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

SEI n. 29.0001.0037097.2018-11

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÕES "CHEFE DE GABINETE", "PROCURADOR JUDICIAL CHEFE", "ASSESSOR", "ASSESSOR ADMINISTRATIVO", "GERENTE I" E "GERENTE II", CONSTANTES NOS ANEXOS II, III E IV DA LEI COMPLEMENTAR Nº 93, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014, DO MUNICÍPIO DE RIO CLARO. FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE SAÚDE DE RIO CLARO. CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO QUE NÃO REVELAM PLEXOS DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA E DIREÇÃO. ADVOCACIA PÚBLICA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 98 A 100, 111, 115, II E V, 144, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

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

2. "Procurador Judicial Chefe". As atividades de advocacia pública são reservadas a profissionais também recrutados pelo sistema de mérito, sendo possível o comissionamento de sua chefia dentre os servidores efetivos dessa carreira.

3. Violação aos arts. 98 a 100, 111, 115, V, e 144, da CE/89.

O **Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, inc. 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, inc. IV, da Constituição da República, e ainda no art. 74, inc. VI, e no art. 90, inc. 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 das expressões "Chefe de Gabinete", "Procurador Judicial Chefe", "Assessor", "Assessor administrativo", "Gerente I" e "Gerente II", constantes nos Anexos II, III e IV da Lei Complementar nº 93, de 22 de dezembro de 2014, do Município de Rio Claro, pelos fundamentos expostos a seguir.

I – DOS DISPOSITIVOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

A Lei Complementar nº 93, de 22 de dezembro de 2014, do Município de Rio Claro, que dispõe sobre a reorganização da estrutura administrativa da Fundação Municipal de Saúde de Rio Claro e dá outras providências, assim dispõe no que interessa à presente ação:

> **CAPÍTULO VI**
>
> **Das Funções de Confiança e dos Cargos em Comissão**

Artigo 12 – Fica criado o Quadro de Funções de Confiança e dos Cargos em Comissão conforme Anexos I e II desta Lei Complementar

(...)

Anexo II – QUADRO DE CARGOS EM COMISSÃO

CARGO EM COMISSÃO	QTDE	VALOR
Presidente	1	R$ 9.126,40
Chefe de Gabinete	1	R$ 7.072,00
Assessoria Técnica Legislativo de Gabinete	5	R$ 6.147,86
Procurador Judicial Chefe	1	R$ 6.243,00
Assessor Administrativo	4	R$ 3.671,00
Diretor de Departamento	5	R$ 6.243,00
Gerente II	15	R$ 5.069,70
Gerente I	14	R$ 4.716,78

Anexo III – REMUNERAÇÃO DO CARGO EM COMISSÃO E DA FUNÇÃO DE CONFIANÇA

CARGO EM COMISSÃO	VALOR	% SOBRE O VENCTO
Presidente	R$ 7.414,09	45%
Chefe de Gabinete	R$ 7.072,00	45%
Assessoria Técnica Legislativo de Gabinete	R$ 6.147,86	45%
Procurador Judicial Chefe	R$ 6.243,00	45%
Assessor Administrativo	R$ 3.671,00	45%
Diretor de Departamento	R$ 6.243,00	45%
Gerente II	R$ 5.069,70	45%

Gerente I	R$ 4.716,78	45%

(...)

Anexo III – DESCRIÇÃO DOS CARGOS

CARGO	DESCRIÇÃO SUMÁRIA DAS ATRIBUIÇÕES
Presidente	Presidir todas as atividades da Fundação. Representar a Fundação em juízo ou fora dele.
Chefe de Gabinete	Cuida dos procedimentos burocráticos do Gabinete e assume demais atribuições delegadas pelo Presidente.
Assessoria de Gabinete	Realiza estudos para formulação dos planos de ação da área de atuação. Presta assistência aos dirigentes que integram os sistemas de gestão tática e operacional da Fundação. Participa dos projetos e programas acompanhando a sua execução na área de atuação.
Procurador Judicial Chefe	Assessora o Presidente e outros órgãos da Fundação, quando solicitado, sobre assuntos de natureza jurídica, emitindo pareceres jurídicos. Chefia a Procuradoria Judicial da Fundação.
Assessor	Presta assistência ao Presidente, Chefe de Gabinete e Conselho Municipal de Saúde colaborando administrativamente.
Diretor de Departamento	Planeja e coordena ações atribuídas ao Departamento, articula ações, programas e projetos, responsabilizando-se por produtos e resultados

	específicos.
Gerente II	Gerencia a programação e implementação das ações e operacionalização de processos de trabalho de natureza técnica e administrativa com maior grau de complexidade inerentes à sua área de atuação. Dirige as ações na sua área de atuação.
Gerente I	Gerencia a programação e implementação das ações e operacionalização de processos de trabalho de natureza técnica e administrativa com maior grau de complexidade inerentes à sua área de atuação. Dirige as ações na sua área de atuação.

(g.n.)

Da análise dos preceitos normativos acima transcritos, é possível constatar que vários alguns em comissão desempenham atribuições de natureza técnica, burocrática e profissional.

Por isso, tem-se o ajuizamento da presente ação direta de inconstitucionalidade.

II - O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

Os dispositivos impugnados, que se referem à criação e disciplina dos cargos de Chefe de Gabinete, Procurador Judicial Chefe, Assessor, Assessor administrativo, Gerente I e Gerente II, editados na estrutura administrativa da Câmara Municipal de Cruzeiro, 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 do art. 29 daquela e do art. 144 desta.

Os dispositivos contestados são incompatíveis com os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

> 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.
>
> § 1° - 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.
>
> § 2° - 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.

§ 3° - 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.

(...)

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.

(...)

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:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

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.

III – FUNDAMENTAÇÃO

A – DA CRIAÇÃO INDISCRIMINADA, ABUSIVA E ARTIFICIAL DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO QUE NÃO REPRESENTAM ATRIBUIÇÕES DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA E DIREÇÃO, INSERTOS NA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DA FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE SAÚDE DE RIO CLARO

As expressões “Chefe de Gabinete”, “Assessor”, “Assessor administrativo”, “Gerente I” e “Gerente II”, constantes nos Anexos II, III e IV da Lei Complementar nº 93, de 22 de dezembro de 2014, do Município de Rio Claro, devem ser declaradas inconstitucionais porque tratam de cargos cujas atribuições não revelam plexos de assessoramento, chefia e direção, em violação aos arts. 111, 115, II e V, 144 da Constituição Estadual.

De plano, anote-se que a nomenclatura do cargo de "Assessor" não pode ser fator determinante para autorizar o seu provimento comissionado puro.

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

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

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

Com efeito, o **Chefe de Gabinete** possui atribuições meramente burocráticas, como a própria lei estabelece: "cuida dos procedimentos **burocráticos** do Gabinete".

O cargo de **Assessor**, assim denominado pelo Anexo IV, mas denominado de "**Assessor Administrativo**" pelos Anexos II e III da mesma lei, apresenta também funções meramente técnicas, conforme explicitado pelo próprio legislador: "presta assistência ao Presidente, Chefe de Gabinete e Conselho Municipal de Saúde colaborando **administrativamente**".

Já no que se refere aos cargos de **Gerente I e Gerente II**, suas **atribuições** são **idênticas**, o que não justifica a diferença remuneratória: o ocupante do primeiro cargo recebe R$ 4.716,78 (quatro mil, setecentos e

dezesseis reais e setenta e oito centavos) a título de remuneração, ao passo que o segundo recebe R$ 5.069,70 (cinco mil e sessenta e nove reais e setenta centavos), conforme estabelecido no Anexo II da lei ora impugnada.

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

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

Ademais, as atribuições fixadas ao Gerente I e ao Gerente II evidenciam seu caráter **burocrático**, senão vejamos: "gerencia a programação e implementação das ações e operacionalização de processos de trabalho de natureza técnica e administrativa com maior grau de complexidade inerentes à sua área de atuação".

Verifica-se, portanto, que as atribuições previstas para os cargos mencionados, relacionadas a chefiar, gerenciar, coordenar, dirigir,

supervisionar, **são atividades destinadas a atender necessidades executórias ou dar suporte a decisões e execução.**

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

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

Embora o Município seja dotado de autonomia política e administrativa, dentro do sistema federativo (cf. art. 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 "ASSESSOR JURÍDICO", "ASSESSOR DE COMUNICAÇÃO" "ASSESSOR DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO", "ASSESSOR TÉCNICO", "GERENTE DE RECURSOS HUMANOS", "GERENTE DE CONTABILIDADE E FINANÇAS" E "GERENTE DE SERVIÇOS", CONTIDAS NO QUADROS II E III DO ANEXO DA LEI Nº 6.615/2017, DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, QUE "DISPÕE SOBRE A VALIDAÇÃO DO QUADRO DE PESSOAL EXISTENTE NA FUNDAÇÃO CRIANÇA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO" - CARGOS CUJAS ATRIBUIÇÕES SÃO DE NATUREZA TÉCNICA E BUROCRÁTICA, NÃO SE AMOLDANDO ÀS HIPÓTESES EXCEPCIONAIS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO – VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 111 E 115, II E V, DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE - INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – AÇÃO PROCEDENTE. (TJ/SP, ADI nº

2075847-47.2018.8.26.0000, Des. Rel. Ferraz de Vasconcelos, julgada em 15 de agosto de 2018)

"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, g.n)

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

B - DO CARGO DE PROCURADOR JUDICIAL CHEFE

Também deve ser declarado inconstitucional o cargo de Procurador Judicial Chefe - ao qual compete assessorar o Presidente e chefiar a Procuradoria Judicial da Fundação -, constante nos Anexo II, III e IV da Lei Complementar nº 93, de 22 de dezembro de 2014, do Município de Rio Claro.

As atividades inerentes à advocacia pública são atribuições técnicas e profissionais, inclusive a **assessoria** e a consultoria de corporações

legislativas, **e suas respectivas chefias,** são reservadas a profissionais investidos em cargos de provimento efetivo da respectiva carreira mediante aprovação prévia em concurso público.

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

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

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

> "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 "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 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, a natureza técnica profissional dos cargos de Procurador Judicial Chefe, por força dos arts. 98 a 100 da Constituição Estadual, não se compatibiliza com a natureza comissionada livre, devendo ser escolhido dentre os membros da carreira da Advocacia Pública.

IV - DO PEDIDO

Face ao exposto, requer-se o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade das expressões "Chefe de Gabinete", "Procurador Judicial Chefe", "Assessor", "Assessor administrativo", "Gerente I" e "Gerente II", constantes nos Anexos II, III e IV da Lei Complementar nº 93, de 22 de dezembro de 2014, do Município de Rio Claro.

Requer-se, ainda, que sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito do Município de Rio Claro, bem como posteriormente citado o Procurador-Geral do Estado para manifestar-se sobre os dispositivos normativos impugnados.

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

Termos em que,

Aguarda-se deferimento.

São Paulo, 13 de dezembro de 2018.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

kb/mam