



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

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

Protocolado nº 176.246/16

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISO III, DO ART. 4º, DO Nº 07 DO ART. 5º E DA EXPRESSÃO “ASSESSOR JURÍDICO” DO ANEXO I, TODOS DA LEI Nº 1.643, DE 02 DE MAIO DE 2005, DO MUNICÍPIO DE AVANHANDAVA. CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO NA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DA CÂMARA MUNICIPAL DE AVANHANDAVA. CARGO DE ASSESSOR JURÍDICO. RESERVA LEGAL. SUJEIÇÃO DOS AGENTES COMISSIONADOS AO REGIME DA CLT - CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, RECLAMANDO-SE UMA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 2º, BUSCANDO AFASTAR QUALQUER INTERPRETAÇÃO NO SENTIDO DE APLICAR TAL REGIME AOS SERVIDORES COMISSIONADOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO “ASSESSOR JURÍDICO”, CONSTANTE DO ANEXO I DO ATO DA MESA Nº 001, DE 24 DE JUNHO DE 2016, DA CÂMARA MUNICIPAL DE AVANHANDAVA, POR ARRASTAMENTO.

- 1. Ação direta de inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade em face de cargo de provimento em comissão de “Assessor Jurídico”, previsto na Lei nº 1.643, de 02 de maio de 2005, do Município de Avanhandava.**
- 2. As atividades de advocacia pública e suas respectivas chefias são reservadas a profissionais também recrutados pelo sistema de mérito. Violação de dispositivos da Constituição Estadual (arts. 98 a 100 da Constituição Estadual).**



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

3. Cargo de provimento em comissão sem descrição das respectivas atribuições. O núcleo das competências, dos poderes, dos deveres e dos direitos deve estar descrito na lei. No caso, as atribuições do cargo de Assessor Jurídico estão previstas no Anexo I do Ato da Mesa 001, de 24 de junho de 2016, da Câmara Municipal de Avanhandava. Violação do princípio da reserva legal (art. 111 e 115, I, II e V, CE/89).

4. A aplicação do regime celetista (CLT) aos servidores comissionados viola os princípios da razoabilidade e moralidade (arts. 111; 115, II e V, da Constituição Estadual). A fim de preservar o art. 2º da lei em comento, requer-se sua interpretação conforme a Constituição, declarando a inconstitucionalidade de toda exegese autorizando a aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) aos servidores de cargo de provimento em comissão.

5. Inconstitucionalidade por arrastamento da expressão "Assessor Jurídico", constante do Anexo I do Ato da Mesa nº 001, de 24 de junho de 2016, da Câmara Municipal de Avanhandava.

○ **Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, inciso VI, da Lei Complementar Estadual n. 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, vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face do inciso III, do art. 4º, do nº 07 do



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

art. 5º e da expressão “Assessor Jurídico” do Anexo I, e em relação ao regime celetista imposto aos servidores da Câmara Municipal de Avanhandava, previsto no art. 2º, todos da Lei nº 1.643, de 02 de maio de 2005, do Município de Avanhandava, e, por arrastamento, da expressão “Assessor Jurídico”, constante do Anexo I do Ato da Mesa nº 001, de 24 de junho de 2016, da Câmara Municipal de Avanhandava, pelos fundamentos expostos a seguir.

1. DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO

O procedimento que instrui esta petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade e, a cujas folhas esta petição se reportará, foi instaurado a partir de representação elaborada pela Promotoria de Justiça de Penápolis, postulando o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade em face da expressão “Assessor Jurídico”, inserta no art. 4º, III, art. 5º e no Anexo I, todos da Lei nº 1.643, de 02 de maio de 2005, do Município de Avanhandava, que prevê o cargo em comissão de Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Avanhandava.

A Lei nº 1.643, de 02 de maio de 2005, do Município de Avanhandava, “dispõe sobre regulamentação do Quadro de Pessoal da Câmara Municipal de Avanhandava e dá outras providências”.

O diploma legal impugnado estabelece que:

“(…)

Capítulo I

Das Disposições Preliminares

(…)

Art. 2º - O Regime Jurídico dos servidores da Câmara Municipal de Avanhandava é o regime da



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Consolidação das Leis do Trabalho, nos termos da legislação municipal vigente.

Seção I

Da Estrutura Administrativa

Art. 4º - A estrutura administrativa da Câmara Municipal de Avanhadava, será composta de:

I – Diretoria Administrativa

- a) Secretaria Geral
- b) Arquivo
- c) Protocolo
- d) Informática
- e) Portaria e Manutenção Geral

II – Assessoria Contábil / Financeira

- a) Contabilidade
- b) Patrimônio
- c) Pessoal
- d) Financeiro
- e) Compras / Almoxarifado

III – Assessor Jurídico

Seção II

Do Quadro de Pessoal

DOS CARGOS PÚBLICOS

Art. 5º - O Quadro de Pessoal da Câmara Municipal de Avanhadava, para atendimento da Estrutura Administrativa prevista no artigo 4º desta Lei é composta de:

01 – Diretor Administrativo;

02 – Contador;



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

03 – Secretário Legislativo;

04 – Auxiliar de Serviços Gerais e Legislativo;

05 – Vigia;

06 – Assessor da Presidência;

07 – Assessor Jurídico.

(...)”

“ANEXO I

QUADRO GERAL DE SERVIDORES

REGIME CELETISTA-EMPREGO PERMANENTE E

COMISSIONADO

Quantidade	Cargo	Ref	Ocupados	Vago	Carga/Hor.	Tipo*
01	Vigia	1	01	0	40 hs/s	Perman.
01	Auxiliar Serviços Gerais e Legislativo	2	01	0	40 hs/s	Perman.
01	Secretário Legislativo	6	01	0	40 hs/s	Perman.
01	Assessor da Presidência	7	0	1	-	Comission.
01	Contador	8	01	0	40 hs/s	Perman.
01	Assessor Jurídico	9	01	0	-	Comission.
01	Diretor Administrativo	10	01	0	40 hs/s	Perman.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

* Perman. = Emprego Permanente

* Comission. – Emprego Comissionado

O Ato da Mesa nº 001, de 24 de junho de 2016, por sua vez, *“dispõe sobre as atribuições inerentes a cada um dos empregos do quadro funcional da Câmara Municipal de Avanhandava, e dá outras providências.”*

No que é pertinente, assim prevê:

“Art. 1º - As atribuições inerentes a cada um dos empregos do quadro funcional da Câmara Municipal de Avanhandava são constantes dos Anexos I a VII, que fazem parte integrante deste Ato da Mesa.

(...)”

“ANEXO I

ATRIBUIÇÕES DE CADA EMPREGO

ASSESSOR JURÍDICO

COMPETE-LHE:

- estudar e examinar documentos jurídicos ou que requeiram análise jurídica, de interesse da Câmara, sugerindo ou adotando as providências cabíveis;
- emitir parecer, verbal ou escrito, conforme o caso, sobre matérias de interesse da Câmara, que lhe forem submetidas a sua análise, principalmente em processos licitatórios, contratos, distratos, convênios ou similares;



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

- auxiliar o presidente da Câmara na interpretação e aplicação do Regimento Interno, da Lei Orgânica Municipal ou de qualquer outra norma;
- assistir as Comissões da Câmara em questões jurídicas ou ilegais, inclusive as sindicantes ou administrativas, desde que, neste caso, não seja investigado ou acusado;
- elaborar emendas, projetos de leis, de resoluções, de decretos legislativos ou qualquer outra proposição, bem como portarias ou atos da Mesa, quando envolvam maior complexidade;
- representar a Câmara, sua Mesa ou seu Presidente em juízo, acompanhando, até final decisão, os processos nos quais deva atuar, em cujos feitos deverá formular as petições ou incidentes cabíveis, apresentar recursos e contra-arrazoar os interpostos;
- elaborar e assinar juntamente com o Presidente ou membros da Mesa da Câmara, ou com membros de Comissão, conforme o caso, informações a serem prestadas em ação de mandado de segurança;
- formular defesas ou recursos administrativos, assinando-os juntamente com o Presidente da Câmara;
- prestar todas as informações ao Presidente da Câmara sobre o andamento de processos ou procedimentos do interesse dela;



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

- manter contatos com órgãos de consultoria técnica especializada ou com o Tribunal de Contas, sempre que necessário, para resolver dúvidas ou impasses na área técnico-jurídica;
- participar das sessões ordinárias, extraordinárias e solenes, promovidas pela Câmara;
- sugerir medidas para a correção de procedimentos da secretaria administrativa, que estejam em desconformidade com a legislação vigente;
- auxiliar os seus colegas de trabalho no que for solicitado sempre que isso não prejudique o seu próprio e esteja ao seu alcance;
- executar outras tarefas compatíveis com as atribuições de seu emprego.

(...)"

É notadamente inconstitucional a criação do cargo de "Assessor Jurídico", inserta no art. 4º, III, art. 5º, nº 07 e no Anexo I, todos da Lei nº 1.643, de 02 de maio de 2005, do Município de Avanhandava, cujas atribuições não foram previstas em lei, mas, sim em **Ato da Mesa nº001, de 24 de junho de 2016, da Câmara Municipal de Avanhandava.**

Isso porque a reserva legal exige lei em sentido formal para disciplina das atribuições de cargo e/ou emprego público, não sendo suficiente a descrição das atividades por meio de Ato da Mesa da Câmara, que se trata de ato normativo subalterno da Mesa da Câmara, cujo valor equivale ao decreto, e não substitui a lei em sentido formal.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Além disso, a criação do cargo de “Assessor Jurídico” da Câmara Municipal de Avanhadava viola a Constituição Estadual, tendo em vista que de acordo com os arts. 30, 98 a 100 da Constituição Estadual, as atividades de advocacia pública, e suas respectivas chefias, são reservadas a profissionais investidos mediante aprovação em concurso público.

2. O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

Os dispositivos acima transcritos do ato normativo impugnado contrariam frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal.

Os preceitos da Constituição Federal e da Constituição do Estado são aplicáveis aos Municípios por força do art. 29 daquela e do art. 144 desta.

As normas contestadas são incompatíveis com os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

“(…)

Artigo 30 - À Procuradoria da Assembléia Legislativa compete exercer a representação judicial, a consultoria e o assessoramento técnico-jurídico do Poder Legislativo.

Parágrafo único - Lei de iniciativa da Mesa da Assembléia Legislativa organizará a Procuradoria da Assembléia Legislativa, observados os princípios e regras pertinentes da Constituição Federal e desta



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Constituição, disciplinará sua competência e disporá sobre o ingresso na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos.

(...)

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

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

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

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

(...)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Art. 99 - São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado:

I - representar judicial e extrajudicialmente o Estado e suas autarquias, inclusive as de regime especial, exceto as universidades públicas estaduais;

II - exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo e das entidades autárquicas a que se refere o inciso anterior;

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

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

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



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

(...)

Artigo 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 comissões, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração;

(...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

(...)

Artigo 144 - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

(...)”



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

É inconstitucional a criação de cargos de provimento em comissão, cujas atribuições não revelam plexos de assessoramento, chefia e direção, e sim funções técnicas e profissionais.

Ademais, a expressão “Assessor Jurídico”, inserta no art. 4º, III, art. 5º, nº 07 e no Anexo I, todos da Lei nº 1.643, de 02 de maio de 2005, do Município de Avanhandava, viola os arts. 98 a 100 da Constituição Estadual, porque as atividades de advocacia pública, e suas respectivas chefias, são reservadas a profissionais investidos mediante aprovação em concurso público.

De antemão, cumpre registrar que entendimento diverso do aqui sustentado significaria, na prática, negativa de vigência aos 98, 99, 100, 111, 115, II e V e 144 da Constituição Estadual, bem como aos arts. 37, incisos II e V, da Constituição Federal – como será adiante corroborado - cuja aplicabilidade à hipótese decorre do art. 144 da Carta Estadual.

3. INCONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO DO CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ASSESSOR JURÍDICO DA CÂMARA MUNICIPAL DE AVANHANDAVA (ART. 4º, III, ART. 5º, nº 07 E ANEXO I, TODOS DA LEI Nº 1.643, DE 02 DE MAIO DE 2005, DO MUNICÍPIO DE AVANHANDAVA)

É inconstitucional a criação de cargos ou empregos de provimento em comissão cujas atribuições são de natureza burocrática, ordinária, técnica, operacional e profissional, que não revelam plexos de assessoramento, chefia e direção, e que devem ser desempenhadas por servidores investidos em cargos de provimento efetivo mediante aprovação em concurso público.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

A criação de cargos de provimento em comissão não pode ser desarrazoada, artificial, abusiva ou desproporcional, devendo, nos termos do art. 37, II e V, da Constituição Federal de 1988, e do art. 115, II e V, da Constituição Estadual, ater-se às atribuições de assessoramento, chefia e direção para as quais se empenhe relação de confiança, sendo vedada para o exercício de funções técnicas ou profissionais às quais é reservado o provimento efetivo precedido de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, como apanágio da moralidade, da impessoalidade e da eficiência.

Não é lícito à lei declarar a liberdade de provimento de qualquer cargo ou emprego público, somente àqueles que requeiram relação de confiança nas atribuições de natureza política de assessoramento, chefia e direção, e não nos meramente burocráticos, definitivos, operacionais, técnicos, de natureza profissional e permanente.

Portanto, têm a ver com essas atribuições de natureza especial (assessoramento, chefia e direção em nível superior), para as quais se exige relação de confiança, pouco importando a denominação e a forma de provimento atribuídas, pois, *verba non mutant substantiam rei*. Necessária é a análise de sua natureza excepcional, a qual não se satisfaz com a mera declaração do legislador. O essencial é análise do plexo de atribuições das funções públicas.

É dizer: os cargos de provimento em comissão devem ser restritos às atribuições de assessoramento, chefia e direção em nível superior, nas quais esteja presente a necessidade de relação de confiança com os agentes políticos para o desempenho de tarefas de articulação, coordenação, supervisão e controle de diretrizes político-governamentais. Não coaduna a criação de cargos desse jaez – cuja qualificação é matéria



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

da reserva legal absoluta – com atribuições ou funções profissionais, operacionais, burocráticas, técnicas, administrativas, rotineiras.

A jurisprudência proclama a inconstitucionalidade de leis que criam cargos de provimento em comissão que possuem atribuições técnicas, burocráticas ou profissionais, ao exigir que elas demonstrem, de forma efetiva, que eles tenham funções de 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; STF, ADI 3.233-PB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 10-05-2007, v.u., DJe 13-09-2007, RTJ 202/553; STF, AgR-ARE 656.666-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, 14-02-2012, v.u., DJe 05-03-2012).

É incompatível com o art. 98 da Constituição Estadual a forma de provimento em comissão livre destinada ao cargo de Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Avanhadava na lei local impugnada.

Pois, não bastassem as ponderações anteriores, atividades inerentes à advocacia pública como assessoramento, consultoria e representação jurídica dos órgãos e entidades da Administração Pública centralizada ou descentralizada, são exclusivamente reservadas a profissionais investidos em cargos de provimento efetivo da respectiva carreira mediante aprovação prévia em concurso público, como revela a remissão ao art.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

132 da Constituição Federal contida no § 1º do art. 98 da Constituição Estadual. Ceda jurisprudência assim pronuncia:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTS. 35 E 36 E ANEXO III DA LEI 1.751/91 E ART. 3º DA LEI 1.982/95, AMBAS DO MUNICÍPIO DE ELIAS FAUSTO – INADMISSIBILIDADE DE PREVISÃO DE EMPREGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO SEM DESCRIÇÃO DAS RESPECTIVAS ATRIBUIÇÕES – CARGO DE “CONSULTOR JURÍDICO” QUE DEVE SER PROVIDO NA FORMA DE SISTEMA DE MÉRITO, POR SE TRATAR DE ADVOCACIA PÚBLICA – PREVISÃO DE GRATIFICAÇÃO DE ATÉ 100% DE ACRÉSCIMO SALARIAL QUE CONFIGURA AUMENTO INDIRETO E DISSIMULADO DE REMUNERAÇÃO – VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, 98, 99, 100, 115, 128 E 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE PELO MÉRITO COM MODULAÇÃO DE EFEITOS”. (TJSP, II nº 2145442-41.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. João Negrini Filho, julgado em 27 de janeiro de 2016, v.u)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Arts. 1º, §1º, II e III, e 8º, da Lei nº 1.585/2009, e art. 1º, parágrafo único, II, da Lei nº 1.568/2009, todas do município de Salesópolis – Criação dos cargos de “Diretor Técnico Jurídico do Departamento de Contenciosos Judiciais e Execução Fiscal” e “Diretor Técnico Jurídico do departamento de Assuntos Administrativos, Licitações, Contratos e Convênios” e



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

“Advogado” – Descrição que caracteriza atividade exclusiva funcional dos integrantes da Advocacia Pública, cuja investidura no cargo depende de prévia aprovação em concurso público – Violação dos artigos 98 a 100, da Constituição Paulista – Ação procedente, modulados os efeitos desta decisão para terem início em cento e vinte dias contados a partir deste julgamento”. (TJSP, ADI nº 2163849-95.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Luiz Antonio de Godoy, julgado em 09 de dezembro de 2015, v.u)

“Ação direta de inconstitucionalidade. Cargo de Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Novo Horizonte. Cargo em comissão. Hipótese de que não configura função de chefia, assessoramento e direção. Função técnica. Atividade de advocacia pública. Inobservância aos arts. 98 a 100, 111, 115, incisos I, II e V, e 144, todos da Constituição Estadual. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Órgão Especial do Tribunal de Justiça. Ação procedente.” (TJSP, ADI nº 2114733-23.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Márcio Bartoli, julgado em 9 de dezembro de 2015, v.u)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Questionamento do artigo 11 da Lei nº 10, de 26 de março de 2014, do município de Palestina, na parte em que criou o cargo de provimento em comissão de “Assessor Jurídico”. Alegação de inconstitucionalidade. Reconhecimento. Cargo que – a



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

par de não corresponder a funções de direção, chefia e assessoramento superior – tem as mesmas atribuições da Advocacia Pública e, pela ausência de situação de emergência e excepcionalidade, deve ser reservado a profissional recrutado por sistema de mérito e aprovação em certame público, nos termos do art. 98 a 100, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente.” (TJSP, ADI nº 2155538-52.2014.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Ferreira Rodrigues, julgado em 13 de maio de 2015, v.u)

Assim, não bastassem serem de natureza técnica e profissional as atribuições do cargo de Assessor Jurídico, por força dos art. 98 a 100 da Constituição Estadual, não há possibilidade de ser cargo de provimento em comissão.

4. DA AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO EM LEI DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ASSESSOR JURÍDICO PREVISTO NA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DA CÂMARA MUNICIPAL DE AVANHANDAVA

Cumprе esclarecer que é inconstitucional a criação de cargos de provimento em comissão cujas atribuições sejam de natureza burocrática, ordinária, técnica, operacional e profissional, que não revelam plexos de assessoramento, chefia e direção, e que devem ser desempenhadas por servidores investidos em cargos de provimento efetivo mediante aprovação em concurso público.

A criação de cargos de provimento em comissão não pode ser desarrazoada, artificial, abusiva ou desproporcional, devendo, nos termos



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

do art. 37, II e V, da Constituição Federal de 1988, e do art. 115, I, II e V, da Constituição Estadual, ater-se às atribuições de assessoramento, chefia e direção para as quais se empenhe relação de confiança, sendo vedada para o exercício de funções técnicas ou profissionais, às quais é reservado o provimento efetivo precedido de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, como apanágio da moralidade, da impessoalidade e da eficiência.

Não é lícito à lei declarar a liberdade de provimento de qualquer cargo público, mas somente daqueles que demandem relação de confiança, devido ao exercício de atribuições de natureza política de assessoramento, chefia e direção.

É dizer: os cargos de provimento em comissão devem ser restritos às atribuições de assessoramento, chefia e direção em nível superior, nas quais esteja presente a necessidade de 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 com a criação de cargos desse jaez – cuja qualificação é matéria da reserva legal absoluta – atribuições profissionais, operacionais, burocráticas, técnicas, administrativas, rotineiras.

Destarte, é absolutamente imprescindível que a lei descreva as efetivas atribuições dos cargos de provimento em comissão, para se aquilatar se realmente se amoldam às funções de assessoramento, chefia e direção.

Ademais, referida exigência se amolda ao próprio princípio da legalidade, o qual se desdobra na reserva legal, a exigir lei em sentido formal para criação e disciplina de cargos públicos, como adverte a doutrina, *verbis*:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

“(...) somente a lei pode criar esse conjunto inter-relacionado de competências, direitos e deveres que é o cargo público. Essa é a regra geral consagrada no art. 48, X, da Constituição, que comporta uma ressalva à hipótese do art. 84, VI, b. Esse dispositivo permite ao Chefe do Executivo promover a extinção de cargo público, por meio de ato administrativo. A criação e a disciplina do cargo público faz-se necessariamente por lei no sentido de que a lei deverá contemplar a disciplina essencial e indispensável. Isso significa estabelecer o núcleo das competências, dos poderes, dos deveres, dos direitos, do modo da investidura e das condições do exercício das atividades. Portanto, não basta uma lei estabelecer, de modo simplista, que ‘fica criado o cargo de servidor público’. Exige-se que a lei promova a discriminação das competências e a inserção dessa posição jurídica no âmbito da organização administrativa, determinando as regras que dão identidade e diferenciam a referida posição jurídica” (Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 581).

Com efeito, o princípio da legalidade impõe lei em sentido formal para criação e disciplina de cargo público, compreendido este como o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um servidor, criado por lei, em número certo, com denominação própria, sujeito à remuneração e à subordinação hierárquica, para o exercício de uma função pública específica (cf. MEDAUAR, Odete. “Direito Administrativo Moderno”. 16^a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012- p. 298).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Desse modo, ponto elementar relacionado à criação de cargos públicos é a exigência de que lei específica – no sentido de reserva legal ou de lei em sentido formal, como ato normativo produzido pelo Poder Legislativo, mediante o competente e respectivo processo - descreva as correlatas atribuições.

Somente a partir da descrição precisa das atribuições do cargo público será possível, a bem do funcionamento administrativo e dos direitos dos administrativos, averiguar-se a completa licitude do exercício das funções públicas pelo agente público.

Trata-se de exigência relativa à competência do agente público para a prática de atos em nome da Administração Pública e, em especial, daqueles que tangenciam os direitos dos administrados, e que, ainda, permite a aferição da legitimidade da forma de investidura no cargo público - a qual deve ser guiada pela legalidade, moralidade, impessoalidade e razoabilidade.

Destaque-se que o **Ato da Mesa da Câmara não se reveste das formalidades necessárias e não se equipara a Resolução, na forma do art. 59 da Constituição Federal e do art. 21 da Constituição Estadual,** não se mostrando suficiente para o atendimento da reserva legal.

A reserva legal exige lei em sentido formal para disciplina das atribuições de cargo e/ou emprego público, não sendo suficiente a descrição das atividades por meio de **Ato da Mesa da Câmara**, que se trata de ato normativo subalterno da Mesa da Câmara, cujo valor equivale ao decreto, e não substitui a lei em sentido formal.

Neste sentido, em caso análogo a este, pronunciou esse E. Tribunal de Justiça:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
LEI COMPLEMENTAR N. 789, DE 28 DE 28 DE
DEZEMBRO DE 2012 E ATO N. 04/2014 DA MESA
DA CÂMARA DO MUNICÍPIO DE SANTOS. CRIAÇÃO
DE CARGOS EM COMISSÃO, DE LIVRE
PROVIMENTO, SEM CARACTERÍSTICAS DE
ASSESSORAMENTO, CHEFIA E DIREÇÃO. AFRONTA
AO ART. 115, I, II E V DA CARTA BANDEIRANTE.
DESCRIÇÃO DOS CARGOS DELEGADA A ATO DA
MESA. INADMISSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE LEI EM
SENTIDO FORMAL PARA A DEFINIÇÃO DOS
CARGOS EM COMISSÃO. VIOLAÇÃO DA RESERVA
LEGAL. PRECEDENTES. AÇÃO PROCEDENTE, COM
MODULAÇÃO” (ADI nº 2111917-
34.2016.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. 21
de setembro de 2016).

Desta forma, é de rigor a declaração de inconstitucionalidade em face do inciso III, do art. 4º, do nº 07 do art. 5º e da expressão “Assessor Jurídico” do Anexo I, todos da Lei nº 1.643, de 02 de maio de 2005, do Município de Avanhandava, ante a ausência da descrição das atribuições do cargo de provimento comissionado em lei em sentido formal, cuja omissão não pode ser suprida pelo Ato da Mesa nº 001, de 24 de junho de 2016.

Por fim, não se pode olvidar a relação de dependência da lei municipal impugnada com o Ato da Mesa nº 001, de 24 de junho de 2016, que *“dispõe sobre as atribuições inerentes a cada um dos empregos do quadro funcional da Câmara Municipal de Avanhandava, e dá outras providências”*.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Nesse contexto, torna-se necessário que se reconheça sua inconstitucionalidade por arrastamento ou atração.

A declaração de inconstitucionalidade por arrastamento é possível sempre que: a) o reconhecimento da inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal torna despidos de eficácia e utilidade outros preceitos do mesmo diploma, ainda que não tenham sido impugnados; b) nos casos em que o efeito repristinatório restabelece dispositivos já revogados pela lei viciada que ostentem o mesmo vício; c) quando há na lei dispositivos que não foram impugnados, mas guardam direta relação com aqueles cuja inconstitucionalidade é reconhecida.

Portanto, é necessária a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento da expressão “Assessor Jurídico” constante do Anexo I do Ato da Mesa nº 001, de 24 de junho de 2016, da Câmara Municipal de Avanhandava.

5. DA PREVISÃO DO REGIME CELETISTA (CLT) AOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO, EM OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E MORALIDADE, RECLAMANDO-SE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DO ART. 2º DA LEI Nº 1.643, DE 02 DE MAIO DE 2005, DO MUNICÍPIO DE AVANHANDAVA, VISANDO AFASTAR A APLICAÇÃO DO REGIME CELETISTA (CLT) AOS SERVIDORES COMISSIONADOS DA CÂMARA MUNICIPAL DE AVANHANDAVA

Ao instituir cargos em comissão na estrutura da Câmara Municipal de Avanhandava, o legislador municipal optou pela eleição do regime celetista para disciplinar as relações jurídicas entre o ente e os servidores ocupantes de tais postos.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Ante o disposto no art. 2º Lei nº 1.643, de 02 de maio de 2005, do Município de Avanhandava, é expressa a opção do Estado pelo regime celetista (CLT) aos servidores comissionados da Câmara Municipal de Avanhandava. Vejamos:

“Art. 2º - O Regime Jurídico dos servidores da Câmara Municipal de Avanhandava é o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, nos termos da legislação municipal vigente.”

Não obstante a autonomia administrativa municipal para estruturar e disciplinar os cargos de servidores em seus limites territoriais, 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



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

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):



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

“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:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

“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 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



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

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 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:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

“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



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

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 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.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Dessa forma, é evidente a inconstitucionalidade da aplicação do art. 2º Lei nº 1.643, de 02 de maio de 2005, do Município de Avanhandava, aos servidores comissionados da Câmara Municipal de Avanhandava, vez que subordina todos os empregos de provimento em comissão dos quadros da Câmara Municipal de Avanhandava 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.

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.**

Por fim, oportuno invocar no caso em exame a utilização da técnica de declaração da inconstitucionalidade sem redução de texto e interpretação conforme, prevista no art. 28 parágrafo único da Lei nº 9.868/99, pois isso permitirá a preservação do ato normativo, e a exclusão de interpretação que se mostre inconstitucional.

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*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

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. Min. 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.

Nesse E. Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 150.402.0/5-00, rel. des. Boris Kaufmann, j. 19.12.2007, v.u., foi acolhida a manifestação desta Procuradoria-Geral de Justiça, e aplicada a técnica alternativa de decisão, conforme ementa a seguir transcrita:

“Processual civil. Incidente de inconstitucionalidade.
Possibilidade de reconhecimento da



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

inconstitucionalidade sem redução do texto, dando-lhe interpretação conforme a Constituição Federal.

Constitucional. Inconstitucionalidade da interpretação da expressão "integralidade da dívida pendente" do § 2º do art. 3º do DL 911/64, significando a integralidade da dívida. Interpretação que afasta a garantia do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV) e a defesa do consumidor (CF, art. 5º, XXXII). Interpretação conforme que se restringe às prestações vencidas e seus acréscimos.

A exigência de pagamento da integralidade da dívida pendente, para purgação da mora na ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente (DL 911/64, art. 3º, § 2º) deve ser interpretada como sendo a totalidade das prestações vencidas do financiamento quando, sob pena de violação da garantia da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV) e da defesa do consumidor (CF, art. 5º, XXXII)."

Na hipótese em exame, afigura-se suficiente apenas reconhecer a inconstitucionalidade de toda interpretação no sentido de ser permitida a aplicação do regime celetista aos servidores comissionados da Câmara Municipal de Avanhandava.

Portanto, a interpretação do disposto no art. 2º deve ser feita no sentido de que a aplicação da CLT aos servidores comissionados revela-se inconstitucional, apenas sendo permitida a imposição de tal regime aos servidores efetivos da Câmara Municipal de Avanhandava.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

6. DO PEDIDO PRINCIPAL.

Diante de todo o exposto, aguarda-se o recebimento e processamento da presente ação declaratória, para que, ao final, seja ela julgada procedente, reconhecendo-se a inconstitucionalidade do inciso III, do art. 4º, do nº 07 do art. 5º e da expressão “Assessor Jurídico” do Anexo I, todos da Lei nº 1.643, de 02 de maio de 2005, do Município de Avanhandava, e em relação ao art. 2º do citado diploma, dispensando interpretação conforme a Constituição para reconhecer a inconstitucionalidade de toda interpretação no sentido de ser permitida a aplicação do regime celetista aos servidores comissionados da Câmara Municipal de Avanhandava.

Requer, bem como, que se reconheça a inconstitucionalidade, por arrastamento, da expressão “Assessor Jurídico”, constante do Anexo I do Ato da Mesa nº 001, de 24 de junho de 2016, da Câmara Municipal de Avanhandava.

Requer-se, ainda, que sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Avanhandava, 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.

Termos em que,

Aguarda-se deferimento.

São Paulo, 21 de agosto de 2017.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça