico da Presidência, Assessor Funcional Auxiliar I e Assessor Funcional Auxiliar II**, constantes no art. 2º e nos Anexos I e II da Resolução nº 250, de 05 de agosto de 2014, devem ser declarados inconstitucionais porque suas atribuições não revelam plexos de assessoramento, chefia e direção, em violação aos arts. 111, 115, II e V, 144 da Constituição Estadual.

De plano, anote-se que a nomenclatura dos cargos impugnados – “Assessor” -, não pode ser fator determinante para autorizar o seu provimento comissionado puro.

Ainda que a denominação tenha por objetivo indicar que a sua função é de “direção, chefia ou assessoramento”, nos termos das Constituições Estadual e Federal, é o rol de atribuições de cada específico cargo que define se o seu ocupante atuará para tais finalidades e se, para tanto, o elemento fiduciário é indispensável.

No caso em tela, todavia, não é o que se verifica.

As atividades dos cargos acima referidos são executórias e refletem atos da rotina de funcionamento da máquina administrativa, o que fulmina a possibilidade de provimento em comissão.

Com efeito, o **Assessor de Gabinete de Vereador II** possui atribuições técnicas e profissionais como redigir e efetuar serviços de digitação e/ou datilográficos, acompanhar a tramitação de assuntos, coordenar a agenda do vereador, organizar fichários.

Repetindo praticamente todas as atribuições previstas para o Assessor de Gabinete de Vereador II, o Assessor Funcional Auxiliar I e o Assessor Funcional Auxiliar II também realizam funções de natureza burocrática e genérica relacionadas a redigir e efetuar serviços de digitação e/ou datilográficos, acompanhar a tramitação de assuntos e a organização das correspondências recebidas pelo parlamentar.

O **Assessor Técnico da Presidência** desempenha atividades de natureza burocrática relativas ao assessoramento técnico do Presidente, realizar estudos técnicos, administrativos e legislativos, acompanhamento de projetos e programas do interesse da Câmara, bem como a preparação de documentos.

Verifica-se, portanto, que as atribuições previstas para os cargos mencionados, relacionadas a chefiar, gerenciar, fiscalizar, coordenar, dirigir, supervisionar, **são atividades destinadas a atender necessidades executórias ou dar suporte a decisões e execução.**

Trata-se, portanto, de atribuições distantes dos encargos de comando superior onde se exige especial confiança e afinamento com as diretrizes políticas do governo.

Dessa forma, os cargos comissionados anteriormente destacados são incompatíveis com a ordem constitucional vigente, em especial **com o art. 115 incisos II e V, e o art. 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo.**

Embora o Município seja dotado de autonomia política e administrativa, dentro do sistema federativo (cf. art. 1º e art. 18 da Constituição Federal), esta autonomia não tem caráter absoluto, pois se limita ao âmbito pré-fixado pela Constituição Federal (cf. José Afonso da Silva, *Direito constitucional positivo*, 13. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 459).

A autonomia municipal deve ser exercida com a observância dos princípios contidos na Constituição Federal e na Constituição Estadual (cf. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, 9. ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 285).

No exercício de sua autonomia administrativa, o Município cria cargos, empregos e funções, mediante atos normativos, instituindo carreiras, vencimentos, entre outras questões, bem como se estruturando adequadamente.

Todavia, a possibilidade de que o Município organize seus próprios serviços encontra balizamento na própria ordem constitucional, sendo necessário que o faça através de lei, respeitando normas constitucionais federais e estaduais relativas ao regime jurídico do serviço público.

A regra, no âmbito de todos os Poderes Públicos, deve ser o preenchimento dos postos através de concurso público de provas ou de provas e títulos, pois assim se garante a acessibilidade geral (prevista inclusive no art. 37, I da Constituição Federal; bem como no art. 115, I da Constituição do Estado de São Paulo). Essa deve ser a forma de preenchimento dos cargos e empregos de natureza técnica ou burocrática.

A criação de cargos de provimento em comissão e funções de confiança, de livre nomeação e exoneração, deve ser limitada aos casos em que seja exigível **especial relação de confiança entre o governante e o servidor**, para que adequadamente sejam desempenhadas funções inerentes à atividade predominantemente política.

Há implícitos limites à sua criação, visto que assim não fosse, estaria na prática aniquilada a exigência constitucional de concurso para acesso ao serviço público.

