

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

SEI nº 29.0001.0063046.2018-19

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. LEI Nº 4.877, DE 06 DE OUTUBRO DE 2009, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 5.436, 19 DE DEZEMBRO DE 2012, DO MUNICÍPIO DE AMERICANA. SUJEIÇÃO DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO AO REGIME CELETISTA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO. CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO LEGAL DAS ATRIBUIÇÕES. REPERCUSSÃO GERAL N. 1.010 DO STF. ADVOCACIA PÚBLICA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 98 A 100, 111, 115, II E V, 144, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

1. Sujeição dos cargos de provimento em comissão ao regime celetista, contrariando a exigência do regime administrativo (violação dos princípios da razoabilidade e da moralidade (art. 111 da CE/89).

2. Declaração de nulidade parcial sem redução de texto do art. 1º Lei n. 4.877, de 06 de outubro de 2009, do Município de Americana, para o fim de excluir a aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho aos servidores comissionados.

3. 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.

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

“a) a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;

b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;

c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e

d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.”

5. Cargo de provimento em comissão de Coordenadoria Jurídica. As atividades de advocacia pública e suas respectivas chefias são reservadas a profissionais também recrutados pelo sistema de mérito (arts. 98 a 100 da Constituição Estadual).

○ **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** para: a) a declaração de nulidade parcial sem redução de texto do art. 1º, Lei nº 4.877, de 06 de outubro de 2009, do Município

de Americana, para o fim de excluir a aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho ao regime jurídico dos servidores comissionados; b) a declaração de inconstitucionalidade do art. 9º e Anexo I da Lei nº 4.877, de 06 de outubro de 2009, na redação dada pela Lei nº 5.436, 19 de dezembro de 2012, do Município de Americana, pelos fundamentos expostos a seguir.

I – OS DISPOSITIVOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

A Lei nº 4.877, de 06 de outubro de 2009, na redação dada pela Lei nº 5.436, 19 de dezembro de 2012, do Município de Americana, estabelece no que interessa:

Art.1º O Quadro de Empregos, Funções e Salários dos empregados públicos do Departamento de Água e Esgoto de Americana - DAE, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho passa a ser estabelecido nos termos desta Lei.

(...)

Art. 9º Fica criado o Quadro de Empregos e Funções em Comissão, a serem exercidos por pessoas de livre designação e exoneração, conforme segue:

Diretoria Geral
Diretoria Administrativa
Diretoria Técnica
Coordenadoria de Planejamento
Coordenadoria Jurídica
Assessoria de Comunicação
Assessoria Institucional
Chefia de Divisão

Chefia de Gabinete

(...)

ANEXO I

Quadro de empregos e funções de comissão

Quantidade de Empregos	Emprego
01	Diretoria Geral
01	Diretoria Administrativa
01	Diretoria Técnica
01	Coordenadoria Jurídica
01	Assessoria de Comunicação
01	Assessoria Institucional
01	Chefia de Divisão
01	Chefia de Gabinete

(...)

II - O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

Os dispositivos impugnados, editados na estrutura administrativa de Ribeirão Preto, 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.

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.

§ 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.

(...)

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:

(...)

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. INADMISSIBILIDADE DA ADOÇÃO DO REGIME CELETISTA PARA OS COMISSIONADOS

O art. 1º da Lei nº 4.877, de 06 de outubro de 2009, impõem a Consolidação das Leis do Trabalho como regime jurídico dos empregados públicos do Departamento de Água e Esgoto de Americana – DAE.

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

Ocorre que **o provimento em comissão é incompatível com o regime celetista na Administração Pública**, porquanto a dispensa imotivada onerosa

prevista pela Consolidação das Leis do Trabalho impõe limite à liberdade de exoneração dos ocupantes da unidade comissionada (art. 115, II e V, Constituição Estadual).

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

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

Desta forma, a sujeição dos ocupantes de cargos de provimento em comissão à CLT não encontra respaldo constitucional. Pelo contrário, sob o pálio do art. 37, II, da Constituição Federal, reproduzido no art. 115, II, da Constituição Estadual, o provimento de tais postos é inconciliável com qualquer regime previsto na Consolidação das Leis do Trabalho que, por excelência, reprime a dispensa imotivada.

Assim, o art. 1º, da Lei nº 4.877/2009, do Município de Americana, que permite interpretação no sentido de ser aplicado aos servidores comissionados o regime jurídico da Consolidação das Leis Trabalhistas, importa em franca violação aos princípios jurídicos da moralidade e da razoabilidade, previstos no art. 37 da Constituição Federal e no art. 111 da Constituição Estadual.

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

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

Na espécie, há violação a ambos os princípios. 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, tendo em conta que este sanciona a dispensa imotivada com a indenização compensatória (e outros consectários). Trata-se da atribuição de uma garantia absolutamente imprópria a uma relação jurídica precária e instável.

O padrão ordinário, normal e regular, advindo da Constituição, não admite a oneração dos cofres públicos para o custeio da exoneração de cargos de provimento em comissão, à luz da conformação constitucional que realça a liberdade de seu livre provimento – orientada por força de ingredientes políticos.

Em suma, a sujeição do emprego comissionado ao regime celetista implica intolerável outorga de uma série de vantagens caracterizadoras de **privilégio inadmissível à vista da natureza do provimento em comissão cuja marca eloquente é a instabilidade ditada pela relação de confiança.**

Nesse sentido, a jurisprudência desse colendo órgão especial:

“DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Leis Complementares n.ºs 260/03 e 283/05, ambas do Município de Cabreúva. Questionamentos voltados à viabilidade constitucional do emprego da CLT como base do regime jurídico dos cargos de provimento em comissão e das contratações por prazo determinado da Edilidade, bem como à idoneidade de certas hipóteses legalmente instituídas para as últimas. Preliminar reconhecimento de perda de

parte do objeto processual, por carência superveniente de interesse de agir, face à reestruturação administrativa municipal, empreendida pela Lei Complementar nº 391/17.

(1) No atinente ao emprego da CLT como base para o regime jurídico municipal: (1.1) reconhece-se a inconstitucionalidade, em parte e sem redução do texto, do segmento do art. 1º da LCM nº 260/03, que prevê seu uso para lastrear “empregos públicos de provimento em comissão”, por afronta ao artigo 115, II e V, CE/SP; (1.2)

No tocante às contratações realizadas em caráter temporário, para atender excepcional interesse público, igualmente inidônea a integral aplicação da CLT ao regime especial, sendo devida a declaração de inconstitucionalidade, em parte e sem redução de texto, do fragmento final do art. 1º da LCM nº 260/03, por violação aos artigos 111 e 115, inciso X, CE/SP. (2) Relativamente às hipóteses dos incisos II e III do art. 17 da LCM nº 260/03, mostram-se inconstitucionais por não se relacionarem a situações de interesse público excepcional e, muito menos, por veicularem necessidade de contratação indispensável, podendo ser cuidadas pelos servidores do quadro fixo concursado da Administração Pública. Doutrina e precedentes jurisprudenciais do STF (inclusive em sede de repercussão geral – Tema nº 612) e desta Corte. AÇÃO PROCEDENTE, em parte, uma vez reconhecida a carência superveniente de interesse processual de parte da demanda.”

(ADIN nº 2055401-57.2017.8.26.0000, rel. BERETTA DA SILVEIRA, j. 09-08-17 – g.nº)

“DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA E ADMISSÃO DE COMISSIONADOS -

ADOÇÃO DO REGIME CELETISTA INADMISSIBILIDADE - PECULIARIDADES DAS REFERIDAS FORMAS DE CONTRATAÇÃO QUE NÃO ADMITEM SUBMISSÃO ÀS REGRAS DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO - PRECARIEDADE E TRANSITORIEDADE DO VÍNCULO TEMPORÁRIO QUE SE MOSTRA INCOMPATÍVEL COMO REGRAMENTO CELETISTA - VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 111, 115, II E V, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - **INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO DO ARTIGO 2º, DA RESOLUÇÃO Nº 06/2013 DECLARADA PARA IMPEDIR A ADOÇÃO DO REGIME CELETISTA PARA TAIS SERVIDORES.**

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EXPRESSÃO “ASSESSOR ESPECIAL DO GABINETE DA PRESIDÊNCIA - CLASSE I” PREVISTA NOS ANEXOS II E IV, DA RESOLUÇÃO Nº 06/13, COM A REDAÇÃO DADA PELA RESOLUÇÃO Nº 11/15, AMBAS DA CÂMARA MUNICIPAL DE TUIUTI - HIPÓTESE DE PROVIMENTO EM COMISSÃO CONFIGURADA CONSTITUCIONALIDADE AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.”

(ADIN nº 2116169-12.2018.8.26.0000, rel. Ferraz de Arruda, j. 10-10-18 – g.nº)

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

O parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99 prevê expressamente que *“a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito*

vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

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

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

Por essas razões, postula-se a declaração de nulidade parcial sem redução de texto do art. 1º, da Lei nº 4.877, de 06 de outubro de 2009, do Município de Americana, para o fim de excluir a aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT aos servidores comissionados, pois contraria a exigência do regime administrativo.

B. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO LEGAL DAS ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO

Os cargos de provimento em comissão previstos no art. 9º e Anexo I da Lei nº 4.877/2009, na redação dada pela Lei nº 5.436/2012, quais sejam, “Diretoria Geral”, “Diretoria Administrativa”, “Coordenadoria de Planejamento”, “Assessoria de Comunicação”, “Assessoria Institucional”, “Chefia de Divisão”,

“Chefia de Gabinete”, não possuem descrição das respectivas atividades e atribuições previstas 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 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 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 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).

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. Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009- pp. 960).

Ressalte-se que, em relação a ausência de descrição de atribuições em lei e a inexistência de relação de confiança, também incide na espécie a Repercussão Geral sob o tema n. 1.010 do STF, na qual foram fixadas as seguintes diretrizes:

- “a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;
- b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;

- c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e
- d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir”.

Dessa forma, os cargos de provimento em comissão acima listados 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.

C. DA ADVOCACIA PÚBLICA

Não bastasse, o cargo em comissão de “**Coordenadoria Jurídica**” (previsto no art. 9º e Anexo I da Lei nº 4.877/2009, na redação dada pela Lei nº 5.436/2012), não se harmoniza com os arts. 98 a 100, da Constituição Paulista - que se reportam ao modelo traçado no art. 132, da Constituição Federal ao tratar da advocacia pública estadual -, de observância obrigatória pelos Municípios, por força do art. 144, da Constituição Estadual.

Com efeito, as atividades de advocacia pública, e suas respectivas chefias, são reservadas a profissionais investidos em cargos públicos, **mediante prévia aprovação em concurso público.**

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

“Arguição de Inconstitucionalidade. Incidente suscitado em apelação que combate sentença favorável proferida em Ação Civil Pública movida pelo parquet contra a municipalidade de Itaquaquecetuba. Leis complementares

municipais (65/2002; 92/2003; 102/2004; 103/2004; 100/2005; 106/2005 e 107/2008) **criaram e/ou alteraram diversos cargos de provimento em comissão de "assessor jurídico"**. Prejudicada, em parte, a análise das Leis Complementares nº 65/2002, nº106/2005 e nº107/2005, eis que parcialmente revogadas pela Lei Complementar nº189/2010. No mérito, com razão a C. Câmara Suscitante a respeito da inconstitucionalidade. Violação caracterizada. Criação de cargos que não retratam atribuições de assessoramento, chefia e direção, senão funções técnicas e com características próprias da advocacia pública. Cargos a serem preenchidos por servidores investidos em cargos de provimento eletivo. Funções que não justificam a necessidade de vínculo de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor, a ensejar regime extraordinário de livre nomeação e exoneração. Violação de dispositivos da Carta Magna (arts. 37 e 132) e da Constituição Estadual (arts. 30, 98, 99, 100 e 115, II e V). Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente na parte conhecida, devendo os autos retornarem à Colenda 7ª Câmara de Direito Público para julgamento". (TJ/SP, II nº 0029964-48.2017.8.26.0000, Des. Rel. Pericles Piza, julgada em 22 de agosto de 2018, g.n)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Expressão 'de preferência' constante do art. 82 da Lei Orgânica do Município de Sertãozinho. Designação pelo Prefeito Municipal do Procurador Judicial – chefe da Procuradoria Geral do Município -, de provimento em comissão, sem que ele integre a carreira de Procurador Municipal. Inadmissibilidade. Preenchimento privativo a funcionário de carreira. Arts. 98 a 100 da CE aplicáveis aos Municípios por

força do art. 144 da CE. Precedentes deste C. Órgão Especial. Ação procedente”. (TJ/SP, ADI nº 2060011-34.2018.8.26.0000, Des. Rel. Evaristo dos Santos, julgada em 01 de agosto de 2018)

Assim, a natureza técnica profissional do cargo em comissão de **“Coordenadoria Jurídica”**, por força dos arts. 98 a 100 da Constituição Estadual, não se compatibiliza com a natureza comissionada, não podendo ser provido pela livre nomeação a cargo do agente político competente.

III - PEDIDO

Face ao exposto, requer-se o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada procedente para: a) a declaração de nulidade parcial sem redução de texto do art. 1º, Lei nº 4.877, de 06 de outubro de 2009, do Município de Americana, para o fim de excluir a aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho ao regime jurídico dos servidores comissionados; b) a declaração de inconstitucionalidade do art. 9º e Anexo I da Lei nº 4.877, de 06 de outubro de 2009, na redação dada pela Lei nº 5.436, 19 de dezembro de 2012, do Município de Americana.

Requer-se a **requisição de informações** à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Americana, e a **citação** do Procurador-Geral do Estado, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 8 de maio de 2019.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça