**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE
DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Protocolado nº 23.138/15

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 8º, 10, ALÍNEA “B”, E ANEXO II, TODOS DA LEI Nº 2.195, DE 26 DE SETEMBRO DE 2001; ART. 16, E ANEXO II, DA LEI Nº 3.429, DE 19 DE ABRIL DE 2011; ART. 1º DA LEI Nº 3.924, DE 24 DE JUNHO DE 2014, DO MUNICÍPIO DE NOVO HORIZONTE. LEIS QUE INSTITUÍRAM O CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE “ASSESSOR JURÍDICO” NA CÂMARA MUNICIPAL DE NOVO HORIZONTE, BEM COMO A SUJEIÇÃO DO AGENTE COMISSONADO AO REGIME DA CLT - CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. ARTS. 30, 98 A 100, 111, 115, I, II E V, 144 DA CE/89. 1. Cargo de provimento em comissão que não retrata atribuições de assessoramento, chefia e direção, senão funções técnicas, burocráticas e profissionais a ser preenchido por servidor público investido em cargo de provimento efetivo. Inexigibilidade de especial relação de confiança. Violação de dispositivos da Constituição Estadual (arts. 115, I, II e V, e 144). 2. Sujeição do cargo de provimento em comissão ao regime celetista, contrariando a exigência do regime

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

administrativo (art. 2º, *caput*, da Lei nº 1.616, de 01 de março de 1999). Violação dos princípios da razoabilidade e moralidade (arts. 111; 115, II e V, da Constituição Estadual). **3.** Cargo de provimento comissionado de “Assessor Jurídico”. As atividades de advocacia pública, inclusive a assessoria e a consultoria prestada ao Presidente da Câmara, são reservadas a profissionais também recrutados pelo sistema de mérito. (arts. 30, 98 a 100 da CE/89).

○ **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, inciso VI, da Lei Complementar Estadual nº 734 de 26 de novembro de 1993, e em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 129, inciso IV, da Constituição da República, e ainda no art. 74, inciso VI, e no art. 90, inciso III da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado (PGJ nº 23.138/15), vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face dos arts. 8º, 10, alínea “b”, e Anexo II, todos da Lei nº 2.195, de 26 de setembro de 2001; art. 16, e Anexo II, da Lei nº 3.429, de 19 de abril de 2011; e art. 1º da Lei nº 3.924, de 24 de junho de 2014, todas do Município de Novo Horizonte, por ofensa aos arts. 30, 98 a 100, 111, 115, I, II e V, e 144 da Constituição Estadual, ante os fundamentos que passa a expor.

1. DOS ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS.

A Lei nº 2.195, de 26 de setembro de 2001, do Município de Novo Horizonte, *Dispõe Sobre a Reorganização do Quadro de Pessoal da Secretaria da Câmara Municipal de Novo Horizonte.*

Dentre as disposições instituídas na lei examinada, são relevantes à presente exordial os temas a seguir esposados.

Segundo o art. 8º do referido diploma, são conferidas ao assessor jurídico da Câmara Municipal as seguintes atribuições, cargo este de provimento em comissão, segundo o Anexo II da lei em epígrafe:

“Art. 8º - Compete a Assessoria Jurídica:

- 01) Prestar assistência jurídica em geral à Câmara;
- 02) Executar as atividades judiciais e extrajudiciais que visem a defesa dos direitos e interesses da Câmara Municipal;
- 03) Colher informações sobre as Legislações Federal, Estadual ou Municipal, mantendo informado a Mesa da Câmara e proceder as alterações na legislação pertinente, através dos julgados nos tribunais;
- 04) Elaborar pareceres sobre consultas formuladas da Câmara Municipal, relativas a assuntos de natureza jurídico, administrativa e fiscal;
- 05) Promover elaboração de informações a serem prestadas ao Poder Judiciário, bem como elaborar

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

recursos e defesa perante o Tribunal de Contas;

- 06) Elaborar e providenciar o registro e/ou publicação, quando for o caso, dos contratos, termos, ajustes, escrituras e outros atos de natureza em que a Câmara for parte interessada;
- 07) Assessorar o legislativo quanto à solução de processos administrativos, dando pareceres e empregando medidas necessárias;
- 08) Patrocinar a defesa do legislativo nas ações trabalhistas contra ele interessadas;
- 09) Examinar projetos de leis, justificativas de vetos, decretos, regulamentos, contratos, e outros atos administrativos, sob o aspecto jurídico.

(...)

Anexo II

Empregos de Provimento em Comissão

Nº de Vagas	Denominação	Padrão
01	Assessor Jurídico	8-A”

Por sua vez, o art. 10 da mesma lei estabelece que o regramento atinente aos cargos de provimento em comissão no Parlamento local segue as disposições plasmadas na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Vejamos:

“Art. 10 – O Quadro de Pessoal da Secretaria da Câmara, subordinado ao regime jurídico da

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, fica constituído de:

(...)

b) empregos de provimento em comissão, de acordo com Anexo II.”

Por seu turno, a Lei nº 3.429, de 19 de abril de 2011, do Município de Novo Horizonte, promoveu significativa alteração na estrutura do quadro pessoal do Parlamento local, vez que esquadrinhou no art. 16 as atribuições do ocupante comissionado na “Assessoria Jurídica”, e alterou o Anexo II da Lei nº 2.195/01, incluindo dentre os cargos comissionados existentes na edilidade o de “Assessor Jurídico”, *in verbis*:

Art. 16 – Compete à Assessoria Jurídica, diretamente subordinada à Presidência da Câmara:

- 01) Prestar assistência jurídica em geral à Câmara;
- 02) Executar as atividades judiciais e extra-judiciais que visem a defesa dos direitos e interesses da Câmara Municipal;
- 03) Colher informações sobre as Legislações Federal, Estadual ou Municipal, mantendo informada a Mesa da Câmara e proceder às alterações na legislação pertinente, através dos julgados nos tribunais;
- 04) Elaborar pareceres sobre consultas formuladas da Câmara Municipal relativas a assuntos de natureza jurídica, administrativa e fiscal;
- 05) Promover a elaboração de informações a serem prestadas ao Poder Jurídico, bem como

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

elaborar recursos e defesa perante o Tribunal de Contas;

06) Elaborar e providenciar o registro e/ou publicação, quando for o caso, dos contratos, termos, ajustes, escrituras e outros atos de natureza em que a Câmara for parte interessada;

07) Assessorar o legislativo quanto à solução de processos administrativos, dando pareceres e empregando medidas necessárias;

08) Patrocinar a defesa do legislativo nas ações trabalhistas contra ele interessadas;

09) Examinar projetos de leis, justificativas de vetos, decretos, regulamentos, contratos e outros atos administrativos, sob o aspecto jurídico.

Anexo II

Empregos de Provimento em Comissão

Nº de Vagas	Denominação	Padrão
01	Assessor Jurídico	9-C"

Por fim, em 24 de junho de 2014 o Parlamento municipal editou a Lei nº 3.924, a qual foi responsável por acrescentar à Lei nº 2.195/01 o art. 16-A, que discrimina as atribuições do cargo em comissão de "Assessor Jurídico":

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

“Art. 1º - Ficam acrescentados os artigos 16-A e 17-A à Lei Municipal nº 3.429, de 19 de abril de 2011, que dispõe sobre a reestruturação administrativa, criação e consolidação do Quadro Pessoal da Secretaria da Câmara Municipal de Novo Horizonte previsto pela Lei nº 2.195, de 26.09.2001, alterada pelas Leis nº 2.343, de 24.07.03, nº 2.408, de 09.03.04, e nº 2.537, de 21.09.05.

Art. 16-A. São de competência do Assessor Jurídico as seguintes atribuições:

- 01) Chefiar a Assessoria Jurídica Parlamentar, provendo o suporte necessário ao presidente da Câmara Municipal no exercício de suas atividades de gestão superior, relacionadas ao planejamento, coordenação, supervisão e execução de tarefas relativas à análise de processos administrativos, legislativos e judiciais;
- 02) Prestar assessoria jurídica direta e imediata às Diretorias da Secretaria e Finanças no desempenho de suas funções, no que envolver a coordenação em nível de decisão superior;
- 03) Emitir pareceres técnicos, fundamentados em pesquisa, seleção e processamento de legislação, doutrina e jurisprudência, quando solicitado pela Presidência;

- 04) Exercer atividades jurídico-consultivas e de assessoria atinente as questões solicitadas pelos Vereadores, pela Mesa da Câmara Municipal, bem como em todas as proposições submetidas à Comissão de Constituição e Justiça, quando o assunto for pertinente a atividade legislativa e estiver dentro de seu campo próprio de atuação;
- 05) Executar outras atividades correlatas, voltadas para a coordenação da Assessoria Jurídica de apoio ao legislativo em nível de atuação superior.”