Cabe também registrar que entendimento diverso do aqui sustentado significaria, na prática, negativa de vigência ao art. 115, incisos II e V da Constituição Estadual, bem como ao art. 37 incisos II e V da Constituição Federal, bem como aos princípios de moralidade e impessoalidade constantes do art. 111 da Constituição Paulista (que reproduzem o quanto disposto na cabeça do art. 37 da Constituição Brasileira), cuja aplicabilidade à hipótese decorre do art. 144 da Carta Estadual.

Ressalte-se, finalmente, que também incide na espécie a Repercussão Geral sob o tema n. 1.010 do STF, na qual foram fixadas as seguintes diretrizes:

“**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**.”**

**B. ESCALONAMENTO DE REMUNERAÇÃO ENTRE OS CARGOS EM COMISSÃO DE ASSESSOR FUNCIONAL AUXILIAR I E ASSESSOR FUNCIONAL AUXILIAR II, QUE VIOLA OS ARTS. 111, 144 E 297 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL**

Além das atribuições não revelarem plexos de assessoramento, chefia e direção, conforme dito em tópico anterior, os cargos ora sublinhados são inconstitucionais por outro fundamento.

A existência de estruturação dos cargos de Assessor Funcional Auxiliar I e Assessor Funcional Auxiliar II em classes diferentes e com níveis distintos de remuneração, **sem qualquer distinção de atribuição entre eles**, fornece ideia de carreira, que não se coaduna com sua natureza de comissionada.

As atribuições são idênticas, na seguinte forma, conforme estabelece o Anexo IV da Resolução nº 250, de 05 de agosto de 2014, da Câmara Municipal de Cruzeiro.

Todavia, a referência remuneratória para o Assessor Funcional Auxiliar I é V, que corresponde ao vencimento de R$ 2.750,50 enquanto o Assessor Funcional Auxiliar II tem como referência VI, cujo vencimento é de R$ 2.348,67, vide o Anexo XI da Resolução nº 245, de 08 de agosto de 2013, da Câmara Municipal de Cruzeiro.

Desta forma, constata-se haver estruturação em classes com diferentes níveis remuneratórios, porém com identidade de atribuição entre eles, fornecendo ideia de carreira que não se coaduna com sua natureza de comissionada. Constitui “figura estranha ao Direito Administrativo brasileiro, qual seja, a de carreira formada de cargos em comissão, por natureza, isolados”, porquanto “a própria organização, em carreira, dos cargos em apreço (ressaltada no parecer), pela ideia de permanência que traduz não se mostra compatível com a índole de comissão” (STF, Rp 1.282-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Octavio Gallotti, 12-12-1985, v.u., DJ 28-02-1986, p. 2345, RTJ 116/887).

Além disso, proporciona ao administrador público uma grande margem de liberdade, inspirada por motivos secretos, subjetivos e pessoais, na medida em que lhe faculta a escolha casuística do Diretor de Equipamentos na admissão (ou durante o exercício do cargo) para efeito remuneratório, distanciando-se dos princípios de moralidade e impessoalidade.

Por fim, os cargos citados acima são inconstitucionais porque, além das razões já expostas, guardam desarrazoada diferença remuneratória entre cargos cujas atribuições são idênticas, afrontando o art. 39, §1º, da Constituição Federal, cuja redação foi dada pela EC n. 19/98, à qual a produção normativa do ente municipal está vinculada por força dos artigos 144 e 297 da Constituição Bandeirante.

Os autores da Constituição do Estado, no exercício do Poder Constituinte Decorrente, poderiam repetir, enfadonhamente, as normas de reprodução obrigatória da Constituição da República, mas preferiram, acertadamente, diga-se, fórmula sintética do art. 144, determinando, como não poderia deixar de ser, que os princípios estabelecidos na Constituição Federal (somente princípios, não regras) devessem ser observados obrigatoriamente pelos Municípios.

Não foi outra a saída encontrada pelos Constituintes nacionais, por exemplo, com o art. 25 da Constituição da República, a determinar que os Estados se organizem segundo os princípios da Constituição da República, sem explicitá-los, também enfadonhamente. Tal dispositivo guarda correspondência com o art. 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

A doutrina já resolveu a questão dos princípios que devem os Estados observar (o que, obviamente, aplica-se aos Municípios, já agora por força do art. 144 da Constituição do Estado). Ao comentar sobre o conteúdo do art. 25 da Constituição da República, a direcionar as competências dos Estados (como o art. 144 da Constituição do Estado condiciona as competências dos Municípios), Manoel Gonçalves Ferreira Filho refere-se à existência das “regras de preordenação institucional”, “regras de extensão normativa” e “regras de subordinação normativa”, inseridas na Constituição da República, vinculantes para os demais entes políticos, pronunciando que “ainda cerceiam a autonomia dos Estados regras de subordinação normativa”. São estas as que, presentes na própria Constituição Federal e direcionadas por ela a todos os entes federativos (União, Estados, Municípios), predefinem o conteúdo da legislação que será editada por eles. E isto, ou orientando positivamente tal conteúdo (mandando que siga determinada linha), ou negativamente (proibindo que adote certas normas ou soluções).

Exemplo de tais regras de subordinação normativa é o que decorre do art. 37 da Constituição brasileira, que preside à atuação da administração pública direta ou indireta. Da mesma forma, o art. 39 da Constituição direciona diretamente a legislação dos Estados (bem como do Distrito Federal e dos Municípios) quanto aos servidores públicos.

Observe-se que esta subordinação normativa pode ser direta ou indireta. Ela é direta (e imediata) quando deflui, sem intermediário, da Constituição Federal e obriga desde logo o legislador. É indireta (e mediata) quando se faz por meio da legislação federal obrigatória para os Estados.

A norma da Constituição da República já predefiniu a legislação municipal negativamente proibindo que adote certas normas ou soluções. Claro que, apenas por não repetir explicitamente os princípios da Constituição da República, não significa que os Municípios fiquem livres para (em uma curiosa situação então) dispor de mais poderes constituintes que o Estado (já que não se discute que, quanto a este, seu Poder Constituinte Decorrente é limitado). Trata-se do artigo 144 da Constituição do Estado de norma de repetição obrigatória.

Neste sentido, coleta-se que “as normas centrais” da Constituição Federal, tenham elas natureza de princípios constitucionais, de princípios estabelecidos ou de normas de preordenação, afetam a liberdade criadora do Poder Constituinte Estadual e acentuam o caráter derivado desse poder.

A norma de reprodução não é, para os fins da autonomia do Estado-membro, simples norma de imitação, frequentemente encontrada na elaboração constitucional. As normas de imitação exprimem a cópia de técnicas ou de institutos, por influência da sugestão exercida pelo modelo superior. As normas de reprodução decorrem do caráter compulsório da norma constitucional superior, enquanto a norma de imitação traduz a adesão voluntária do constituinte a uma determinada disposição constitucional (Raul Machado Horta. Poder constituinte do estado-membro, RDP, 88/5).

Nesse sentido, por força do artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo, o ente municipal não pode se desviar do comando do artigo 39, §1º, da Constituição Federal, sob pena de inconstitucionalidade.

Assim, ao fixar o sistema de remuneração de servidores públicos, o Câmara Municipal de Cruzeiro deveria ter observado: (i) “a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira”, (ii) “os requisitos para a investidura”, e (iii) “as peculiaridades dos cargos”. Dessa forma, seguramente, evitar-se-ia a criação de diferentes patamares de remuneração para cargos cujas funções e requisitos de preenchimento fossem semelhantes, como ocorreu in casu. Confira-se.

Ora, estes cargos de Assessor Funcional Auxiliar I e Assessor Funcional Auxiliar II possuem as mesmas atribuições e requisito para ingresso.

À vista disso, o sistema de remuneração instituído pelas Resoluções nº 245, de 08 de agosto de 2013, e nº 250, de 05 de agosto de 2014, da Câmara Municipal de Cruzeiro, ao Assessor Funcional Auxiliar I e ao Assessor Funcional Auxiliar II, são inconstitucionais, ao passo que não subsiste nenhum fator de discrímen (natureza, grau de responsabilidade, complexidade, peculiaridade do cargo, requisitos de investidura) apto a amparar a diferença de remuneração.

Nesse diapasão, as referidas resoluções, no tocante aos cargos mencionados, desrespeitaram o comando constitucional do art. 39, §1º, da CF e, por conseguinte, violaram o princípio da igualdade jurídica, ao conferir tratamento diferenciado a situações congêneres, valendo-se para tanto de critérios injustificáveis.

Conclui-se, portanto, que dois vícios fulminam os cargos instituídos pelas Resoluções nº 245, de 08 de agosto de 2013, e nº 250, de 05 de agosto de 2014, ambas da Câmara Municipal de Cruzeiro, quais sejam, (i) implementação de cargos comissionados para desempenho de funções distintas de direção, chefia e assessoramento, e (ii) criação de um sistema de remuneração avesso à ordem constitucional vigente.

Cumpre registrar que entendimento diverso do aqui sustentado significaria, na prática, negativa de vigência aos arts. 111 e 115, incisos II e V, da Constituição Estadual, bem como aos arts. 37, incisos II e V, e 39, §1º, da Constituição Federal, cuja aplicabilidade à hipótese decorre do art. 144 e 297 da Carta Estadual.

**C - CARGO DE OUVIDOR**

Passemos então à análise do cargo de ouvidor, que não pode ser exercido por servidor livremente escolhido pela Câmara Municipal de Cruzeiro.

É regra imperativa da Constituição Federal (art. 37, inciso V) que as funções de confiança sejam exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo e que percentual de cargos de provimento em comissão seja reservado a servidores de carreira.

Cargos em comissão devem ser preenchidos para desempenho de atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Do art. 37, V, da Constituição Federal, e do art. 115, V, da Constituição Estadual, deriva que há cargos de provimento em comissão: a) não exclusivos; b) exclusivos de servidores de carreira. Aqueles são livremente providos por qualquer pessoa que satisfaça os requisitos legais; estes somente por servidores de carreira, porque, embora o provimento seja precário, a natureza não-técnica de chefia, direção ou assessoramento aponta com maior grau para o caráter profissional respectivo.

O cargo de “Ouvidor” deve ser exercido por servidor de carreira, pois pressupõe o conhecimento específico das funções e da carreira, o conhecimento teórico e prático inerentes àquele que ascende na carreira até que venha a ocupar cargos mais alto da Instituição.

É incompatível com as atribuições do “Ouvidor” a livre escolha e a nomeação de qualquer pessoa.

Afinal, trata-se de relevantes funções que só podem ser atribuídas ao servidor ocupante de cargo efetivo, por força da adição de atribuições que se impõe aos Ouvidores e ao Corregedor.

Trata-se, em última análise, de atribuições que requerem conhecimento técnico, de tal forma que deve haver um acoplamento de atribuições ao servidor efetivo, de carreira, que pertence à mesma unidade administrativa cujas competências incluam as atividades próprias do cargo efetivo.

Deste modo, requer-se que se declare a **inconstitucionalidade sem redução de texto** da expressão “Ouvidor”, constante nos Anexos III e IV da Resolução nº 245, de 08 de agosto de 2013, e nos Anexos I e II da Resolução nº 250, de 05 de agosto de 2014, ambas da Câmara Municipal de Cruzeiro, **fixando que o cargo comissionado de “Ouvidor” deve ser ocupado por servidor de carreira**.

**D - CARGOS DE PROCURADOR CHEFE E CONSULTOR JURÍDICO PARA ASSUNTOS LEGISLATIVOS E ADMINISTRATIVOS**

Também devem ser declarados inconstitucionais os cargos de Procurador Chefe e Consultor Jurídico para Assuntos Legislativos e Administrativos, constantes no Anexo I e II da Resolução nº 250, de 05 de agosto de 2014, da Câmara do Município de Cruzeiro.

As atividades inerentes à advocacia pública são atribuições técnicas e profissionais, inclusive a assessoria e a consultoria de corporações legislativas, e suas respectivas chefias, são reservadas a profissionais investidos em cargos de provimento efetivo da respectiva carreira mediante aprovação prévia em concurso público.

É o que se infere dos arts. 30 e 98 a 100 da Constituição Estadual que se reportam ao modelo traçado no art. 132 da Constituição Federal ao tratar da advocacia pública estadual.

Este modelo deve ser observado pelos municípios por força do art. 144 da Constituição Estadual.

Os preceitos constitucionais (central e radial) cunham a exclusividade e a profissionalidade da função aos agentes respectivos investidos mediante concurso público (inclusive a chefia do órgão, cujo agente deve ser nomeado e exonerado ad nutum dentre os seus integrantes).

Assim, a natureza técnica profissional dos cargos de Procurador Chefe e Consultor Jurídico para Assuntos Legislativos e Administrativos, por força dos arts. 30 e 98 a 100 da Constituição Estadual, não se compatibiliza com a natureza comissionada, não podendo ser provido pela livre nomeação a cargo do agente político competente.

**E - INADMISSIBILIDADE DA ADOÇÃO DO REGIME CELETISTA PARA OS COMISSIONADOS**

Ademais, a Resolução nº 245, de 08 de agosto de 2013, e a Resolução nº 250, de 05 de agosto de 2014, ambas da Câmara Municipal de Cruzeiro, impõem a Consolidação das Leis do Trabalho como regime jurídico dos servidores ao denominar “empregos públicos” os postos de trabalho dotados de funções públicas.

Não faz a lei qualquer ressalva, quanto ao regime celetista, em relação aos cargos de provimento em comissão, impropriamente denominados “empregos de provimento em comissão”.

O provimento em comissão é incompatível com o regime celetista na Administração Pública, porque configura limite à liberdade de provimento e exoneração do cargo, tornando onerosa a dispensa imotivada (art. 115, II e V, Constituição Estadual).

A inserção do “emprego de provimento em comissão” no regime celetista é incompatível com essa estrutura normativo-constitucional porque, para além, fornece, indiretamente, uma estabilidade incompossível com a natureza do cargo, na medida em que o regime celetista de vínculo reprime a dispensa imotivada do empregado pela imposição de ônus financeiro ao tomador de serviços (aviso prévio, multa rescisória, indenização e outros consectários de similar natureza).

O desprovimento do comissionado é medida discricionária orientada pelos critérios de oportunidade e conveniência da Administração Pública, e a sua sujeição ao regime celetista tolhe a liberdade de exoneração reservada ao administrador público.

Inegável a violação aos princípios jurídicos da moralidade e da razoabilidade (art. 111, Constituição Estadual) e à regra da liberdade de exoneração que domina o provimento em comissão (art. 115, II e V, Constituição Estadual.

A doutrina e a jurisprudência evoluíram, no sentido de admitir novas técnicas para o controle de constitucionalidade das leis. Atualmente, a própria legislação admite métodos alternativos, e, entre eles, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, bem como a interpretação conforme a Constituição.

O parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99 prevê expressamente que “a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

O reconhecimento da inconstitucionalidade sem redução de texto significa, em outras palavras, espécie de redução teleológica na eficácia da norma, enquanto a interpretação conforme tem o condão de destacar qual a única interpretação válida a ser conferida a determinado texto legislativo, compatibilizando-o com a Constituição (na doutrina, por todos, v. Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins, Controle concentrado de constitucionalidade – comentários à Lei 9868, de 10-11-1999, 2ªed., 2ª tir., São Paulo, Saraiva, 2007, p.407/419; e ainda Oswaldo Luiz Palu, Controle de constitucionalidade, 2ªed., São Paulo, RT, 2001, p.188/191).

O E. STF, ademais, há muito, mesmo antes da expressa previsão em lei, já vinha admitindo a utilização destas técnicas de decisão: ADI, 393 (DJ de 18-3-94, p. 5.165-6); ADI 111 (DJ de 6-5-94, p. 10.485); ADI 1.089; ADI 1.600-MC, Rel. Minº Sydney Sanches, julgamento em 27-8-97, DJ de 6-2-98; ADI 491-MC, voto do Min. Moreira Alves, julgamento em 13-6-91, DJ de 25-10-91; ADI 221-MC, voto do Min. Moreira Alves, julgamento em 29-3-90, DJ de 22-10-93.

Portanto, deve-se declarar a nulidade parcial sem redução de texto à expressão “empregos de provimento em comissão” constante no art. 46, caput, e no Anexo III da Resolução nº 245, de 08 de agosto de 2013, bem como no Anexo I da Resolução nº 250, de 05 de agosto de 2014, ambas da Câmara Municipal de Cruzeiro, a fim de declarar que, a despeito da atécnica denominação conferida pela lei, se trata de cargos em comissão sujeitos ao regime jurídico administrativo.

**F – RESERVA ABSOLUTA DE LEI PARA FIXAÇÃO DE REMUNERAÇÃO DE SEERVIDORES PÚBLICOS DO PODER LEGISLATIVO**

Por fim, o Anexo I (coluna “Ref”), o Anexo III (coluna “Ref”), o Anexo VI (coluna “Ref”), o Anexo VII (coluna “FAIXA”), o Anexo VIII e o Anexo IX da Resolução n. 245, de 08 de outubro de 2013, e o Anexo I (coluna “Ref”) da Resolução nº 250, de 05 de agosto de 2014, da Câmara Municipal de Cruzeiro, fixam a remuneração dos servidores do Poder Legislativo à margem da reserva absoluta de lei, por meio de resoluções, como se percebe de sua descrição acima empreendida.

Assim sendo, os dispositivos normativos acima impugnados são incompatíveis com o princípio de separação de poderes (art. 5º, Constituição Estadual) que exige lei, de iniciativa do próprio Poder Legislativo, e submetida à sanção ou veto do Chefe do Poder Executivo, para fixação e instituição da remuneração e de vantagens pecuniárias aos servidores do Poder Legislativo (arts. 20, III, Constituição Estadual).

Ou seja, resulta dos arts. 20, III e 115, XI, da Constituição Paulista, que a revisão da remuneração dos servidores da Câmara Municipal se dará por meio de lei de iniciativa do Poder Legislativo. A fixação de remuneração e posteriores alterações, por meio de resolução, viola a tripartição dos Poderes, com alijamento do Poder Executivo da participação no processo legislativo.

Por molestarem o art. 5º, o art. 19, caput, o inciso III do art. 20, o art. 111, o inciso XI do art. 115 e o art. 128 da Constituição Estadual, são inconstitucionais as regras locais acima apontadas.

Assim, é de rigor a declaração de inconstitucionalidade da coluna “Ref” do Anexo I, da coluna “Ref” do Anexo III, da coluna “Ref” do Anexo VI, da coluna “FAIXA” do Anexo VII, do Anexo VIII e do Anexo IX da Resolução n. 245, de 08 de outubro de 2013, bem como da coluna “Ref” do Anexo I da Resolução nº 250, de 05 de agosto de 2014, ambas da Câmara Municipal de Cruzeiro.

**G. DA IMPOSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO.**

Ademais, **não se vislumbra espaço para acolhimento do pedido de modulação de efeitos** nos termos propostos pelo pelo Presidente da Câmara Municipal, que resultaria, em outras palavras, nas mesmas consequências da improcedência da ação.

As hipóteses autorizativas da modulação são excepcionais e devem ser devidamente comprovadas. No caso dos autos, não se tem confirmados o excepcional interesse social, nem mesmo a necessidade de tutela da segurança jurídica.

A extrema excepcionalidade da modulação dos efeitos decorre de que essa técnica significa, na prática, admitir a permanência dos efeitos de norma inconstitucional, ainda que durante período limitado.

Foi por isso que o legislador exigiu quórum ainda mais qualificado, de 2/3, para a modulação, bem como a presença dos fundamentos estipulados no art. 27 da Lei n. 9.868/1999.

No caso em exame, só uma visão equivocada dos fatos poderia justificar a conclusão de que a segurança jurídica justificaria a concessão de efeitos “ex nunc*” ou* para outro momento à declaração de inconstitucionalidade, respeitando-se “situações consolidadas”, mantendo-se os cargos e preceitos inconstitucionais impugnados nesta ação.

A segurança jurídica não é fundamento subsistente para legitimar o ilícito constitucional.

Aliás, caso acolhida a sugestão de modulação dos efeitos da decisão, certamente a decisão desse E. Tribunal servirá de incentivo para que atos normativos similares sejam produzidos pelo Poder Legislativo Municipal, para que, reconhecida ulteriormente a inconstitucionalidade, seja respeitada a “segurança jurídica” decorrente do fato consumado.

Com certeza, caso essa tese seja acolhida, prestigiando-se o interesse individual em detrimento da segurança jurídica da coletividade, pouco ou nenhum valor passarão a ter as decisões dessa Corte Constitucional.

Daí a inviabilidade da modulação dos efeitos da decisão, na hipótese em exame.

Como já assentou o E. STF, a modulação dos efeitos da decisão é medida excepcional, que decorre da supremacia do valor a ser preservado, em detrimento da ordem constitucional (AI 474.708-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 17-3-08, DJE de 18-4-08; AI 457.766-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 3-4-07, DJ de 11-5-07; RE 364.304-AgR, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-10-06, DJ de 6-11-06), situação que não se configura nestes autos.

Em julgamento recente o Supremo Tribunal Federal, com a relatoria do Ministro Gilmar Mendes entendeu que:

“Embargos de Declaração em Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade total, com efeitos *ex tunc*, dos atos normativos impugnados. 3. Resoluções da Câmara Legislativa do Distrito Federal que dispõem sobre reajuste de remuneração de seus servidores. 4. Princípio da reserva de lei. Jurisprudência pacífica do STF. 5. Alegada necessidade de concessão de efeitos *ex nunc* ao acórdão. Inconveniência. Desnecessidade. 6. Liminar concedida em 23.6.2006 com efeitos *ex tunc*. 7. Modulação de efeitos que cassaria os efeitos da decisão liminar. 8. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Acórdão que, ao confirmar a liminar, decidiu pela eficácia retroativa da decisão. 9. Embargos de Declaração rejeitados.

(...)

O Tribunal, por diversas vezes, discutiu a questão do cabimento dos embargos de declaração para a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade e consignou entendimento no sentido de que,“*inexistindo pleito de fixação de termo inicial diverso, não se pode alegar omissão relativamente ao acórdão por meio do qual se concluiu pelo conflito do ato normativo autônomo abstrato com a Carta da República, fulminando-o desde a divergência”. (*ADI-ED 2.728-0/AM, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. Em 19.10.2006).

No julgamento da ADI-ED 3.522-3/RS, também de relatoria do Min. Marco Aurélio (DJ 7.12.2006), a Corte chegou a admitir os embargos de declaração, mas apenas para prestar esclarecimentos, conferindo aos textos legais interpretação conforme à Constituição, como se pode depreender da leitura atenta do acórdão.

No entanto, no julgamento da ADI-ED 3.601, Rel. Min. Dias Toffoli (em 9.9.2010), o Tribunal acolheu os embargos de declaração para o fim de conferir efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade.

Caso se entenda que o fundamento para a limitação dos efeitos é de índole constitucional e que, presentes os requisitos para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos, não poderá o Tribunal fazê-lo com eficácia *ex tunc.* Afigura-se inevitável o acolhimento dos embargos de declaração nas hipóteses em que, de fato, se configura uma omissão do Tribunal na apreciação dessas circunstâncias.

Assim, nas hipóteses em que se reconheça que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos seria uma imposição da própria Constituição, não se atribuiria valor definitivo a eventual omissão por parte do Tribunal. Daí a possibilidade, em tese, de que se reconheça a omissão no âmbito dos embargos de declaração para o fim de explicitar a necessária limitação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

No entanto, entendo não ser este o caso presente.

Como se sabe, o princípio da nulidade continua a ser a regra. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista a análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante.

Assim, a não aplicação do princípio da nulidade das normas inconstitucionais há de se basear em fundamento constitucional próprio.

No caso em análise, não vislumbro razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que esta só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado.

A Corte já assentou que, configurada fraude processual com a revogação dos atos normativos impugnados na ação direta, o curso procedimental e o julgamento final da ação não ficam prejudicados, sendo este o caso dos autos.

Dar ao acórdão embargado efeitos *ex nunc* significaria cassar os efeitos da medida liminar, a qual, ressalte-se, foi concedida com efeitos *ex tunc* por este Tribunal. O acórdão restou assim ementado:

“1. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. 2. Resoluções da Câmara Legislativa do Distrito Federal que dispõem sobre reajuste da remuneração de seus servidores. 3. Violação dos arts. 37, X (princípio da reserva de lei); 51, IV; e 52, XIII, da Constituição Federal. 4. Superveniência de Lei Distrital que convalida as resoluções atacadas. 5. Fato que não caracteriza o prejuízo da presente ação. 6. Medida cautelar deferida, suspendendo-se, com eficácia ex tunc, os atos normativos impugnados.”

Assim, acolher os embargos de declaração significaria resolver automaticamente os efeitos de todas as resoluções inconstitucionais desde sua edição até a publicação da lei distrital revogadora, em 2009.

Haveria, então, a confirmação de atos normativos com efeitos diretos na alteração e no aumento da remuneração dos servidores da Câmara Legislativa do Distrito Federal entre 2003 e 2009.

Tal como já manifestado pelo Plenário no julgamento da medida liminar e na apreciação do mérito, a inconstitucionalidade dos atos normativos analisados é patente. Por conseguinte, não há como acolher o pedido da embargante, sob pena de, configurada fraude processual, se admitir a ineficácia das decisões da Corte durante todo o período entre a edição das resoluções inconstitucionais e a publicação da Lei Distrital 4.342/2009, ao arrepio da Carta da República.

Assim, não vislumbro motivos que justifiquem restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Ante o exposto, voto por rejeitar os presentes embargos de declaração. *(*ADI-ED 3.306/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. Em 12.03.2019).

No mesmo sentido, outros julgados do Supremo Tribunal Federal, dentre eles:

“Para a causa vertente, de se ter, contudo, inaplicável a técnica da modulação de efeitos, na exata medida em que não presentes a completude dos requisitos exigíveis.

A segurança jurídica se faz presente a impedir que se desconsiderem de modo, sublinhe-se, injustificado, situações jurídicas que viessem sendo consideradas cristralizadas, até o momento em que verificada alteração em sua compreensão de jurídica. Há que se tomar sempre a segurança jurídica, como valor constitucional que é, e por deferência à unidade da Constituição, passível de harmonização com outros dos valores constitucionais.

Ora, no Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, expressamente se assentou ter havido inaceitável ultrapassagem dos estritos limites apontados pelo inciso II do art. 96 da Constituição Federal, mácula a figurar a par com a desatenção ao inciso I do art. 22, igualmente do Texto Constitucional. Desse quadro, não é possível resultar, rigorosamente, hipótese sustentável de qualquer convalidação dos efeitos da lei do Estado do Rio Grande do Sul e assim desde a sua origem.

Cabe, pois, como necessária e incontinenti a correção do quadro sob patologia, ficando eventuais reflexos que daí decorram como providências de responsabilidade e a cargo do Embargante.

Não por razão diversa, como sublinhado no Parecer ministerial, a CORTE, a partir de Decisão da Eminente Ministra ROSA WEBER na Reclamação 15.245 (DJe de 26/2/2013), focalizando os efeitos firmados para a presente mesma Ação Direta de Inconstitucionalidade, asseverou, conforme é dado conhecer dos trechos em seguida expostos, que:

‘Funda-se a presente reclamação em alegado descumprimento de acórdão desta Corte com efeito vinculante.

( ... )

O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade nº 2.909/RS (Relator Ministro Ayres Britto, DJe 20.5.2010) para, nos termos do voto do Relator, declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 11.667, de 11 de setembro de 2001, do Estado do Rio Grande do Sul.

( ... )

‘Ressalto, por oportuno, que, na esteira do entendimento consagrado ao julgamento da Rcl. nº 2.576-4/SC (Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 20.8.2004), a decisão que julga procedente a ação direta de inconstitucionalidade produz efeitos desde a publicação da ata da respectiva sessão de julgamento, ainda que opostos embargos de declaração e estejam eles pendentes de exame. (g.n.)

Nesse contexto, cabível a reclamação fundada na necessidade de preservar a autoridade de decisão emanada desta Corte no exercício do controle concentrado quando, após a decisão meritória de procedência da ação direta, verificado pronunciamento judicial atribuindo eficácia a ato normativo cuja constitucionalidade fora afastada.

Ante o exposto, forte no art. 161, parágrafo único, do RISTF, julgo procedente a presente reclamação para cassar a decisão reclamada.

Publique-se.’

Não se pode, no caso presente, admitir a se sobrepor à correção promovida pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL o argumento da preservação da segurança jurídica ou de atenção a excepcional interesse social, pretensos fundamentos à modulação dos efeitos da Decisão. Assim considerado, CONHEÇO dos Embargos de Declaração e os REJEITO.

(Adi 2909 ED/RS, rel. Alexandre de Moraes, julgado em 09/02/18).

**Cumpre** salientar que **a Constituição Federal tem mais de trinta anos**, período **suficiente** para sua observância e eventual correção de disfunções, **configurando a modulação** - salvo no que diz respeito aos vencimentos, verbas irrepetíveis -, **banalização desse instituto**. Além do que, **o bom funcionamento** da Administração Pública **não é prejudicado pela ausência de cargos de assessoramento, chefia e direção**, que **não compromete a regular prestação de serviços por aqueles recrutados por concurso público.**

1. **Conclusão.**

Diante do exposto, opino pela procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade das expressões “Assessor de Gabinete de Vereador II”, “Assessor Técnico da Presidência”, “Assessor Funcional Auxiliar I” e “Assessor Funcional Auxiliar II”, constantes no art. 2º e nos Anexos I e II da Resolução nº 250, de 05 de agosto de 2014; das expressões “Procurador Chefe” e “Consultor Jurídico para Assuntos Legislativos e Administrativos”, também constantes nos Anexos I e II da Resolução nº 250, de 05 de agosto de 2014; da coluna “Ref.” do Anexo I, da coluna “Ref.” do Anexo III, da coluna “Ref” do Anexo VI, da coluna “FAIXA” do Anexo VII, do Anexo VIII e do Anexo IX da Resolução n. 245, de 08 de outubro de 2013, e da coluna “Ref.” do Anexo I da Resolução nº 250, de 05 de agosto de 2014; da expressão “Ouvidor”, constante nos Anexos III e IV da Resolução nº 245, de 08 de agosto de 2013, e nos Anexos I e II da Resolução nº 250, de 05 de agosto de 2014; e da expressão “empregos de provimento em comissão” constante no art. 46, caput, e no Anexo III da Resolução nº 245, de 08 de agosto de 2013, bem como no Anexo I da Resolução nº 250, de 05 de agosto de 2014, ambas da Câmara Municipal de Cruzeiro.

É o parecer.

São Paulo, 08 de maio de 2019.

**Wallace Paiva Martins Junior**

**Subprocurador-Geral de Justiça**

Jurídico

groj/mam