

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

SEI n. 29.0001.0011749.2019-69

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. LEIS DO MUNICÍPIO DE FRANCA. AUSÊNCIA DA DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES EM LEI. CRIAÇÃO ABUSIVA E EXCESSIVA DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO QUE NÃO REVELAM PLEXOS DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA E DIREÇÃO, MAS ATRIBUIÇÕES DE NATUREZA MERAMENTE TÉCNICA E PROFISSIONAL. DESCRIÇÃO GENÉRICA DE ATRIBUIÇÕES. TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 1.010 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 24, § 2º, I, 111, 115, II E V, E 144, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

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

2. Revela-se inconstitucional a criação de cargos de provimento em comissão cujas atribuições, em descrição demasiadamente genéricas, não evidenciam funções de assessoramento, chefia e direção, mas, funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais a serem preenchidas por servidores públicos investidos em cargos de provimento efetivo, cujo provimento deve se dar mediante aprovação em concurso público.

3. Incidência do Tema de Repercussão Geral nº 1.010 do Supremo Tribunal Federal.

4. Violação aos arts. 24, § 2º, 1; 111; 115, II e V; e 144, da Constituição Estadual.

○ **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, inciso VI, da Lei Complementar Estadual n. 734, de 26 de novembro de 1993, e em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 129, inciso IV, da Constituição da República, e ainda no art. 74, inciso VI, e no art. 90, inciso III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado (Sei n. 29.0001.0011749.2019-69), vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face das expressões “Assessor de Secretaria”, “Assessor de Gestão”, “Assessor de Unidade”, “Diretor de Divisão”, “Gerente de Serviço” e “Chefe de Setor” previstas nos **Anexos I, II, VI, VII, VIII, IX, da Lei Complementar n. 01, de 24 de junho de 1995, do Município de Franca (na redação dada pela Lei Complementar n. 309, de 14 de dezembro de 2018, daquele Município)**, bem como das expressões “Assessor de Secretaria”, “Assessor de Gestão” e “Chefe de Setor” previstas no **art. 1º da Lei Complementar n. 309, de 14 de dezembro de 2018, do Município de Franca**, pelos fundamentos expostos a seguir:

I – OS ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

A Lei Complementar n. 01, de 24 de junho de 1995, do Município de Franca, que dispõe sobre o Plano de Classificação de Cargos do Serviço Público Municipal de Franca, sua estrutura organizacional, institui as tabelas de vencimentos e dá outras providências, no que interessa prevê:

ANEXO I

**QUADRO DE CARGOS EM COMISSÃO A SEREM
EXTINTOS NA VACÂNCIA**

DENOMINAÇÃO	NÍVEL	QUANT.
Chefe de Setor	C-1	38
Chefe de Serviço	C-2	21

(...)

ANEXO II

DENOMINAÇÃO	NÍVEL	QUANT.
Chefe de Setor	C-1	38
Chefe de Serviço	C-2	21

ANEXO VI**QUADRO DE CARGOS EM COMISSÃO**

DENOMINAÇÃO	SIMBOLOGIA	QUANT.
Chefe de Gabinete	C-6	01
Coordenador	C-5	10
Assessor de Políticas Públicas	C-5	05
Diretor de Divisão	C-4	05
Assessor de Secretaria	C-4	29
Gerente de Serviço	C-2	02
Assessor de Gestão	C-2	34
Chefe de Setor	C-1	07
Assessor de Unidade	C-1	36

ANEXO VII

**TABELA DE VENCIMENTOS DOS CARGOS
PERMANENTES****TABELA DE VENCIMENTOS DOS CARGOS EM COMISSÃO**

REF.	NOMENCLATURA	VALOR	GRATIFICAÇÃO	VALOR
C-1	Chefe de Setor	475,06	35%	166,27
C-2	Chefe de Serviço	641,82	35%	224,64
C-3	Diretor de Escola	807,84	40%	323,14
C-4	Chefe de Divisão	950,19	40%	380,08
C-5	Coordenador	1.098,68	60%	659,21
C-6	Secretário Municipal	1.187,79	80%	950,23

ANEXO VIII

(...)

Art. 25. São atribuições comuns aos **Assessores de Secretaria:**

I. Orientar na resolução de demandas específicas de programas e projetos de âmbito estratégico para a gestão governamental;

II. Subsidiar as instâncias superiores no que concerne ao planejamento e ao processo relativo às políticas, programas e projetos de sua área;

III. Atuar em conjunto com os Secretários ou Coordenadores no planejamento de ações, na organização dos meios e nas atividades da respectiva área de atuação;

IV. Participar de estudos, levantamentos, planejamento e implantação de serviços de sua área;

V. Promover o planejamento dos programas de governo notadamente em relação às diretrizes traçadas pelo Poder Executivo;

VI. Articular na implementação do Plano de Governo através da participação ativa em ações integradas junto à comunidade.

Art. 26. São atribuições comuns aos **Assessores de Gestão**:

I. Cooperar na coordenação das atividades do respectivo Departamento;

II. Acompanhar o superior hierárquico no desempenho de suas funções;

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

IV. Participar das atividades das unidades subordinadas ao superior hierárquico;

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

VI. Acompanhar a execução da programação dos trabalhos nos prazos previstos conforme programa de governo;

VII. Exercer outras atribuições que lhe forem conferidas ou delegadas pelo superior hierárquico.

Art. 27. São atribuições comuns aos **Assessores de Unidades**:

I. Atuar na articulação de ideias e discussões concernentes à implantação das medidas constantes no Plano de Governo junto às comunidades;

II. Colaborar no levantamento de informações pertinentes à área de atuação em conformidade com as diretrizes traçadas pelo dirigente da Unidade;

III. Acompanhar a implantação e o desenvolvimento de ações de políticas públicas junto à comunidade;

IV. Participar da elaboração do planejamento de projetos especiais e estratégicos;

ANEXO IX**Cargos em comissão vinculados ao Gabinete do Prefeito**

Gabinete do Prefeito				
Órgão	Denominação	Nível de Remuneração		
Chefia de Gabinete	Chefe de Gabinete	CHEFE DE GABINETE	C-6	
Chefia de Gabinete	Coordenador de Assuntos Jurídicos	COORDENADOR	C-5	
Chefia de Gabinete	Função Gratificada de Atos Oficiais	FG	30% ou 20%	
Chefia de Gabinete	Função Gratificada de Transporte	FG	30% ou 20%	
Assessoria de Políticas Públicas	Assessor de Políticas Públicas	ASSESSOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS	C-5	
Assessoria Secretaria	Assessor de Secretaria	ASSESSOR DE SECRETARIA	C-4	
Assessoria de Gestão	Assessor de Gestão	ASSESSOR DE GESTÃO	C-2	
Assessoria de Unidade	Assessor de Unidade	ASSESSOR DE UNIDADE	C-1	

Totais	108		
Chefe de Gabinete	01		
Coordenadoria	01		
Função Gratificada	02		
Assessorias	104		

Por seu turno, a Lei Complementar n. 309, de 14 de dezembro de 2018, do Município de Franca, além de alterar o diploma acima transcrito, cria os seguintes cargos de provimento em comissão:

Art. 1º Ficam criados 104 cargos em comissão, de livre provimento do Chefe do Executivo, e incorporados ao Anexo VI (Quadro de Cargos em Comissão) da Lei Complementar nº 01, de 24 de julho de 1995, na forma do artigo 4º desta Lei Complementar, com as seguintes nomenclaturas e quantidades:

- I. Assessor de Políticas Públicas – 05 vagas;
- II. Assessor de Secretaria – 29 vagas;
- III. Assessor de Gestão – 34 vagas;
- IV. Assessor de Unidade – 36 vagas.

Parágrafo único: Os cargos de Assessor de Políticas Públicas, Assessor de Secretaria, Assessor de Gestão e Assessor de Unidade poderão exercer suas atividades em todas as secretarias municipais, conforme designação do Chefe do Executivo, visando atender as necessidades da municipalidade.

II - O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

Os dispositivos da lei impugnada 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 de seu art. 144, que assim estabelece:

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.

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

Artigo 24 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

(...)

§ 2º - Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:

(...)

1 - criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;

(...)

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 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;

(...)”.

a) Criação abusiva e artificial de cargos ou empregos de provimento em comissão

Conquanto a lei impugnada tenha descrito as atribuições dos cargos de provimento em comissão, o fez com elevado grau de generalidade, imprecisão e indeterminação e, ao mesmo tempo, expressou atribuições que, em realidade, são

técnicas, profissionais e ordinárias e que, portanto, não revestem a excepcionalidade exigível no nível superior de assessoramento, chefia e direção como funções inerentes aos respectivos cargos de provimento em comissão.

Como bem pontificado em venerando acórdão desse egrégio Tribunal:

“A criação de tais cargos é exceção a esta regra geral e tem por finalidade de propiciar ao governante o controle de execução de suas diretrizes políticas, sendo exigido de seus ocupantes absoluta fidelidade às orientações traçadas.

Em sendo assim, deve ser limitada aos casos em que seja exigível especial relação de confiança entre o governante e o servidor.

(...)

Tratando-se de postos comuns – de atribuição de natureza técnica e profissional -, em que não se exige de quem vier a ocupá-los o estabelecimento de vínculo de confiança ou fidelidade com a autoridade nomeante, deveriam ser assumidos, em caráter definitivo, por servidores regularmente aprovados em concurso público de provas ou de provas e títulos, em conformidade com a regra prevista no citado inciso II” (TJSP, ADI 173.260-0/4-00, Órgão Especial, Rel. Des. Armando Toledo, v.u., 22-07-2009).

Os cargos criados consistem em funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais, e, por isso, devem ser preenchidos por servidor público investido em cargo de provimento efetivo, recrutado após prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Não há, evidentemente, nenhum componente nos postos acima transcritos 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, ofensivos aos princípios da moralidade e da

impessoalidade (art. 111, Constituição Estadual), que orientam os incisos II e V do art. 115 da Constituição Estadual, os dispositivos legais acima destacados.

No exercício de sua autonomia administrativa, o Município cria cargos, cargos 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 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.

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

Podem ser de livre nomeação e exoneração apenas aqueles cargos ou cargos 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*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, p. 208).

Daí a afirmação de que “*é inconstitucional a lei que criar cargo em comissão para o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza puramente profissional, fora dos níveis de **direção, chefia e assessoramento superior***” (cf. Adilson de Abreu Dallari, *Regime constitucional dos servidores públicos*, 2. ed., 2. tir., São Paulo, RT, 1992, p. 41, g.nº).

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. Supremo Tribunal Federal (ADI-MC 1141/GO, Rel. Min^o 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.

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).

É necessário ressaltar que a posição aqui sustentada encontra esteio em julgados desse E. Tribunal de Justiça (ADI 111.387-0/0-00, j. em 11.05.2005, rel. des. Munhoz Soares; ADI 112.403-0/1-00, j. em 12 de janeiro de 2005, rel. des. Barbosa Pereira; ADI 150.792-0/3-00, julgada em 30 de janeiro de 2008, rel. des. Elliot Akel; ADI 153.384-0/3-00, rel. des. Armando Toledo, j. 16.07.2008, v.u.).

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

“Ação direta de inconstitucionalidade. Cargos de "Agente de Fiscal. Externo", "Assessor Jurídico", "Chefe de Seção de Farmácia", "Chefe de Seção de Saúde", "Chefe de Seção de Contabilidade", "Chefe de Seção de Cultura e Turismo", "Chefe de Seção de Educação", "Chefe de Seção de Licitações e Compras", "Chefe de Seção de Limpeza Pública", "Chefe de Seção Municipal de Meio Ambiente", "Chefe de Seção de Recursos Humanos", "Chefe de Seção de Tesouraria", "Chefe de Seção de Apoio Produtor Rural", "Chefe de Seção Cadastro de Tributos e Fiscalização", "Chefe de Seção Constr. e Manutenção de Obra", "Chefe de Seção de Promoção e Assistência Social", "Coordenador do CRAS", "Coordenador Pedagógico/Projetos", "Diretor de Escola", "Encarregado do Setor de Creches", "Encarregado do Setor de Eventos", "Encarregado do Setor de Merenda Escolar", "Encarregado do Setor de Serviços Especiais", "Encarregado do Setor de Almoxarifado e Patrimônio", "Encarregado do Setor de Constr. e Conservação de Bens Públicos", "Encarregado do Setor de Manutenção de Frota", "Encarregado do Setor de Triagem Assistência e Medicamentos", "Encarregado de Crédito – Banco do Povo", "Encarregado de Gabinete", "Gestor de Polo", "Professor Coordenador de Educação Básica", "Secretário de Gabinete", "Secretário Executivo" e "Vice-Diretor", previstos

nos Anexos I, II, III e V da Lei Complementar 116, de 13 de junho de 2016, do Município de Piacatu. Inconstitucionalidade. Atribuições administrativas, burocráticas e técnicas. Obrigatoriedade de acesso pelo sistema de mérito, mediante concurso público. Ação direta de inconstitucionalidade. Cargo de assessor jurídico, a ser provido em comissão. Inconstitucionalidade. Previsão de atribuições atinentes à consultoria e representação jurídica do órgão legislativo. Acesso mediante concurso público. Ação direta de inconstitucionalidade. Submissão dos empregados nomeados em comissão ao regime jurídico da CLT. Descabimento, por incompatibilidade com essa modalidade de contratação. Ação procedente, modulados os efeitos em 120 dias de hoje, data do julgamento”. (TJ/SP, ADI nº 2256230-88.2016.8.26.0000, Des. Rel. Borelli Thomaz, julgada em 02 de agosto de 2017)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei nº 972, de 19.01.17 de Silveiras. Criação de cargos de provimento em comissão. Atribuições não retratam assessoramento, direção e chefia. Questão em parte superada com a vigência da Lei nº 983, de 02.05.17. Superveniente falta de condição da ação. Ausente o interesse de agir. Perda de objeto. Precedentes. Processo julgado extinto, quanto ao parágrafo único do art. 4º; expressões "Conselheiro Tutelar" e "Assessor Jurídico do Gabinete do Prefeito" constantes dos Anexos II e III da Lei nº 972, de 19.01.17, sem resolução de mérito. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei nº 983, de 02.05.17 de Silveiras. Alterando as disposições da Lei nº 972, de 19.01.17, deu nova redação aos seus Anexos II e III, mantendo as atribuições de cargos de provimento em comissão e criando novo cargo de provimento em comissão

que não retratam funções de assessoramento, chefia e direção. Controle concentrado incidental. Caracterizada evidente manobra para esvaziar o processo de controle abstrato sem pretensão de sanar o vício apontado. Possibilidade de análise incidental da questão. Precedentes da Suprema Corte e do C. Órgão Especial. Funções burocráticas, técnicas ou profissionais. "Assessor de Turismo", "Assessor de Serviço Social", "Assessor de Transporte", "Assessor de Obras Rurais", "Chefe do Setor da Educação", "Chefe de Divisão de Transporte", "Chefe do Setor da Ação Comunitária", "Chefe do Setor de Cultura e Turismo", "Chefe do Setor de Esportes e Lazer", "Chefe do Setor de Limpeza" e "Secretário" constantes do Anexo II e III da Lei nº 972, de 19.01.17 e "Assessor de Turismo", "Assessor de Serviço Social", "Assessor de Transporte", "Assessor de Obras Rurais", "Assessor do Setor da Educação", "Assessor do Setor da Ação Comunitária", "Assessor do Setor de Cultura", "Assessor do Setor de Esportes e Lazer", "Assessor do Setor de Limpeza" e "Diretor de Trânsito e Transportes", constantes dos Anexos II e III, da Lei Municipal no 983, de 02.05.17. Inadmissível contratar servidores em comissão para as ocupar. Vício deduzível, inclusive, da própria nomenclatura deles. Modulação. 120 dias a contar do julgamento da presente ação (art. 27 da Lei nº 9.868/99). Procedente, quanto ao mais, a ação, com modulação". (TJ/SP, ADI nº 2047438-95.2017.8.26.0000, Des. Rel. Evaristo dos Santos, julgada em 02 de agosto de 2017)

Incide, ademais, 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”.

No caso em exame, evidencia-se claramente que os **cargos de provimento em comissão** destinam-se a desempenhar **atividades meramente burocráticas ou técnicas, que não exigem, para seu adequado desempenho, relação de especial confiança**.

Nesse sentido, o cargo de provimento em comissão de **“Assessor de Secretaria”** possui como atribuições, dentre outras: de “subsidiar as instâncias superiores no que concerne ao planejamento e ao processo relativo às políticas, programas e projetos de sua área” e de “participar de estudos, levantamentos, planejamento e implantação de serviços de sua área”.

Em relação ao **“Assessor de Gestão”**, incumbe “Assessorar no cumprimento dos compromissos agendados otimizando tempo para execução dos trabalhos” e “Acompanhar a execução da programação dos trabalhos nos prazos previstos conforme programa de governo”, dentre outras.

Por sua vez, no tocante ao cargo de **“Assessor de Unidade”**, destacam-se as seguintes atribuições: “Atuar na articulação de ideias e discussões concernentes à implantação das medidas constantes no Plano de Governo junto às comunidades” e “Participar da elaboração do planejamento de projetos especiais e estratégicos”.

Constata-se, a partir do exposto, que as atribuições previstas para os referidos cargos são atividades destinadas a atender necessidades executórias ou a dar suporte a decisões e execução, sendo, portanto, de natureza técnica, administrativa e burocrática, distantes dos encargos de comando superior em que se exige especial confiança e afinamento com as diretrizes políticas do governo.

Ressalte-se, por fim, que a quantidade prevista respectivamente para os cargos de provimento em comissão de **Assessor de Secretaria (29)**, **Assessor de Gestão (34)** e **Assessor de Unidade (36)** fere diretamente a **proporcionalidade e a razoabilidade exigidas**.

Vale lembrar, a propósito, que o provimento de cargos sem concurso só é necessário em pequena medida (excepcionalidade), e isso é indispensável à sua adequação e para que o ônus que recai sobre o erário, nesse quadro, se mostre aceitável (proporcionalidade). Portanto, não se mostra razoável que o legislador transforme a exceção em regra, de forma a burlar a obrigatoriedade do concurso público.

Desse modo, caso o Poder Executivo Municipal creditasse aos postos impugnados uma função estratégica na estrutura administrativa municipal, cujo elemento fiduciário fosse indispensável à sua consecução, a bem do ordenamento local, os teria criado como uma função de confiança, atribuída aos servidores ocupantes de cargo efetivo após aprovação em concurso, e não como feito, de modo a desrespeitar aos arts. 111 e 115, incisos II e V, da Carta Paulista.

b) Ausência de descrição em lei das atribuições dos cargos de provimento em comissão de “Diretor de Divisão”, “Gerente de Serviço” e de “Chefe de Setor” existentes na estrutura administrativa do Município de Franca

Anote-se, de proêmio, que não houve disposição em lei das atribuições dos cargos de provimento em comissão de **“Diretor de Divisão”, “Gerente de Serviço” e “Chefe de Setor”** previstos nos Anexos I, II, VI, VII da Lei Complementar n. 01, de 24 de junho de 1995, do Município de Franca (na redação dada pela Lei Complementar n. 309, de 14 de dezembro de 2018, daquele Município), fato

este que implica violação aos arts. 111 e 115, I, II e V, 144 da Constituição Estadual.

Com efeito, o princípio da legalidade impõe lei em sentido formal para disciplina das atribuições de qualquer função pública *lato sensu* (cargo ou emprego públicos). Embora distintos seus regimes jurídicos, cargo e emprego significam o lugar e o conjunto de atribuições e responsabilidades determinadas na estrutura organizacional, com denominação própria, criado por lei, sujeito à remuneração e à subordinação hierárquica, provido por uma pessoa, na forma da lei, para o exercício de uma específica função permanente conferida a um servidor. Ponto elementar relacionado à criação de cargos ou empregos públicos é a necessidade de a lei específica – no sentido de reserva legal ou de lei em sentido formal, ou, ainda, de princípio da legalidade absoluta ou restrita, como ato normativo produzido no Poder Legislativo mediante o competente e respectivo processo - descrever as correlatas atribuições. A criação do cargo público impõe a fixação de suas atribuições porque todo cargo pressupõe função previamente definida em lei (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. “Direito Administrativo”, São Paulo: Atlas, 2006, p. 507; Odete Medauar. Direito Administrativo Moderno, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 287; Marçal Justen Filho. “Curso de Direito Administrativo”, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 581).

Neste sentido, é ponto luminoso na criação de cargos ou empregos públicos a necessidade de que lei específica descreva as correlatas atribuições, consoante expõe lúcida doutrina:

“(…) 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 fazem-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).

Somente a partir da descrição precisa das atribuições do cargo público será possível, a bem do funcionamento administrativo e dos direitos dos administrados, averiguar-se a completa licitude do exercício de suas funções 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, aqueles que tangenciam os direitos dos administrados, e que se espraia à aferição da legitimidade da forma de investidura no cargo público que deve ser guiada pela legalidade, moralidade, pela impessoalidade e pela razoabilidade.

Nem se alegue, por oportuno, que ao Chefe do Poder Executivo remanesceria competência para descrição das atribuições do cargo público, sob pena de convalidar a invasão de matéria sujeita exclusivamente à reserva legal. A possibilidade de regulamento autônomo para disciplina da organização administrativa não significa a outorga de competência para o Chefe do Poder Executivo fixar atribuições de cargo público e dispor sobre seus requisitos de habilitação e forma de provimento. A alegação cede à vista do art. 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal, e do art. 24, § 2º, 1, da Constituição Estadual que, em coro, **exigem lei em sentido formal**. Regulamento administrativo (ou de organização) contém normas sobre a organização administrativa, isto é, a disciplina do modo de prestação do serviço e das relações intercorrentes entre

órgãos, entidades e agentes, e de seu funcionamento, sendo-lhe vedado criar cargos públicos, somente extingui-los desde que vagos (arts. 48, X, 61, § 1º, II, a, 84, VI, b, Constituição Federal; art. 47, XIX, a, Constituição Estadual) ou para os fins de contenção de despesas (art. 169, § 4º, Constituição Federal).

Com maior razão a exigência de reserva legal em se tratando de cargos ou empregos de provimento em comissão, posto que serve para mensuração da perfeita subsunção da hipótese normativa concreta ao comando constitucional excepcional que restringe o comissionamento às funções de assessoramento, chefia e direção. Portanto, somente se a lei possuir atribuições nela descritas desse jaez será legítima e não abusiva nem artificial sua criação e sua forma de provimento. Quanto aos cargos de provimento efetivo a exigência da reserva legal descritiva de suas atribuições também é impositiva na medida em que contribui para o bom funcionamento administrativo e o respeito aos direitos dos administrados ao delimitar as competências de cada cargo na organização municipal.

Sobre o tema esse Colendo Órgão Especial já se pronunciou, conforme se verifica na seguinte ementa:

“Ação direta de inconstitucionalidade – LCM N. 113/07 do Município de Peruíbe que alterando o quadro geral dos servidores municipais de que trata o art. 210 da Lei nº 1.330/90 e suas modificações posteriores criou os cargos de provimento em comissão de assessor de setor, chefe de setor, assessor de serviço, chefe de serviço, assessor de comunicação, coordenador geral, diretor de divisão, diretor de trânsito, assessor de departamento, diretor musical, diretor de departamento e procurador geral, constantes de seu anexo II, sem, todavia, lhes descrever as atribuições. Violação do princípio da reserva legal.” (ADIN Rel. Des. Alves Bevilacqua, j. 22.08.2012)

Desta forma, é de rigor a declaração de inconstitucionalidade das expressões **“Diretor de Divisão”, “Gerente de Serviço” e “Chefe de Setor”**

previstas nos Anexos I, II, VI, VII da Lei Complementar n. 01, de 24 de junho de 1995, do Município de Franca (na redação dada pela Lei Complementar n. 309, de 14 de dezembro de 2018, daquele Município).

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 “**Assessor de Secretaria**”, “**Assessor de Gestão**”, “**Assessor de Unidade**”, “**Diretor de Divisão**”, “**Gerente de Serviço**” e “**Chefe de Setor**” previstas nos Anexos I, II, VI, VII, VIII, IX, da Lei Complementar n. 01, de 24 de junho de 1995, do Município de Franca (na redação dada pela Lei Complementar n. 309, de 14 de dezembro de 2018, daquele Município), bem como das expressões “**Assessor de Secretaria**”, “**Assessor de Gestão**” e “**Chefe de Setor**” previstas no art. 1º Lei Complementar n. 309, de 14 de dezembro de 2018, do Município de Franca.

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

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 31 de maio de 2019.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

Sei n. 29.0001.0011749.2019-69

Objeto: **representação para o controle de constitucionalidade da Lei Complementar n. 309, de 14 de dezembro de 2018, do Município de Franca.**

1. Distribua-se a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade das expressões “Assessor de Secretaria”, “Assessor de Gestão”, “Assessor de Unidade”, “Diretor de Divisão”, “Gerente de Serviço” e “Chefe de Setor” previstas nos Anexos I, II, VI, VII, VIII, IX, da Lei Complementar n. 01, de 24 de junho de 1995, do Município de Franca (na redação dada pela Lei Complementar n. 309, de 14 de dezembro de 2018, daquele Município), bem como das expressões “Assessor de Secretaria”, “Assessor de Gestão” e “Chefe de Setor” previstas no art. 1º Lei Complementar n. 309, de 14 de dezembro de 2018, do Município de Franca, junto ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, instruída com o protocolado em epígrafe mencionado.
2. Cumpra-se.

São Paulo, 31 de maio de 2019.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

aca/acssp