Em suma, esse é o quadro legislativo sobre o qual se funda a ação em comento, destinada a impugnar os atos normativos supramencionados, vez que não só criou função comissionada em flagrante ofensa aos arts. 30, 98 a 100, 111, 115, I, II e V, e 144 da Constituição Estadual, como também conferiu aos servidores regime incompatível ao seu mister e natureza constitucional, conforme será demonstrado no curso desta vestibular.

2. DA NATUREZA TÉCNICA OU BUROCRÁTICA DAS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELOS OCUPANTES DOS EMPREGOS COMISSIONADOS.

Da simples leitura das disposições acostadas, é visível que as atribuições relativas ao cargo de provimento em comissão de “Assessor Jurídico” revelam natureza meramente técnica, burocrática, operacional e profissional, sendo incompatíveis com a forma de provimento em

comissão, em razão dos seguintes argumentos.

Se analisados amiúde, o cargo em epígrafe revela funções ordinárias, que exigem tão somente de seu servidor o dever comum de lealdade às instituições públicas, necessárias a todo agente público, estando fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior exigidos pelo constituinte originário quando da edição de regra destinada aos cargos comissionados.

A incompatibilidade decorre da inadequação ao perfil e limites impostos pela Constituição quanto ao provimento de servidores públicos sem a observância de concurso.

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).

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 por meio de lei, respeitando necessariamente normas constitucionais federais e estaduais relativas ao regime jurídico do serviço público, sob pena de ofensa à ordem jurídica

vigente.

Destarte, no âmbito de todos os Poderes a regra deve ser o preenchimento dos postos via concurso público de provas ou de provas e títulos, pois assim se garante a acessibilidade geral preconizada no art. 37, I e II, da Constituição Federal, reproduzido integralmente no art. 115, I e II, da Constituição Bandeirante, sendo forma, por excelência, de preenchimento de cargos e empregos de natureza técnica ou burocrática.

Contudo, tal exigência de certame público não é absoluta. O próprio texto constitucional prevê a criação de cargos de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração, limitada, porém, aos casos em que seja exigível **especial relação de confiança entre o governante e o servidor**, a fim de que sejam desempenhadas funções inerentes à atividade predominantemente política.

Ou seja, há limites implícitos à sua criação, pois do contrário restaria aniquilado o mandamento constitucional do concurso para acesso ao serviço público.

A propósito, anota Hely Lopes Meirelles, amparado em precedente do E. Supremo Tribunal Federal, que “*a criação de cargo em comissão, em moldes artificiais e não condizentes com as praxes do nosso ordenamento jurídico e administrativo, só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso (STF, Pleno, Repr.1.282-4-SP)*” (*Direito administrativo brasileiro*, 33. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 440).

Nesse contexto, pode-se afirmar que a livre nomeação e exoneração restringe-se aos cargos ou empregos que, pela natureza das atividades desempenhadas, exijam excepcional relação de confiança e lealdade, isto é, verdadeiro **comprometimento político e fidelidade com relação às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos**, que vão bem além do dever comum de lealdade às instituições públicas, necessárias a todo e qualquer servidor.

Não por outro motivo, Diógenes Gasparini discorre no sentido de que *“os cargos em comissão são próprios para a direção, comando ou chefia de certos órgãos, onde se necessita de um agente que sobre ser de confiança da autoridade nomeante se disponha a seguir sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da Administração. Por essas razões percebe-se quão necessária é essa fragilidade do liame. A autoridade nomeante não pode se desfazer desse poder de dispor dos titulares de tais cargos, sob pena de não poder contornar dificuldades que surgem quando o nomeado deixa de gozar de sua confiança”* (cf. Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, p. 208).

Daí a afirmação de que *“é inconstitucional a lei que criar cargo em comissão para o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza puramente profissional, fora dos níveis de **direção, chefia e assessoramento superior**”* (cf. Adilson de Abreu Dallari, *Regime constitucional dos servidores públicos*, 2. ed., 2. tir., São Paulo, RT, 1992, p. 41, g.n.).

A jurisprudência proclama a inconstitucionalidade de leis que criam cargos de provimento em comissão que possuem atribuições técnicas, burocráticas ou profissionais, exigindo que elas demonstrem, de forma efetiva, a presença de funções concernentes a assessoramento, chefia ou direção (STF, ADI 3.706-MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, v.u., DJ 05-10-2007; STF, ADI 1.141-GO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, 29-08-2002, v.u., DJ 29-08-2003, p. 16; STF, AgR-ARE 680.288-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, 26-06-2012, v.u., DJe 14-08-2012; STF, AgR-AI 309.399-SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Informativo STF 663; STF, AgR-RE 693.714-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, 11-09-2012, v.u., DJe 25-09-2012; STF, ADI 4.125-TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, 10-06-2010, v.u., DJe 15-02-2011; TJSP, ADI 150.792-0/3-00, Órgão Especial, Rel. Des. Elliot Akel, v.u., 30-01-2008). Neste sentido:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS 6.600/1998 (ART. 1º, CAPUT E INCISOS I E II), 7.679/2004 E 7.696/2004 E LEI COMPLEMENTAR 57/2003 (ART. 5º), DO ESTADO DA PARAÍBA. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. I - Admissibilidade de aditamento do pedido na ação direta de inconstitucionalidade para declarar inconstitucional norma editada durante o curso da ação. Circunstância em que se constata a alteração da norma impugnada por outra apenas para alterar a denominação de cargos na administração judicial estadual; alteração legislativa que não torna prejudicado o pedido na ação direta. II - Ofende o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal norma que cria cargos em comissão cujas atribuições não se harmonizam com o princípio da livre

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

nomeação e exoneração, que informa a investidura em comissão. Necessidade de demonstração efetiva, pelo legislador estadual, da adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público. Precedentes. Ação julgada procedente” (STF, ADI 3.233-PB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 10-05-2007, v.u., DJe 13-09-2007, RTJ 202/553).

“Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito administrativo. 3. Criação de cargos em comissão por leis municipais. Declaração de inconstitucionalidade pelo TJRS por violação à disposição da Constituição estadual em simetria com a Constituição Federal. 3. É necessário que a legislação demonstre, de forma efetiva, que as atribuições dos cargos a serem criados se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração. Caráter de direção, chefia e assessoramento. Precedentes do STF. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF, AgR-ARE 656.666-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, 14-02-2012, v.u., DJe 05-03-2012).

Em síntese, os cargos de provimento em comissão são restritos às atribuições de assessoramento, chefia e direção em nível superior, nas quais esteja presente a necessária relação de confiança com os agentes políticos para o desempenho de tarefas de articulação, coordenação, supervisão e controle de diretrizes político-governamentais. Não se coaduna a criação de cargos dessa natureza – cuja qualificação é matéria da reserva legal absoluta – com atribuições ou funções

profissionais ordinárias, passíveis de desempenho por quaisquer agentes.

Pois bem.

No caso trazido a lume, da simples leitura das atribuições do cargo ora impugnado, é despicienda complexa atividade hermenêutica para se visualizar a natureza ordinária das funções desempenhadas pelo assessor jurídico, posto que suas atribuições não ultrapassam os limites funcionais conferidos a qualquer servidor de provimento efetivo.

Com efeito, observa-se que no cargo em comento as funções se restringem a atividades técnico-profissionais, desprovidas do elemento fiduciário requerido para sua consecução, não sendo legítima, portanto, o provimento comissionado para o desempenho dessas atribuições nos moldes como foram normatizadas.

Aliás, cumpre ressaltar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já teve a oportunidade de se manifestar sobre a criação irregular de cargos em comissão em situação semelhança a ora apreciada, conforme se observa da leitura dos julgados a seguir mencionados (ADI 111.387-0/0-00, j. em 11.05.2005, rel. des. Munhoz Soares; ADI 112.403-0/1-00, j. em 12 de janeiro de 2005, rel. des. Barbosa Pereira; ADI 150.792-0/3-00, julgada em 30 de janeiro de 2008, rel. des. Elliot Akel; ADI 153.384-0/3-00, rel. des. Armando Toledo, j. 16.07.2008, v.u.).

Na esteira desse raciocínio, portanto, é patente a inconstitucionalidade do cargo de “Assessor Jurídico” instituído pelos diplomas indicados alhures no Município de Novo Horizonte, por ofensa ao art. 115, II da CE/89.

3. DO REGIME CELETISTA A CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E MORALIDADE

Ao instituir cargos em comissão na Câmara Municipal de Novo Horizonte, o legislador local optou pela eleição do regime celetista para disciplinar as relações jurídicas entre a edilidade e servidores ocupantes de tais postos.

Ante o disposto no art. 10º, alínea “b”, da Lei nº 2.195, de 26 de setembro de 2001, é expressa a opção do Município pelo regime supramencionado aos servidores comissionados da Câmara. Vejamos:

“Art. 10 – O Quadro de Pessoal da Secretaria da Câmara, subordinado ao regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, fica constituído de:

(...)

b) empregos de provimento em comissão, de acordo com Anexo II.”

Não obstante a autonomia administrativa municipal para estruturar e disciplinar os cargos de servidores em seus limites territoriais, e aqui se incluem os atos normativos da Câmara voltadas à disciplina de sua estrutura administrativa (art. 144 da CE), cumpre pontuar que a sujeição dos ocupantes de cargos comissionados ao regime celetista não encontra respaldo constitucional, devendo ser afastada por este

E. Tribunal de Justiça, portanto, disposição legal nesse sentido, conforme se passa a expor.

O cargo comissionado é de livre instituição e, por natureza, de provimento instável e precário, porque se liga à concepção de execução de diretrizes políticas superiores lastreadas na relação de confiança.

É por essa razão que a Constituição Federal prevê liberdade no provimento e na exoneração (dispensando qualquer motivação, assim como a exigência constitucional de certame público) dos cargos desse jaez, pois, do contrário, restaria inócua sua existência, tendo em vista sua natural preleção a funções de execução cujo elemento fiduciário se faz imperioso.

Não por outro motivo, portanto, é que a inserção desses cargos no regime celetista é incompatível com a estrutura normativo-constitucional, porquanto este regime fornece, indiretamente, uma estabilidade impossível com a natureza do posto comissionado, na medida em que a disciplina celetista 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).

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

Na esteira desse raciocínio, confira-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“4. A nomeação para cargo em comissão, por se tratar de relação jurídica própria de direito público estabelecida entre a Administração e o comissionado, é regulada pelo regime estatutário, ou seja, essa relação não tem natureza contratual, mas institucional, de modo que não se lhe aplicam as disposições pertinentes ao emprego público, subordinado, basicamente, ao regime celetista” (STJ, REsp 621.647-DF, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, 21-03-2006, v.u., DJ 10-04-2006, p. 130).

Aliás, é remansosa a jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade de previsão desta natureza aos cargos comissionados editados na estrutura administrativa dos entes federativos.

A título de exemplo, estimou o Supremo Tribunal Federal ao examinar preceito da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul que assegurava “aos ocupantes de cargos de que trata este artigo será assegurado, quando exonerados, o direito a um vencimento integral por ano continuado na função, desde que não titulem outro cargo ou função pública” (art. 32, § 3º):

“4. Além dessa inconstitucionalidade formal, ocorre, também, no caso, a material, pois, impondo uma indenização em favor do exonerado, a norma estadual condiciona, ou ao menos restringe, a liberdade de exoneração, a que se refere o inc. II do art. 37 da C.F.” (STF, ADI 182-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney

Sanches, 05-11-1997, v.u., DJ 05-12-1997, p. 63.902).

Desse julgamento merece destaque o seguinte excerto:

“9. Se, por força da cláusula constitucional explícita, a exoneração do cargo em comissão é livre, não pode estar subordinada a nenhuma condição. A exigência do pagamento de indenização equivalente a um mês de vencimentos, por ano de exercício de cargo em comissão, restringe o poder discricionário da Administração de livremente nomear e exonerar o ocupante do cargo, por considerações ligadas aos encargos financeiros decorrentes, tudo de forma a inibir essas prerrogativas da Administração, emanadas da Constituição.

10. A indenização prevista nas normas impugnadas, dessa forma, é inconciliável com a regra contida na segunda parte do inciso II do art. 37 da Constituição Federal”.

Outro precedente da Suprema Corte é ainda mais expressivo ao instituir normas tendentes a obstar a livre nomeação e exoneração dos ocupantes de cargos em comissão:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA PAGA PELOS COFRES PÚBLICOS POR OCASIÃO DA EXONERAÇÃO OU DISPENSA DE QUEM, SEM OUTRO VÍNCULO COM O SERVIÇO PÚBLICO, SEJA OCUPANTE DE FUNÇÃO OU CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

EXONERAÇÃO, ART. 287 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. 1. A nomeação para os cargos em comissão é feita sob a cláusula expressa de livre exoneração. A disposição que prevê o pagamento pelos cofres públicos de indenização compensatória aos ocupantes de cargos em comissão, sem outro vínculo com o serviço público, por ocasião da exoneração ou dispensa, restringe a possibilidade de livre exoneração, tal como prevista no art. 37, II, combinado com o art. 25 da Constituição Federal. 2. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade e a consequente ineficácia do art. 287 da Constituição do Estado de São Paulo, desde a sua promulgação” (STF, ADI 326-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Paulo Brossard, 13-10-1994, m.v., DJ 19-09-1997, p. 45.526).

Nesse julgamento, assinalou o eminente Ministro Paulo Brossard que:

“Os titulares dos cargos ou das funções sujeitos à investidura por concurso público gozam de garantias previstas na Constituição: são garantias inerentes ao exercício do cargo, que não são concedidas às pessoas como privilégio, mas para garantir o exercício das funções dentro dos estritos limites da lei, a salvo de pressões e injunções de toda ordem; para estes o ordenamento jurídico entende que é necessária alguma garantia.

Ao contrário, os que ascendem a cargos não sujeitos à investidura por concurso, ficando à mercê da dispensa ou exoneração ad nutum, convivem a todo instante com o dever de fidelidade para com a execução da diretriz política que lhe foi confiada e com o caráter

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

transitório da sua presença na administração pública; para estes não é desejável nenhuma garantia além daquela que advém do correto e eficiente desempenho das tarefas que lhe foram confiadas, e que aceitaram delas desincumbir-se.

5. Concluo entendendo que a relevância da matéria está posta no interesse da Administração, e não do servidor, e que a manutenção da disposição impugnada é desaconselhada pelo art. 37, II, combinado com o art. 25 da Constituição Federal, porque se a nomeação é feita sob a cláusula expressa de livre exoneração, o dever de indenizar restringe essa liberdade”.

Além dos julgados supramencionados da lavra do Excelso Pretório, imperioso destacar que o mesmo entendimento encontra-se enraizado na jurisprudência desta Corte Estadual, conforme se observa a partir da leitura do v. acórdão ora reproduzido:

“Como já afirmado, os cargos em comissão ostentam em sua natureza o elemento fiduciário que vincula o profissional nomeado às diretrizes políticas traçadas pelo nomeante, sendo verdadeira exceção à regra do concurso público. Consequência desta mesma natureza é a inexistência de estabilidade aos seus ocupantes, cuja permanência no cargo está ligada à discricionariedade da autoridade nomeante, viável a exoneração sem maiores formalidades.

Evidente incompatibilidade na adoção do regime celetista geral para os cargos em comissão é sedimentada, via de regra, no âmbito deste C. Órgão Especial. Afinal, dentre outras garantias trabalhistas, mostram-se incongruentes o direito à

estabilidade, indenizações por dispensa imotivada, recolhimento de FGTS etc., às características próprias dos cargos comissionados, que pela eminente relação de confiança existente entre autoridade nomeante e servidor nomeado, ostenta nítida precariedade e estão sujeitos a exoneração *ad nutum*. (...)” (TJSP, ADIN 2124630-12.2014.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Francisco Casconi, 10-12-2014 v.u., DJ 11-12-2014).

Complementando esta digressão, a doutrina pondera que “o servidor que exercer cargo público em comissão poderá ser demitido *ad nutum*, não ficando sujeito às formas demissionárias dos servidores públicos efetivados” [Claudionor Duarte Neto. O Estatuto do Servidor Público (Lei nº 8.112/90) à luz da Constituição e da Jurisprudência, São Paulo: Atlas, 2007, p. 51], e, por isso, se na Administração Pública direta é admissível a sujeição dos servidores públicos *lato sensu* ao regime celetista como empregados públicos, a Lei nº 9.962/00, de âmbito federal, exclui dessa possibilidade os cargos de provimento em comissão (art. 1º, § 2º, b).

Sob outro prisma, é inegável o reconhecimento de franca violação aos princípios jurídicos da moralidade e da razoabilidade, previstos no art. 37 da Constituição Federal e no art. 111 da Constituição Estadual.

Enquanto a razoabilidade serve como parâmetro no controle da legitimidade substancial dos atos normativos, requerente de compatibilidade aos conceitos de racionalidade, justiça, bom senso, proporcionalidade etc., interditando discriminações injustificáveis e, por isso, desarrazoadas, a moralidade se presta à mensuração da conformidade do ato estatal com valores superiores (ética, boa

fé, finalidade, boa administração etc.), vedando atuação da Administração Pública pautada por móveis ou desideratos alheios ao interesse público (primário) – ou seja, censura o desvio de poder que também tem a potencialidade de incidência nos atos normativos.

Como os cargos comissionados constituem exceção à regra constitucional do acesso à função pública (*lato sensu*) mediante concurso público, possibilitando a investidura por critérios pessoais e subjetivos, sob o pálio da instabilidade e da transitoriedade do vínculo como elementos essenciais de sua duração, é desarrazoada e imoral a outorga de prerrogativas próprias do regime contratual a seus ocupantes.

Em suma, a sujeição de cargos comissionados ao regime celetista implica intolerável outorga de uma série de vantagens caracterizadoras de privilégio inadmissível à vista da natureza do cargo público cuja marca eloquente é a instabilidade do provimento ditada pela relação de confiança.

Dessa forma, é evidente a inconstitucionalidade do art. 10º, alínea “b”, da Lei nº 2.195, de 26 de setembro de 2001, do Município de Novo Horizonte, vez que subordina todos os empregos de provimento em comissão dos quadros da Câmara Municipal ao regime de contratação da CLT - Consolidação das Leis Trabalhistas, em oposição aos ditames insertos nos arts. 111 e 115, incisos II e V da Constituição Estadual.

Por fim, cabe registrar que entendimento diverso do aqui sustentado significaria, na prática, **negativa de vigência ao art. 115, incisos I, II e V, da Constituição Estadual, bem como ao art. 37 incisos I, II e V, da Constituição Federal, cuja aplicabilidade à**

hipótese decorre do art. 144 da Carta Estadual.

4. DA NATUREZA DAS ATIVIDADES DE ADVOCACIA PÚBLICA

Não obstante os argumentos esposados nos tópicos anteriores que atestam a inconstitucionalidade do cargo comissionado de “Assessor Jurídico” editado na estrutura administrativa da Câmara de Novo Horizonte (art. 8º e Anexo II da Lei nº 2.195/01; arts. 2º e 16, e Anexo II, todos da Lei nº 3.429/11; cumpre frisar que o art. 1º da Lei nº 3.924/14), a incompatibilidade material da norma impugnada com a Carta Bandeirante se revela em duplicidade, em razão dos seguintes fundamentos.

É sabido que a atividade de advocacia pública, inclusive a assessoria e a consultoria de corporações legislativas, e suas respectivas chefias, são reservadas a profissionais recrutados pelo sistema de mérito, *ex vi* do disposto nos arts. 30, 98 a 100 da Constituição Estadual, que se reportam ao modelo traçado no art. 132 da Constituição Federal ao tratar da advocacia pública estadual, e que deve ser observado pelos municípios por força do art. 144 da Carta Paulista.

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), o que é reverberado pela jurisprudência:

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR 11/91, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ART. 12, CAPUT, E §§ 1º E 2º; ART. 13 E INCISOS I A V) - ASSESSOR JURÍDICO - CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO - FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO - USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. - O desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. A Constituição da República, em seu art. 132, operou uma inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura no cargo que exercem depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos” (STF, ADI-MC 881-ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 02-08-1993, m.v., DJ 25-04-1997, p. 15.197).

TRANSFORMAÇÃO, EM CARGOS DE CONSULTOR JURÍDICO, DE CARGOS OU EMPREGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO, ASSESSOR JURÍDICO, PROCURADOR JURÍDICO E ASSISTENTE JUDICIÁRIO-CHEFE, BEM COMO DE OUTROS SERVIDORES ESTÁVEIS JÁ ADMITIDOS A REPRESENTAR O ESTADO EM JUÍZO (PAR 2. E 4. DO ART. 310 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ). INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA POR PRETERIÇÃO DA EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). LEGITIMIDADE ATIVA E PERTINÊNCIA OBJETIVA DE AÇÃO RECONHECIDAS POR

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

MAIORIA” (STF, ADI 159-PA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Octavio Gallotti, 16-10-1992, m.v., DJ 02-04-1993, p. 5.611).

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 500, DE 10 DE MARÇO DE 2009, DO ESTADO DE RONDÔNIA. ERRO MATERIAL NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO PARCIAL REJEITADA. MÉRITO. CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Conhece-se integralmente da ação direta de inconstitucionalidade se, da leitura do inteiro teor da petição inicial, se infere que o pedido contém manifesto erro material quanto à indicação da norma impugnada. 2. A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da Constituição Federal. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos. 3. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes. 4. Ação que se julga procedente” (STF, ADI 4.261-RO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, 02-08-2010, v.u., DJe 20-08-2010, RT 901/132).

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

“ATO NORMATIVO - INCONSTITUCIONALIDADE. A declaração de inconstitucionalidade de ato normativo pressupõe conflito evidente com dispositivo constitucional. PROJETO DE LEI - INICIATIVA - CONSTITUIÇÃO DO ESTADO - INSUBSISTÊNCIA. A regra do Diploma Maior quanto à iniciativa do chefe do Poder Executivo para projeto a respeito de certas matérias não suplanta o tratamento destas últimas pela vez primeira na Carta do próprio Estado. PROCURADOR-GERAL DO ESTADO - ESCOLHA ENTRE OS INTEGRANTES DA CARREIRA. Mostra-se harmônico com a Constituição Federal preceito da Carta estadual prevendo a escolha do Procurador-Geral do Estado entre os integrantes da carreira” (STF, ADI 2.581-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, 16-08-2007, m.v., DJe 15-08-2008), inclusive a assessoria e a consultoria de corporações legislativas, e suas respectivas chefias, são reservadas a profissionais também recrutados pelo sistema de mérito (arts. 98 a 100, CE/89).

Assim, a natureza técnica profissional do cargo de “**Assessor Jurídico**”, por força dos arts. 30, 98 a 100 da Constituição Estadual, não possibilita a sua instituição pela via do provimento comissionado, sendo, portanto, flagrante a inconstitucionalidade do cargo em comento nos moldes em que fora editado pela Edilidade, devendo este Colendo Órgão Especial reconhecer o vício apontando, afastando, por conseguinte, o art. 8º e Anexo II da Lei nº 2.195/01, os arts. 2º e 16, e Anexo II, todos da Lei nº 3.429/11, bem como o art. 1º da Lei nº 3.924/14, todas do Município de Novo Horizonte.

5. DO PEDIDO

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Diante de todo o exposto, aguarda-se o recebimento e processamento da presente ação declaratória, para que ao final seja ela julgada procedente em face dos arts. 8º, 10, alínea “b”, e Anexo II, todos da Lei nº 2.195, de 26 de setembro de 2001; art. 16, e Anexo II, da Lei nº 3.429, de 19 de abril de 2011; e art. 1º da Lei nº 3.924, de 24 de junho de 2014, do Município de Novo Horizonte, por ofensa aos arts. 30, 98 a 100, 111, 115, I, II e V, e 144 da Constituição Estadual.

Requer-se, ainda, sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Novo Horizonte, bem como posteriormente citado o Procurador-Geral do Estado para manifestar-se sobre o ato normativo impugnado.

Posteriormente, aguarda-se vista para fins de manifestação final.

São Paulo, 27 de maio de 2015.

Márcio Fernando Elias Rosa
Procurador-Geral de Justiça

Ifmm
bfs

Protocolado nº 23.138/15

Interessado: Promotoria de Justiça de Novo Horizonte

Objeto: representação para controle de constitucionalidade dos cargos comissionados de “Assessor Jurídico” e “Assessor de Comunicação” instituídos na Câmara Municipal de Novo Horizonte pelos arts. 8º, 10, alínea “b”, e Anexo II, todos da Lei nº 2.195, de 26 de setembro de 2001; art. 16, e Anexo II, da Lei nº 3.429, de 19 de abril de 2011; e art. 1º da Lei nº 3.924, de 24 de junho de 2014, todas do Município de Novo Horizonte.

1. Distribua-se a inicial da ação direta de inconstitucionalidade em face do arts. 8º, 10, alínea “b”, e Anexo II, todos da Lei nº 2.195, de 26 de setembro de 2001; art. 16, e Anexo II, da Lei nº 3.429, de 19 de abril de 2011; e art. 1º da Lei nº 3.924, de 24 de junho de 2014, todas do Município de Novo Horizonte, por ofensa aos arts. 30, 98 a 100, 111, 115, I, II e V, e 144 da Constituição Estadual.
2. Comunique o representante acerca da presente propositura, encaminhando cópia da inicial.

São Paulo, 27 de maio de 2015.

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Márcio Fernando Elias Rosa
Procurador-Geral de Justiça

Ifmm
bfs