EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Protocolado n° 22.663/18

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N° 7.589, DE 19 DE OUTUBRO DE 2017, DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS, QUE "*ALTERA A ESTRUTURA ADMINISTRATIVA E ORGANIZACIONAL DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS E DISPOSITIVOS QUE ESPECIFICA DA LEI N° 7.408, DE 03 DE SETEMBRO DE 2015 E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS*". AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO LEGAL DAS ATRIBUIÇÕES. PREVISÃO GENÉRICA QUE NÃO REPRESENTA FUNÇÕES DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA E DIREÇÃO, MAS DE NATUREZA MERAMENTE TÉCNICA E PROFISSIONAL. CRIAÇÃO ABUSIVA E SUPERFICIAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF (TEMA N. 1.010). VIOLAÇÃO AOS ARTS. 111 E 115, II E V, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

1. Ausência de descrição legal das atribuições dos cargos em comissão criados. O núcleo das competências, dos poderes, dos deveres, dos direitos, do modo de investidura e das condições do exercício das atividades do cargo público deve estar descrito na lei. Violação do princípio da reserva legal.

2. Previsão genérica de atribuições de cargos de provimento em comissão que não retratam assessoramento, chefia e direção senão funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais a serem exercidas por servidor público investido em cargo de provimento efetivo. As atribuições não revestem a excepcionalidade exigível no nível superior de

assessoramento, chefia e direção como funções inerentes ao respectivo cargo de provimento em comissão.

3. Produção normativa que desafia a Tese desenvolvida no Tema de Repercussão Geral n. 1.010 (*Leading Case* RE n. 1.041.210): 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.

4. Violação aos arts. 111 e 115, II e V, e 144, da Constituição Estadual.

O **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, VI, da Lei Complementar Estadual n. 734, de 26 de novembro de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo), em conformidade com o disposto nos arts. 125, § 2º, e 129, IV, da Constituição Federal, e, ainda, nos arts. 74, VI, e 90, III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado, vem,

respeitosamente, perante esse Egrégio Tribunal de Justiça, promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**, com pedido liminar, em face das expressões "Ouvidor do Poder Legislativo", "Chefe de Serviço de Expediente de Secretaria", "Chefe de Serviço de Expediente das Comissões Permanentes", "Chefe de Serviço de Expediente do Plenário", "Chefe de Serviço de Expediente de Almoxarifado e Patrimônio", "Chefe de Serviço de Expediente de Protocolo", "Chefe de Serviço de Expediente da Procuradoria Geral", "Chefe de Serviço de Expediente da Procuradoria da Mulher", "Chefe de Serviço de Expediente da Ouvidoria", "Chefe de Serviço de Expediente de Eventos" e "Chefe de Serviço de Expediente de Controle Interno e Auditoria" constantes do art. 6°, inciso II, e do Anexo I Tabela IV, da Lei n. 7.589, de 19 de outubro de 2017; e das expressões "Chefe de Serviço de Expediente da Advocacia Geral do Legislativo" e "Chefe de Serviço de Expediente de Rotinas de Pessoal" constantes do art. 4°, incisos IV e V, da Lei n. 7.604, de 14 de dezembro de 2017 e do Anexo I Tabela IV, da Lei n. 7.589, de 19 de outubro de 2017; todas do Município de Guarulhos.

I – OS ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

A Lei n. 7.589, de 19 de outubro de 2017, do Município de Guarulhos, que "*Altera a Estrutura Administrativa e Organizacional da Câmara Municipal de Guarulhos e dispositivos que especifica da Lei n° 7.408, de 03 de setembro de 2015 e dá outras providências*", prevê no que interessa:

> "(...)
>
> Art. 6° - Ficam:
>
> (...)

II - **criados os cargos de:** Secretário de Comunicação, Rádio e TV Câmara, Secretário de Tecnologia da Informação e de Telecomunicação, Agente Técnico Parlamentar Consultor Legislativo, Agente Técnico Legislativo H, Agente de Serviços VI, **Chefe de Serviço de Expediente de Secretaria, Chefe de Serviço de Expediente de Almoxarifado e Patrimônio, Chefe de Serviço de Expediente de Plenário, Chefe de Serviço de Expediente da Procuradoria Geral, Chefe de Serviço de Expediente de Protocolo, Chefe de Serviço de Expediente da Ouvidoria, Chefe de Serviço de Expediente das Comissões Permanentes, Chefe de Serviço de Expediente de Controle Interno e Auditoria, Chefe de Serviço de Expediente da Procuradoria da Mulher, Chefe de Serviço de Expediente de Eventos, Ouvidor do Poder Legislativo.** (NR - Lei nº 7.604/2017)

(...)

ANEXO I - TABELA IV
CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DESTA LEI CRIADOS NO QUADRO ADMINISTRATIVO DA EDILIDADE

QTD	CARGO	N.E.(*)	FORMA REMUNERAÇÃO	PROFISSÃO/ FORMAÇÃO	PROVIMENTO	OBSERVAÇÃO
01	Secretário Chefe de Gabinete	0	Subsídio	--	Comissão	--
01	Secretário de Finanças	0	Subsídio	--	Comissão	--
01	Secretário de Assuntos Legislativos	0	Subsídio	--	Comissão	--
01	Secretário de Assuntos Institucionais	0	Subsídio	--	Comissão	--
01	Secretário de Administração	0	Subsídio	--	Comissão	--
01	Secretário de Comunicação, Rádio e TV Câmara	0	Subsídio	--	Comissão	--
01	Secretário de Tecnologia da Informação e de Telecomunicação	0	Subsídio	--	Comissão	--
01	Ouvidor do Poder Legislativo	0	Vide Tabelas Referenciais	--	Comissão	--
07	Chefe de Serviço de Expediente de Secretaria	0	Vide Tabelas Referenciais	--	Comissão	--

01	Chefe de Serviço de Expediente das Comissões Permanentes	0	Vide Tabelas Referenciais	--	Comissão	--
01	Chefe de Serviço de Expediente de Plenário	0	Vide Tabelas Referenciais	--	Comissão	--
01	Chefe de Serviço de Expediente de Almoxarifado e Patrimônio	0	Vide Tabelas Referenciais	--	Comissão	--
01	Chefe de Serviço de Expediente de Protocolo	0	Vide Tabelas Referenciais	--	Comissão	--
01	Chefe de Serviço de Expediente da Procuradoria Geral	0	Vide Tabelas Referenciais	--	Comissão	--
01	Chefe de Serviço de Expediente da Procuradoria da Mulher	0	Vide Tabelas Referenciais	--	Comissão	--
01	Chefe de Serviço de Expediente da Ouvidoria	0	Vide Tabelas Referenciais	--	Comissão	--
01	Chefe de Serviço de Expediente de Eventos	0	Vide Tabelas Referenciais	--	Comissão	--
01	Chefe de Serviço de Expediente de Controle Interno e Auditoria	0	Vide Tabelas Referenciais	--	Comissão	--
01	Chefe de Serviço de Expediente da Advocacia Geral do Legislativo (CRIADO - Lei nº 7.604/2017)			--	Comissão	--
01	Chefe de Serviço de Expediente de Rotinas de Pessoal (CRIADO - Lei nº 7.604/2017)			--	Comissão	--

(*) N.E.= Nível de Escolaridade; NE 0 - Sem exigência de Escolaridade; NE 1 - Ensino Superior; NE 2 - Ensino Médio; NE 3 e NE 4 - Ensino Fundamental.

(...)" (g.n.)

A Lei n. 7.604, de 14 de dezembro de 2017, do Município de Guarulhos, que "*Altera a Estrutura Administrativa e Organizacional da Câmara Municipal de Guarulhos e dispositivos que especifica da Lei nº 7.408, de 03 de setembro de 2015, alterada pela Lei nº 7.589, de 19 de outubro de 2017 e dá outras providências*", prevê no que interessa:

"(...)

Art. 4º - Ficam criados:

(...)

IV - 1 (um) cargo de **Chefe de Serviço de Expediente da Advocacia Geral do Legislativo**, no Anexo I - Tabela IV, da Lei nº 7.589, de 19 de outubro de 2017;

> V - 1 (um) cargo de **Chefe de Serviço de Expediente de Rotinas de Pessoal;**
>
> (...)"

Os cargos em comissão anteriormente descritos são verticalmente incompatíveis com nosso ordenamento constitucional, como será demonstrado a seguir.

II – O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

Os dispositivos normativos nesta ação direta impugnados contrariam frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1°, 18, 29 e 31 da Constituição Federal.

Os preceitos da Constituição Federal e da Constituição do Estado são aplicáveis aos Municípios por força de seu art. 144, que assim estabelece:

> "Art. 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".

A incompatibilidade das normas atacadas se visualiza a partir de seu cotejo com os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

> "Art. 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade,

> razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.
>
> (...)
>
> Art. 115 – Para a organização da administração pública direta ou indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:
>
> (...)
>
> II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação 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;".

Os cargos de provimento em comissão de "Ouvidor do Poder Legislativo", "Chefe de Serviço de Expediente de Secretaria", "Chefe de Serviço de Expediente das Comissões Permanentes", "Chefe de Serviço de Expediente do Plenário", "Chefe de Serviço de Expediente de Almoxarifado e Patrimônio", "Chefe de Serviço de Expediente de Protocolo", "Chefe de Serviço de Expediente da Procuradoria Geral",

"Chefe de Serviço de Expediente da Procuradoria da Mulher", "Chefe de Serviço de Expediente da Ouvidoria", "Chefe de Serviço de Expediente de Eventos" e "Chefe de Serviço de Expediente de Controle Interno e Auditoria" constantes do art. 6°, inciso II, e do Anexo I Tabela IV, da Lei n. 7.589, de 19 de outubro de 2017; "Chefe de Serviço de Expediente da Advocacia Geral do Legislativo" e "Chefe de Serviço de Expediente de Rotinas de Pessoal" constantes do art. 4°, incisos IV e V, da Lei n. 7.604, de 14 de dezembro de 2017 e do Anexo I Tabela IV, da Lei n. 7.589, de 19 de outubro de 2017; todas do Município de Guarulhos, não possuem descrição das respectivas atividades e atribuições em lei.

Inicialmente cumpre aclarar que é inconstitucional a criação de cargos de provimento em comissão cujas atribuições sejam de natureza burocrática, ordinária, técnica, operacional e profissional, que não revelem 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 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.

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 coadunam 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*:

> "(...) 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 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012- p. 298).

In casu, a Lei nº 7.408, de 03 de setembro de 2015, na redação dada pela Lei nº 7.589/2017, ambas do Município de Guarulhos, **prevê em seu Anexo I Tabela VI as atribuições dos cargos em comissão. Contudo, tal legislação, <u>no tocante aos cargos de "Chefe de Serviço de Expediente", apenas o fez genericamente</u>, sem especificar as funções de cada um deles**, vejamos:

> "(...)

Departamento: DIVERSOS
Cargo: Chefe de Serviço de Expediente (em geral)
Atribuições/Competências:

- Prestação de serviços de controle dos expedientes que adentrarem à Secretaria, Diretoria e/ou Serviços e merecedores de deliberação do Superior;

- Zelar pelo cumprimento dos prazos estabelecidos para tramitação dos diversos processos administrativos dentro de cada unidade ou sub-unidade administrativa;

- Cooperar na coordenação das atividades do respectivo Setor e/ou Departamento;

- Acompanhar o superior hierárquico no desempenho de suas funções;

- Assessorar no cumprimento dos compromissos agendados otimizando tempo para execução dos trabalhos;

- Participar das atividades das unidades subordinadas ao superior hierárquico;

Fonte: Departamento de Assuntos Legislativos - Prefeitura de Guarulhos. 3
Anexo I - Tabela VI

Lei nº 7.589/2017

- Assessorar no trabalho desenvolvido em cada setor facilitando o planejamento de ações estratégicas afetas à sua área de trabalho;

- Outras atividades correlatas a serem definidas.

(...)"

Ora, **a lei local descreveu funções genéricas aos cargos de "Chefe de Serviço de Expediente"** sem, contudo, especificar as atribuições de cada um deles, em patente violação à reserva legal. Aliás, as atribuições descritas genericamente não vocalizam qualquer função de assessoria, chefia ou direção.

Aliás, essa previsão genérica já constava na Lei n. 7.408, de 03 de setembro de 2015, do Município de Guarulhos. Tanto que o art. 11 da lei local ora impugnada (Lei n. 7.589/17) prevê para os cargos de **Chefe de Serviço de Expediente em geral**, a manutenção das mesmas atribuições anteriormente existentes então para as funções de **Chefe de Serviço de Expediente**, vejamos:

> "Art. 11 - Fica acrescentado ao Anexo III - Tabela I da **Lei nº 7.408, de 03 de setembro de 2015, as atribuições** dos cargos constantes do Anexo I - Tabela VI desta Lei, **sendo mantidas para as funções** de Diretor de Departamento respectivos as mesmas exigidas então para os cargos que foram extintos e, da mesma forma, **para os cargos de Chefe de Serviço de Expediente em geral, as mesmas atribuições anteriormente existentes então para as funções de Chefe de Serviço de Expediente**." (g.n.)

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.

E nem se alegue, por oportuno, que ao Chefe do Poder Executivo remanesceria competência para descrição das atribuições dos cargos

públicos, sob pena de convalidar a invasão de matéria sujeita exclusivamente à reserva legal.

Isso porque, *"a nossa ordem constitucional não se compadece com as autorizações legislativas puras ou incondicionadas, de nítido e inconfundível conteúdo renunciativo. Tais medidas representam inequívoca deserção do compromisso de deliberar politicamente, configurando manifesta fraude ao princípio da reserva legal e à vedação à delegação de poderes."* (cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009- pp. 960).

A regra, no âmbito de todos os Poderes Públicos, deve ser o preenchimento dos cargos através de concurso público de provas ou de provas e títulos, pois assim se garante ampla acessibilidade e igualdade de condições a todos os interessados (prevista inclusive no art. 37, I, da Constituição Federal, bem como no art. 115, I, da Constituição do Estado de São Paulo). O sistema de mérito, portanto, deve ser a forma de preenchimento dos cargos de natureza técnica ou burocrática.

A criação de cargos de provimento em comissão, 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.

Não é o que ocorre no caso, eis que **as <u>atribuições demasiadamente genéricas</u> aos cargos em comissão impugnados, não expressam atribuições de chefia, direção ou assessoramento, revelando, ao revés, tratar-se de cargos com funções técnicas, burocráticas, profissionais e ordinárias.**

Verifica-se, portanto, que as atribuições genericamente previstas para os cargos mencionados, são atividades destinadas a atender necessidades executórias ou dar suporte a decisões e execução.

Embora o Município seja dotado de autonomia política e administrativa, dentro do sistema federativo (cf. art. 1° 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.

A propósito, anota Hely Lopes Meirelles, amparado em precedente do E. STF, 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).

Podem ser de livre nomeação e exoneração apenas aqueles cargos ou empregos que, pela própria 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.

É esse o fundamento da argumentação 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*, 3. 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.).

São a natureza do cargo e as funções a ele cometidas pela lei que estabelecem o imprescindível "*vínculo de confiança"* (cf. Alexandre de Moraes, *Direito constitucional administrativo*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 158), que justifica a dispensa do concurso. Daí o entendimento de que tais cargos devam ser destinados "*apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento"* (cf. Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 5. ed., São Paulo, RT, p. 317).

Essa também é a posição do E. STF (ADI-MC 1141/GO, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, J. 10/10/1994, Pleno, DJ 04-11-1994, PP-29829, EMENT VOL-01765-01 PP-00169).

Não é qualquer unidade de chefia, assessoramento ou direção que autoriza o provimento em comissão, a atribuição do cargo deve reclamar especial relação de confiança para desenvolvimento de funções de nível superior de condução das diretrizes políticas do governo.

Pela análise da natureza e atribuições dos cargos de provimento em comissão impugnados não se identifica os elementos que justificam o provimento.

Escrevendo na vigência da ordem constitucional anterior, mas em lição plenamente aplicável ao caso em exame, anotava Márcio Cammarosano a existência de limites à criação de postos comissionados pelo legislador. A Constituição objetiva, com a permissão para tal criação, "*propiciar ao Chefe de Governo o seu real controle mediante o concurso, para o exercício de certas funções, de pessoas de sua absoluta confiança, afinadas com as diretrizes políticas que devem pautar a atividade governamental. Não é, portanto, qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiado o seu exercício a esta ou aquela pessoa, a dedo escolhida, merecedora da absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aquelas que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos seus titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior (...). Admite-se que a lei declare de livre provimento e exoneração cargos de diretoria, de chefia, de assessoria superior, mas não há razão lógica que justifique serem declarados de livre provimento e exoneração cargos como os de auxiliar administrativo, fiscal de obras, enfermeiro, médico, desenhista, engenheiro, procurador, e outros mais, de cujos titulares nada mais se pode exigir senão o escorreito exercício de suas atribuições, em caráter estritamente profissional, técnico, livres de quaisquer preocupações e considerações de outra natureza"* (*Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*, São Paulo, RT, 1984, p. 95/96).

Inclusive a posição aqui sustentada encontra esteio em inúmeros julgados desse E. Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Expressões previstas no Anexo IV da Lei Municipal nº 3.480, de 08 de dezembro de 2016 e da Lei Municipal nº 3.487, de 05 de maio de 2017, que alterou o artigo 142 da Lei Municipal nº 3.480, de 08 de dezembro de 2016, ambas do Município da Estância Turística de Batatais. Cargos de provimento em comissão que não traduzem funções de direção, assessoria e chefia. Ausência, também de relação de fidúcia, imprescindível à caracterização dos cargos de provimento em comissão. Afronta aos artigos 111 e 115, II e V da Carta Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da citada Carta. Inconstitucionalidade das expressões "Diretor de Departamento Municipal de Administração", "Diretor de Departamento Municipal de Finanças", "Diretor de Departamento Municipal de Educação", ""Diretor de Departamento Municipal de Cultura", "Diretor de Departamento Municipal de Saúde", "Chefe de Divisão Municipal de Saúde", "Chefe de Divisão Municipal de Planejamento e Controle", "Chefe de Divisão Municipal de Estratégias de Saúde da Família/UBS", "Chefe de Divisão Municipal de Especialidades Médicas", "Chefe de Seção de Gestão do CAPS – Centro de Atendimento Psicossocial", "Chefe de Divisão Municipal Odontológica", "Chefe de Divisão Municipal de Vigilância em Saúde", "Chefe de Seção de Vigilância Sanitária", "Diretor do Departamento Municipal de Assistência Social", "Diretor do Departamento

Municipal de Planejamento Urbano", "Chefe de Seção de Urbanização", "Diretor de Departamento Municipal de Infraestrutura Urbana", "Diretor do Departamento Municipal de Obras e Serviços", "Diretor do Departamento Municipal de Desenvolvimento Econômico", "Diretor do Departamento Municipal de Esportes e Recreação", "Diretor do Departamento Municipal de Turismo", previstas no Anexo IV e dos artigos 27, 39, 53, 62, 66, 67, 69, 71, 75, 78, 79, 81, 82, 85, 100, 104, 110, 111, 136, 143 e 146, todos da Lei Municipal nº 3.480, de 08 de dezembro de 2016, do Município de Batatais, modulando os efeitos da declaração para 120 (cento e vinte) dias contados deste julgamento. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 3.487, de 05 de maio de 2017, que alterou o artigo 142 da Lei Municipal nº 3.480, de 08 de dezembro de 2016, do Município da Estância Turística de Batatais, – incluindo o parágrafo único, ao citado artigo, dispondo que "O cargo de Secretário Municipal de Esportes e Turismo será privativo de profissional diplomado em Educação Física ou Turismo." Secretário Municipal que é escolhido pelo Prefeito para orientar, coordenar e executar as atividades dos órgãos e das entidades da administração municipal, preferencialmente na área de sua competência. Ausência de óbice a que disponha a municipalidade, como condição de nomeação para Secretário Municipal, que o nomeando seja bacharel

na área em que irá atuar, não se podendo colher, da leitura do dispositivo objurgado, a intenção de possibilitar a cumulação de cargos constitucionalmente vedada. Inconstitucionalidade não verificada. AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE". (TJ/SP, ADI nº 2240890-70.2017.8.26.0000, Des. Rel. Xavier de Aquino, julgada em 08 de agosto de 2018)

"I. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar do Município de Uchoa, que "dispõe sobre a organização administrativa da Prefeitura Municipal de Uchoa e dá outras providências". II. Estipulação de cargos em comissão de "Assessor Jurídico do Gabinete", "Chefe da Divisão de Comunicação e Transparência", "Chefe da Divisão de Administração", "Chefe da Divisão de Patrimônio", "Chefe da Divisão de Comércio e Indústria", "Diretor do Departamento de Licitações e Compras", "Chefe da Divisão de Licitações", "Chefe da Divisão de Compras", "Chefe da Divisão de Obras e Serviços", "Chefe do Setor de Serviços", "Chefe da Divisão de Saneamento Básico", "Chefe do Setor de Água e Esgoto", "Chefe da Divisão de Saúde Bucal", "Chefe do Setor de Vigilância Sanitária", "Diretor Clínico das Unidades Básicas de Saúde", "Chefe das Unidades Básicas de Saúde", "Chefe do Setor de Programas e Projetos Sociais", "Chefe da Divisão de Atividades Desportivas", "Chefe da Divisão de Lazer" e Chefe da Divisão de Meio Ambiente" cujas atribuições afiguram-se técnicas, burocráticas, operacionais e

> profissionais, não exigindo, para seu adequado desempenho, especial relação de confiança. III. Previsão, ainda, de cargo em comissão de "Assessor Jurídico do Gabinete" com funções atinentes ao exercício da Advocacia Pública, o qual é reservado a profissionais recrutados pelo sistema de mérito. IV. Atribuição ao Departamento de Assuntos Jurídicos do Município de funções atinentes ao exercício da Advocacia Pública. Declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto para limitar a aplicabilidade dos incisos I, III, IV, V e VI do artigo 9º da Lei Complementar em tela a profissionais recrutados pelo sistema de mérito. V. Inobservância aos artigos 98 a 100, 111, 115, incisos I, II e V, e 144, todos da Constituição Estadual. VI. Inexistência de inconstitucionalidade na previsão normativa de subordinação hierárquica da Procuradoria do Município ao Departamento de Assuntos Jurídicos. Simetria que não se mostra absoluta. Consoante entendimento adotado por este Órgão Especial, descabe impor restrições ao poder de auto-organização do Município além das já constitucionalmente previstas. VII. Pedido julgado procedente em parte, com modulação de seus efeitos". (TJ/SP, ADI nº 2245276-46.2017.8.26.0000, Des. Rel. Márcio Bartoli, julgada em 13 de junho de 2018).

Inclusive, a controvérsia relativa aos requisitos constitucionais (art. 37, II e V, da Constituição Federal) para a criação de cargos em comissão foi submetida ao regime de repercussão geral (Tema n. 1.010

– *Leading Case* RE n. 1.041.210), tendo disso, em 28 de setembro de 2018, resultado 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."

Não há, evidentemente, nenhum componente nos postos indicados a exigir o controle de execução das diretrizes políticas do governante a ser desempenhado por alguém que detenha absoluta fidelidade a orientações traçadas, sendo, por isso, também ofensivos aos princípios de moralidade e impessoalidade (art. 111, Constituição Estadual).

Dessa forma, os cargos de provimento em comissão de "Ouvidor do Poder Legislativo", "Chefe de Serviço de Expediente de Secretaria", "Chefe de Serviço de Expediente das Comissões Permanentes", "Chefe de Serviço de Expediente do Plenário", "Chefe de Serviço de Expediente de Almoxarifado e Patrimônio", "Chefe de Serviço de Expediente de

Protocolo", "Chefe de Serviço de Expediente da Procuradoria Geral", "Chefe de Serviço de Expediente da Procuradoria da Mulher", "Chefe de Serviço de Expediente da Ouvidoria", "Chefe de Serviço de Expediente de Eventos" e "Chefe de Serviço de Expediente de Controle Interno e Auditoria" constantes do art. 6°, inciso II, e do Anexo I Tabela IV, da Lei n. 7.589, de 19 de outubro de 2017; "Chefe de Serviço de Expediente da Advocacia Geral do Legislativo" e "Chefe de Serviço de Expediente de Rotinas de Pessoal" constantes do art. 4°, incisos IV e V, da Lei n. 7.604, de 14 de dezembro de 2017 e do Anexo I Tabela IV, da Lei n. 7.589, de 19 de outubro de 2017; todas do Município de Guarulhos, não se adequam ao regime constitucional regente da edição de cargos de provimento em comissão, sendo de rigor a declaração de inconstitucionalidade dos referidos postos.

III – PEDIDO

Face ao exposto, requerendo o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade das expressões "Ouvidor do Poder Legislativo", "Chefe de Serviço de Expediente de Secretaria", "Chefe de Serviço de Expediente das Comissões Permanentes", "Chefe de Serviço de Expediente do Plenário", "Chefe de Serviço de Expediente de Almoxarifado e Patrimônio", "Chefe de Serviço de Expediente de Protocolo", "Chefe de Serviço de Expediente da Procuradoria Geral", "Chefe de Serviço de Expediente da Procuradoria da Mulher", "Chefe de Serviço de Expediente da Ouvidoria", "Chefe de Serviço de Expediente de Eventos" e "Chefe de Serviço de Expediente de Controle Interno e Auditoria" constantes do art. 6°, inciso II, e do Anexo I Tabela IV, da Lei n. 7.589, de 19 de outubro de 2017; e das expressões "Chefe de Serviço de Expediente da Advocacia

Geral do Legislativo" e "Chefe de Serviço de Expediente de Rotinas de Pessoal" constantes do art. 4º, incisos IV e V, da Lei n. 7.604, de 14 de dezembro de 2017 e do Anexo I Tabela IV, da Lei n. 7.589, de 19 de outubro de 2017; todas do Município de Guarulhos.

Requer-se ainda sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Guarulhos, bem como citado o Procurador-Geral do Estado.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 29 de novembro de 2018.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

kb-dcm

Protocolado n° 22.663/18

Assunto: Análise da constitucionalidade da Lei 7.589, de 17 de outubro de 2017, do Município de Guarulhos, que dispõe sobre cargos de provimento em comissão na estrutura administrativa da Câmara Municipal

1. Distribua-se a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade das expressões das expressões "Ouvidor do Poder Legislativo", "Chefe de Serviço de Expediente de Secretaria", "Chefe de Serviço de Expediente das Comissões Permanentes", "Chefe de Serviço de Expediente do Plenário", "Chefe de Serviço de Expediente de Almoxarifado e Patrimônio", "Chefe de Serviço de Expediente de Protocolo", "Chefe de Serviço de Expediente da Procuradoria Geral", "Chefe de Serviço de Expediente da Procuradoria da Mulher", "Chefe de Serviço de Expediente da Ouvidoria", "Chefe de Serviço de Expediente de Eventos" e "Chefe de Serviço de Expediente de Controle Interno e Auditoria" constantes do art. 6°, inciso II, e do Anexo I Tabela IV, da Lei n. 7.589, de 19 de outubro de 2017; e das expressões "Chefe de Serviço de Expediente da Advocacia Geral do Legislativo" e "Chefe de Serviço de Expediente de Rotinas de Pessoal" constantes do art. 4°, incisos IV e V, da Lei n. 7.604, de 14 de dezembro de 2017 e do Anexo I Tabela IV, da Lei n. 7.589, de 19 de outubro de 2017; todas do Município de Guarulhos junto ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2. Consigne-se que em relação à Lei n. 7.604/17, do Município de Guarulhos, que promoveu a alteração da nomenclatura dos 9 (nove)

cargos de Agente Técnico Parlamentar – Advogado, de provimento efetivo, para 9 (nove) cargos de Advogado Legislativo, de provimento efetivo (art. 8°, *caput*), proporcionou provimento derivado mediante transposição, razão pela qual foi proposta ação direta nos autos do Protocolado MP n. 17.037/2018, pois inconstitucionais os arts. 4°, VI, 6°, 8° e as expressões "Advocacia Geral do Legislativo", "Advogado Geral do Legislativo" e "Advogado Legislativo", constantes do 9° e do Anexo I – Tabelas I, II, III, V e VI, da referida Lei n° 7.604, de 14 de dezembro de 2017, do Município de Guarulhos, por ofensa direta aos arts. 30, 98, § 2°, 111 e 115, II, CE/89.

3. Oficie-se ao interessado, informando-lhe a propositura da ação, com cópia da petição inicial.

São Paulo, 29 de novembro de 2018.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

kb-dcm