

Câmara Municipal de Rio Claro

Estado de São Paulo

ORDEM DO DIA Nº 04/2020 SESSÃO ORDINÁRIA - 02/03/2020

1 - 1ª Discussão do **PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 010/2020 - PREFEITO MUNICIPAL** - DISPÕE SOBRE A ESTRUTURAÇÃO DOS CARGOS DE SECRETÁRIOS MUNICIPAIS, DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO, DAS FUNÇÕES DE CONFIANÇA E DAS FUNÇÕES GRATIFICADAS DA PREFEITURA MUNICIPAL DE RIO CLARO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Parecer Jurídico nº 10/2020 - pela deliberação das Comissões Permanentes da Edilidade. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça nº 011/2020 - pela legalidade. Parecer da Comissão de Administração Pública nº 009/2020 - pela aprovação. Parecer da Comissão de Políticas Públicas nº 025/2020 - pela aprovação. Parecer da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana nº 007/2020 - pela aprovação. Parecer da Comissão de Acompanhamento da Execução Orçamentária e Finanças nº 007/2020 - pela aprovação. Processo nº 15537.

2 - 1ª Discussão do **PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 011/2020 - PREFEITO MUNICIPAL** - DISPÕE SOBRE A ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DA PREFEITURA MUNICIPAL DE RIO CLARO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Parecer Jurídico nº 11/2020 - pela legalidade. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça nº 012/2020 - pela legalidade. Parecer da Comissão de Administração Pública nº 010/2020 - pela aprovação. Parecer da Comissão de Políticas Públicas nº 026/2020 - pela aprovação. Parecer da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana nº 008/2020 - pela aprovação. Parecer da Comissão de Acompanhamento da Execução Orçamentária e Finanças nº 008/2020 - pela aprovação. Processo nº 15538.

3 - 1ª Discussão do **PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 012/2020 - PREFEITO MUNICIPAL** - DISPÕE SOBRE A ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DO DEPARTAMENTO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE RIO CLARO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Parecer Jurídico nº 12/2020 - pela legalidade. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça nº 013/2020 - pela legalidade. Parecer da Comissão de Administração Pública nº 011/2020 - pela aprovação. Parecer da Comissão de Políticas Públicas nº 027/2020 - pela aprovação. Parecer da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana nº 009/2020 - pela aprovação. Parecer da Comissão de Acompanhamento da Execução Orçamentária e Finanças nº 009/2020 - pela aprovação. Processo nº 15539.

Câmara Municipal de Rio Claro

Estado de São Paulo

4 - 1ª Discussão do **PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 013/2020 - PREFEITO MUNICIPAL** - DISPÕE SOBRE A ESTRUTURAÇÃO DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO, DAS FUNÇÕES DE CONFIANÇA E DAS FUNÇÕES GRATIFICADAS DO DEPARTAMENTO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE RIO CLARO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Parecer Jurídico nº 13/2020 - pela deliberação das Comissões Permanentes da Edilidade. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça nº 014/2020 - pela legalidade. Parecer da Comissão de Administração Pública nº 012/2020 - pela aprovação. Parecer da Comissão de Políticas Públicas nº 028/2020 - pela aprovação. Parecer da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana nº 010/2020 - pela aprovação. Parecer da Comissão de Acompanhamento da Execução Orçamentária e Finanças nº 010/2020 - pela aprovação. Processo nº 15540.

5 - 1ª Discussão do **PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 014/2020 - PREFEITO MUNICIPAL** - DISPÕE SOBRE A ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DA FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE SAÚDE DE RIO CLARO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Parecer Jurídico nº 14/2020 - pela legalidade. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça nº 015/2020 - pela legalidade. Parecer da Comissão de Administração Pública nº 013/2020 - pela aprovação. Parecer da Comissão de Políticas Públicas nº 029/2020 - pela aprovação. Parecer da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana nº 011/2020 - pela aprovação. Parecer da Comissão de Acompanhamento da Execução Orçamentária e Finanças nº 011/2020 - pela aprovação. Processo nº 15541.

6 - 1ª Discussão do **PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 015/2020 - PREFEITO MUNICIPAL** - DISPÕE SOBRE A ESTRUTURAÇÃO DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO, DAS FUNÇÕES DE CONFIANÇA E DAS FUNÇÕES GRATIFICADAS DA FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE SAÚDE DE RIO CLARO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Parecer Jurídico nº 15/2020 - pela deliberação das Comissões Permanentes da Edilidade. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça nº 016/2020 - pela legalidade. Parecer da Comissão de Administração Pública nº 014/2020 - pela aprovação. Parecer da Comissão de Políticas Públicas nº 030/2020 - pela aprovação. Parecer da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana nº 012/2020 - pela aprovação. Parecer da Comissão de Acompanhamento da Execução Orçamentária e Finanças nº 012/2020 - pela aprovação. Processo nº 15542.

+++++

PLC. 010/2020

**TEXTO DO PROJETO
NA ÍNTEGRA
DISPONÍVEL NO SITE:**

<https://www.rioclaro.sp.leg.br/>

Câmara Municipal de Rio Claro



Estado de São Paulo

PARECER JURÍDICO Nº 10/2020 - REFERENTE AO PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 10/2020 - PROCESSO Nº 15537-013-20.

Atendendo ao que dispõe o artigo 136, § 2º, do Regimento Interno da Câmara Municipal de Rio Claro, esta Procuradoria Jurídica emite Parecer a respeito do Projeto de Lei Complementar nº 10/2020, de autoria do nobre Prefeito João Teixeira Junior, que dispõe sobre a estruturação dos cargos de Secretários Municipais, dos cargos de provimento em comissão, das funções de confiança e das funções gratificadas da Prefeitura Municipal de Rio Claro e dá outras providências.

Inicialmente, cumpre esclarecer, que não cabe a esta Procuradoria Jurídica apreciar o mérito ou conveniência da proposta ora apresentada, pois a matéria é restrita aos senhores Vereadores.

No aspecto jurídico, esta Procuradoria Jurídica ressalta o seguinte:

 RP 
04

Câmara Municipal de Rio Claro

Estado de São Paulo

O Projeto de Lei em questão dispõe sobre assunto de interesse local, o que permite ao Município legislar sobre a matéria, nos termos do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal e artigo 8º, inciso I, da Lei Orgânica do Município de Rio Claro.

Não obstante, trata-se de competência do Município suplementar as legislações federal e estadual, no que couber, a teor do artigo 14, inciso I, da LOMRC.

Por sua vez, a iniciativa dos projetos de leis complementares e ordinárias compete ao Vereador, as Comissões, ao Prefeito e aos cidadãos, nos termos do artigo 44, da Lei Orgânica do Município de Rio Claro.

No caso em apreço, o projeto de lei dispõe sobre a estruturação dos cargos de Secretários Municipais, dos cargos de provimento em comissão, das funções de confiança e das funções gratificadas da Prefeitura Municipal de Rio Claro e dá outras providências.

A competência de iniciativa para propor a referida matéria é privativa do Senhor Prefeito Municipal, a teor do artigo 46, incisos I, II e III, bem como do artigo 79, V, da Lei Orgânica do Município de Rio Claro.



Câmara Municipal de Rio Claro

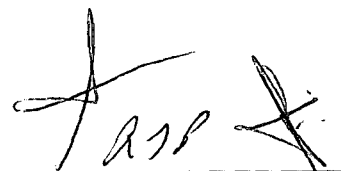
Estado de São Paulo

Sob esse diapasão, a **legitimidade está patente.**

Cabe ao Prefeito Municipal dispor sobre matéria relacionada aos servidores públicos municipais, cargos de provimento em comissão, funções de confiança e funções gratificadas da Prefeitura Municipal de Rio Claro, consoante dispõem os dispositivos legais mencionados.

A propósito, a Lei Orgânica do Município de Rio Claro preceitua em seu artigo 183 que o Município organizará sua administração e exercerá suas atividades por meio de um processo de planejamento de caráter permanente e contínuo.

Nota-se, que o Projeto de lei em questão tem por objetivo dar cumprimento ao acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2270780-20.2018.8.26.0000, promovida pelo Ministério Público, que foi julgada parcialmente procedente, declarando inconstitucionais diversos cargos de provimento em comissão do quadro de servidores da Prefeitura Municipal de Rio Claro.



06

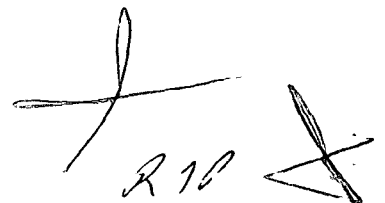
Câmara Municipal de Rio Claro

Estado de São Paulo

Dessa forma, ressaltamos que 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. Neste ponto, caberão às Comissões Permanentes da Casa Legislativa verificar se a proposta em tela atendeu ou não os apontamentos constantes no mencionado acórdão e, em caso de dúvidas, deverão questionar diretamente os Setores Técnicos da Prefeitura Municipal e/ou Fundação que elaborou o estudo do Projeto de Lei em apreço.

Assim sendo, salientamos que poderão surgir questionamentos jurídicos sobre os seguintes pontos:

1- O cargo de Procurador Geral do Município foi julgado inconstitucional pelo Poder Judiciário, uma vez que as atividades inerentes à advocacia pública são atribuições técnicas e suas respectivas chefias são reservadas a profissionais investidos em cargos de provimento efetivo da respectiva carreira, mediante a aprovação em concurso público. No entanto, verificamos que no Projeto de Lei em questão o cargo de Procurador Geral do Município continua sendo de provimento em comissão.

Handwritten signature and initials, possibly "R10" and a stylized mark.

Câmara Municipal de Rio Claro

Estado de São Paulo

2- Os §§ 1º e 2º do artigo 10, do Projeto de Lei 10/2020, dispõem que transitoriamente (pela vigência máxima de seis anos) as funções de Diretor de Departamento poderão ser ocupadas por servidores comissionados, porém o cargo de Diretor de Departamento também foi julgado inconstitucional pelo Poder Judiciário se preenchido na forma comissionada.

Por sua vez, verificamos que foi juntado o estudo de impacto orçamentário, em respeito ao artigo 14 da Lei Federal Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

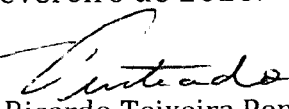
Diante do exposto, caberão às nobres Comissões Permanentes da Edilidade deliberarem sobre o assunto, sendo que, a matéria para ser aprovada, dependerá da maioria absoluta dos membros da Câmara Municipal, nos termos do artigo 43, § 2º, III, da Lei Orgânica do Município de Rio Claro.

Rio Claro, 14 de fevereiro de 2020.


Daniel Magalhães Nunes

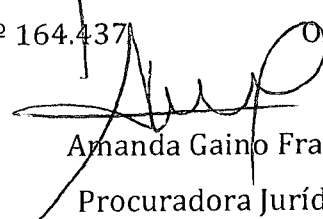
Procurador Jurídico

OAB/SP nº 164.437


Ricardo Teixeira Penteado

Procurador Jurídico

OAB/SP nº 139.624


Amanda Gaino Franco

Procuradora Jurídica

OAB/SP nº 284.357



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2019.0000604095

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2270780-20.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIO CLARO, é embargado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E ACOLHERAM EM PARTE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, COM EFEITO MODIFICATIVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, VICO MAÑAS, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS E FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 31 de julho de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS

RELATOR

Assinatura Eletrônica

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ED nº 2.270.780-20.2018.8.26.0000/50000 – São Paulo

Voto n° 36.688

Embgte: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIO CLARO

Embgdº: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
(Lei Complementar 89/2014)

Rel. Des. **ANTONIO CARLOS MALHEIROS** - Voto nº 38.694

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Omissão. Ocorrência, em parte.

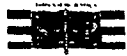
(a) *Inépcia da inicial. Inocorrência. Razoavelmente claros a descrição dos fatos, os fundamentos jurídicos e o pedido. Preliminar afastada.*

(b) Cargo de Corregedor da Guarda Civil do Município. Informações acerca da revogação parcial da Lei Complementar nº 89/14 pela Lei Complementar nº 95/14 passando esse cargo a ser privativo de titular efetivo da carreira de guarda civil municipal. Falta de interesse de agir quanto ao ponto. Extinção parcial da ação nesse aspecto.

(c) Procurador Geral do Município e demais cargos.
Inadmissíveis quando o aresto não contém omissão. Pretensa alteração do julgado revela natureza infringente do recurso.
Embargos acolhidos, em parte, com efeitos infringentes.

1. Trata-se de **embargos de declaração** de aresto (fls. 3.473/3.502 dos principais) julgando procedente, com modulação, **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo tendo por objeto as expressões ***“Oficial de Gabinete, Procurador Geral, Ouvidor Geral do Município, Corregedor Geral da Guarda Civil Municipal, Ouvidor Geral da Guarda Civil Municipal, Assessor CV, Assessor CVI, Assistente de Gabinete, Diretor de Departamento, Diretor de Complexo Educacional e Gerente”*** constantes dos Anexos I, e IV da Lei Complementar nº 89/2014, do Município de Rio Claro.

Apontou omissões. Não restou apreciada a preliminar arguida nas informações. Evidente a inépcia da inicial diante da desconexão entre o pedido formulado e a fundamentação apresentada. Omito o v. acórdão quanto à fundamentação apresentada em relação ao cargo de Procurador Geral do Município. V. aresto não observou que em relação à função de Corregedor da Guarda Civil do Município, a LC nº 89/14 já havia sido alterada pela LC nº 95/14, que passou a exigir que o cargo seja ocupado por servidor



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

efetivo pertencente a guarda civil municipal. Finalmente, v. aresto não confrontou a fundamentação apresentada pelo Município em suas informações. Daí a declaração (fls. 01/06).

Manifestou-se a d. Procuradoria pela rejeição dos declaratórios (fls. 21/25).

É o relatório.

2. Acolho, em parte, os embargos.

As decisões judiciais, à luz do art. 1.022 do CPC, comportam embargos de declaração tão somente quando houver **obscuridade** ou **contradição** ou for **omitido** ponto sobre o qual devia pronunciar-se o Juiz, ou ainda para correção de **erro material**.

A **omissão**, de que trata o inciso II do art. 1.022 do CPC, diz respeito a “... ponto ou questão sobre o qual devia pronunciar-se o juiz de ofício ou a requerimento”.

Na lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR,

“O pressuposto de admissibilidade dessa espécie de recurso é a existência de obscuridade ou contradição na decisão; de omissão de algum ponto sobre que devia pronunciar-se o juiz ou tribunal, ou erro material (NCPC, art. 1.022, I, II e III).”

“Se o caso é de omissão, o julgamento dos embargos supri-la-á, decidindo a questão que, por lapso, escapou à decisão embargada. No caso de obscuridade ou contradição, o decisório será expungido, eliminando-se o defeito nele detectado. Tratando-se de erro material, o juiz irá corrigi-lo.” (grifei - “Curso de Direito Processual Civil Volume III” – Ed. Forense – 2015 – 47ª ed. – p. 1.060).

No mesmo sentido:

“A omissão consiste na falta de pronunciamento sobre matéria que devia ter sido enfrentada pelo julgador.” (THEOTÔNIO NEGRÃO in “Novo Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor” – Ed. Saraiva – 2016 – 47ª ed. – nota 16a ao art. 1.022 – p. 951).

Há lacunas a aclarar.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

a) Quanto à inépcia da inicial.

Prefeito Municipal apontou esse vício (fls. 509/518 do principal) em razão de suposta desconexão entre o pedido formulado e a fundamentação apresentada.

Cabia a este **Col. Órgão Especial**, efetivamente, apreciar a preliminar arguida. Nada estabelecendo, foi omissa quanto ao ponto.

Todavia, sem razão o embargante (fls. 04/06).

Ensina a **jurisprudência**:

"... a petição inicial só deve ser indeferida, por inépcia, quando o vício apresentar tal gravidade que impossibilite a defesa do réu, ou a própria prestação jurisdicional." (STF - REsp nº 193.100-RS - Rel. Min. **ARI PARGENDLER** - DJU de 04.02.02 - p. 421 - *in* - **THEOTÔNIO NEGRÃO** - "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor" - Ed. Saraiva - 2011 - art. 295 - nota 6).

Não é esse o caso dos autos.

Vestibular (fls. 01/23) menciona os fundamentos que conduziram à alegada inconstitucionalidade. Plenamente possível a compreensão da matéria *sub judice*. Atendidos os pressupostos legais.

De **inépcia** não há falar.

Afasto a preliminar.

b) Quanto ao cargo de Corregedor da Guarda Civil do Município.

Deixou-se de apreciar informações trazidas pelo Prefeito Municipal (fls. 536/537) sobre a edição da Lei Complementar nº 95, de 22 de dezembro de 2014, que expressamente revogou a Lei Complementar nº 89/14 quanto à forma de provimento do cargo de **Corregedor da Guarda Civil do Município**, objeto da presente ação.

A nova norma Municipal determinou que o cargo de Corregedor da Guarda Civil do Município seria privativo de titular efetivo da carreira de guarda civil municipal



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

[“Art. 38. (...) II- 01 (um) Corregedor Geral da GCM, privativo de Guarda Civil Municipal;” - fl. 537].

Dá ser caso de **extinguir a ação** com relação ao cargo de Corregedor da Guarda Civil do Município.

Ao lado da **legitimidade**, o **interesse de agir** é apontado como uma das condições da ação.

E há **interesse de agir**, quando “... configurado o litígio, a providência jurisdicional invocada é cabível à situação concreta da lide, de modo que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido, ou tornado incerto” (FREDERICO MARQUES - “Manual de Direito Processual Civil” - vol. I - 1975 - Ed. Saraiva - nº 137 - p. 159/160).

É preciso, acrescentam ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO R. DINAMARCO, “... pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional seja necessária e adequada” (“Teoria Geral do Processo” - Ed. Revista dos Tribunais - 1984 - p. 222/223).

Por fato superveniente - advento de lei revogadora de cargo em que se buscava declaração de inconstitucionalidade - reconhece-se a perda do interesse processual na modalidade **necessidade**.

Nesse sentido:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - Lei Orgânica do Município de Bocaina que foi omissa ao não legislar sobre o afastamento remunerado para cumprir mandato sindical - Edição de Lei municipal que sanou a omissão, incluindo na Lei Orgânica do Município o artigo 60-A - Carência de interesse de agir - Extinção da ação sem resolução do mérito - Art. 267, IV, do CPC.” (ADIn nº 0.201.013-02.2013.8.26.0000 - v.u. j. de 02.07.14 - Rel. Des. ANTONIO CARLOS MALHEIROS).

Por superveniente falta de condição da ação, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC, é **caso de julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, quanto ao cargo de Corregedor da Guarda Civil do Município, da Lei Complementar nº 89/14**.

Mantém-se, no mais, o julgado.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por GETULIO EVARISTO DOS SANTOS NETO, liberado nos autos em 13/11/2019 às 17:07.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

c) Quanto aos demais cargos.

Sustenta ainda, o embargante, omissão no v. aresto quanto à fundamentação apresentada em relação ao cargo de Procurador Geral do Município, bem como a ausência de enfrentamento das teses ofertadas nas informações em relação aos demais cargos.

Desses vícios, no entanto, **não** padece a decisão embargada.

Questão levantada nos embargos foi examinada, embora contrariamente aos interesses do embargante. V. aresto consignou expressamente as razões para declarar a inconstitucionalidade do cargo de "Procurador Geral do Município", mantendo-se integralmente a fundamentação apresentada pelo Relator Sorteado.

Confira-se:

“No mais, acompanho a fundamentação do I. Relator em relação ao cargo de 'Procurador Geral', pois, 'as atividades inerentes à advocacia pública são atribuições técnicas e profissionais, inclusive a assessoria e 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'.”

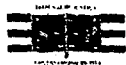
“Nesse sentido o recente entendimento deste **Col. Órgão Especial** (ADIn nº 2262224-29.2018.8.26.0000 - p.m. v. de 27.03.19 - Rel. Des. **SALLES ROSSI**; ADIn nº 2015641-67.2018.8.26.0000 - v.u. j. de 10.04.19 - Rel. Des. **ALVARO PASSOS**).” (fl. 600).

Nesse sentido:

“Obtemperou-se, assim, que o órgão responsável pela advocacia pública municipal deve ser composto exclusivamente por servidores da respectiva carreira, necessariamente investidos em cargos de provimento efetivo mediante aprovação em concurso público, com direta vinculação ao Chefe do Poder Executivo e dirigido por membro da própria carreira.” (grifei - ED nº 2243046-94.2018.8.26.0000/50000 - v.u. j. de 26.06.19 - Rel. Des. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ).

De omissão não há falar.

Ora, a constitucionalidade dos cargos em discussão restou devidamente



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apreciada por este Relator. Configurada a afronta aos artigos 98, 99, 100, 111, 115, II e V e 144 da Constituição Estadual.

Inexiste vício a demandar declaração.

No mais, limitou-se a embargante a apontar dispositivos legais que entende aplicáveis ao caso e não mencionados no julgado, a fim de viabilizar a interposição de recursos às instâncias superiores (art. 1.025, do CPC). Valeu-se o aresto de argumentação suficiente para enfrentar a questão, não cabendo referir-se expressamente a cada preceito invocado, cuidado prescindível inclusive a eventual prequestionamento.

A propósito,

“Os embargos de declaração não são o instrumento adequado para revisar a orientação do órgão julgador que, à época da sua prolação, mostrava-se escoreita; por isso que não é autorizada a atribuição de efeito infringente ao referido recurso, com o escopo de adaptar as decisões judiciais às teses jurídicas posteriormente consolidadas pelos Tribunais’ (STJ-Corte Especial, ED no AI 930.766, Min. Luiz Fux, j. 29.6.10, DJ 19.08.10)” (compilado por THEOTÔNIO NEGRÃO – op. cit – art. 1.022 – n. 11a. – p. 976).

Prestam-se os embargos a esclarecer, se existentes, dúvidas, omissões ou contradições no julgado. **Não** para que se conforme a decisão ao entendimento do embargante, como é a pretensão aqui reiterada.

Essa a lição de **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**:

“Releva destacar que se trata de recurso com fundamentação vinculada, vale dizer, somente pode ser oposto nas hipóteses previstas em lei. Se a decisão embargada não contiver os vícios elencados no art. 1.022, a parte haverá de interpor outro recurso, mas, não, os embargos de declaração.” (op. cit. – p. 1.060).

Tão somente para se argumentar, ainda que decisão não tenha feito expressa referência a este ou aquele preceito legal ou constitucional, não há falar em omissão a ser suprida por embargos de declaração.

Se solução não é a correta, como apenas para argumentar se admite, ela **não** comporta acerto pela via eleita. Embargos adquirem natureza infringente, insuscetível de acolhimento.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por GETULIO EVARISTO DOS SANTOS NETO, liberado nos autos em 13/11/2019 às 17:07.
Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sd/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 2270780-20.2018.8.26.0000 e código D02FB99.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3. Acolho, em parte, os embargos, com efeito modificativo.

EVARISTO DOS SANTOS
Relator
(assinado eletronicamente)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2019.0000438376

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2270780-20.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIO CLARO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIO CLARO.

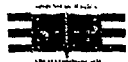
ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CARLOS MALHEIROS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS (vencido com declaração), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO E XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 29 de maio de 2019.

Evaristo dos Santos
RELATOR DESIGNADO
Assinatura Eletrônica

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por GETULIO EVARISTO DOS SANTOS NETO, liberado nos autos em 04/06/2019 às 11:58.
Assinatura: 2270780-20.2018.8.26.0000 e código C4FF415.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADIn nº 2.270.780-20.2018.8.26.0000 – São Paulo

Voto nº 36.645

Autor: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Réus: PREFEITO MUNICIPAL DE RIO CLARO E OUTRO

(Lei Complementar 89/2014)

Rel. Des. ANTONIO CARLOS MALHEIROS – Voto nº 38.694

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Demanda cujo objeto é a declaração de inconstitucionalidade das expressões: “Oficial de Gabinete, Procurador Geral, Ouvidor Geral do Município, Corregedor Geral da Guarda Civil Municipal, Ouvidor Geral da Guarda Civil Municipal, Assessor CV, Assessor CVI, Assistente de Gabinete, Diretor de Departamento, Diretor de Complexo Educacional e Gerente”, constantes dos Anexos I e IV da Lei Complementar nº 89/2014, do Município de Rio Claro, criando cargos em comissão.

Inconstitucionalidade. Ocorrência. Ausência de plexo de assessoramento, chefia e direção. Cargos comissionados sem descrição de atribuições ou com descrição genérica. Funções burocráticas, técnicas ou profissionais.

Cargo de Procurador Geral. Inadmissibilidade. Preenchimento privativo de funcionários de carreira.

Modulação. 120 dias a contar do julgamento da presente ação (art. 27 da Lei nº 9.868/99).

Procedente a ação, com modulação.

1. Relatório já nos autos (fls. 577/579).
2. Pelo meu voto, entendo integralmente procedente a ação.
 - a) Quanto aos cargos em comissão.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo tendo por objeto as expressões “**Oficial de Gabinete, Procurador Geral, Ouvidor Geral do Município, Corregedor Geral da Guarda Civil Municipal, Ouvidor Geral da Guarda Civil Municipal, Assessor CV, Assessor CVI, Assistente de Gabinete, Diretor de Departamento, Diretor de Complexo Educacional e**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gerente” constantes dos Anexos I, e IV da Lei Complementar nº 89/2014, do Município de Rio Claro.

Com a devida vênia, dirijo do I. Des. ANTONIO CARLOS MALHIEROS para entender inconstitucionais todos os cargos apontados pela D. Procuradoria Geral de Justiça (“*Oficial de Gabinete, Procurador Geral, Ouvidor Geral do Município, Corregedor Geral da Guarda Civil Municipal, Ouvidor Geral da Guarda Civil Municipal, Assessor CV, Assessor CVI, Assistente de Gabinete, Diretor de Departamento, Diretor de Complexo Educacional e Gerente*” - fl. 22), incluindo, portanto, os de **Oficial de Gabinete, Assessor CV, Assessor CVI, Assistente de Gabinete, Diretor de Complexo Educacional, Diretor de Departamento e Gerente**, além dos já mencionados pelo nobre Relator.

Assim estão descritos os cargos ora impugnados (fls. 67/69):

Oficial de Gabinete:

“Prestar assistência ao Gabinete do Prefeito; recepcionar e encaminhar pessoas; realizar serviços de apoio geral que lhe forem atribuídos pelo superior imediato.”

Procurador Geral:

“Chefiar, dirigir, planejar, orientar e coordenar a Procuradoria Geral do Município; representar o Município de Rio Claro em qualquer juízo ou instância, judicial ou extrajudicial, nas causas em que o mesmo for autor, réu, assistente, oponente, ou de qualquer forma interessado; avocar a defesa do interesse do Município em qualquer ação e processo judicial ou administrativo, inclusive da Administração Pública Indireta, bem como atribuí-la a Procurador do Município designado; orientar e supervisionar as atividades da instituição; receber, pessoalmente, as citações iniciais, notificações e intimações referentes a quaisquer ações ou procedimentos judiciais contra o Município ou naqueles em que este seja parte interessada.”

Ouvidor Geral do Município:

“Dirigir a Ouvidoria-Geral do Município, responsabilizando-se pela sua gestão e resultados.”

Corregedor Geral da Guarda Civil Municipal:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“Apurar as transgressões disciplinares, de acordo com o regulamento disciplinar, fiscalizar o cumprimento das normas e procedimentos na utilização de todos os equipamentos, armas, munições, comunicações, viaturas e demais materiais utilizados na guarda civil municipal.”

Ouvidor Geral da Guarda Civil Municipal:

“Receber e apurar denúncias, reclamações e representações sobre atos considerados ilegais, arbitrários desonestos, ou que contrariem o interesse público, praticado por servidores públicos da Guarda Municipal; realizar diligências nas unidades da Administração, sempre que necessário para o desenvolvimento de seus trabalhos; manter sigilo, quando solicitado, sobre denúncias e reclamações, bem como sobre sua fonte, providenciando, junto aos órgãos competentes, proteção aos denunciantes; realizar as investigações de todo e qualquer ato lesivo ao patrimônio público, mantendo atualizado arquivo de documentação relativas às reclamações, denúncias e representações recebidas.”

Assessor CV:

“Prestar assistência e coordenar atividades técnicas e administrativas, elaborando instrumentos de acompanhamento e atualização dos processos implantados.”

Assessor CVI:

“Prestar assistência à coordenação de programas e projetos das áreas sócio-educativo-cultural, desenvolvendo ações que contribuem para o resgate da cidadania e de qualidade de vida da população assistida pelos programas de capacitação e desenvolvimento social do município.”

Assistente de Gabinete:

“Prestar assistência ao Secretário Municipal, colaborando técnica e administrativamente.”

Diretor de Departamento:

“Planejar e coordenar ações atribuídas ao Departamento, articular ações de programas e projetos, responsabilizando-se por produtos e resultados

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por GETULIO EVARISTO DOS SANTOS NETO, liberado nos autos em 04/06/2019 às 11:58.
Para conferir o original acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/bastadigital/sq/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 2270780-20.2018.8.26.0000 e código C4FF415.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

específicos."

Diretor de Complexo Educacional:

“Coordenar, acompanhar e supervisionar as atividades desenvolvidas.”

Gerente:

“Chefiar a programação e implementação das ações e a operacionalização de processos de trabalho de natureza técnica ou administrativa inerentes à sua área de atuação, garantindo efetividade às entregas.”

A regra a ser observada é a da investidura em cargo público mediante **concurso público** – arts. 37, II, da CF e 115, II, da CE.

Admite-se, no entanto, a livre nomeação para cargos em comissão, destinados a atribuições de **direção, chefia e assessoramento** nos termos da Constituição - art. 37, V, da CF e art. 115, V, da CE - com o seguinte teor:

“Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

(...)

"II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, 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;”

E,

“Art. 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:”

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(...)

"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 ou 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 de cargos em comissão foi objeto do recente **Tema nº 1.010** da **Repercussão Geral do Eg. Supremo Tribunal Federal**:

"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." (Tema nº 1.010 – RE nº 1.041.210-SP – p.m.v. DJ-e 04.12.18 – Rel. Min. **DIAS TOFFOLI**)

A tese reflete jurisprudência consagrada do **Pretório Excelso** no sentido de que:

"É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico." (ADIn nº 3.602/GO – v.u. DJe 07.06.11 – Rel. Min. **JOAQUIM BARBOSA**).

Nesse sentido: ADIn nº 3.706/MS – v.u. DJe 05.10.07 – Rel. Min. **GILMAR MENDES**; RE nº 710.350 AgR/SP – v.u. DJe 20.02.13 – Rel. Min. **LUIZ FUX**; ARE nº 753.415 AgR/RS – v.u. DJe 13.11.13 – Rel. Min. **RICARDO LEWANDOWSKI**; RE nº 801.970 AgR/SP – v.u. DJe 13.06.14 – Rel. Min. **CÁRMEN LÚCIA**, dentre inúmeros outros arestos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Para a melhor compreensão da matéria, afigura-se oportuno recorrer aos grandes doutrinadores do direito público.

Mencione-se, de início, ensinamento clássico do insigne constitucionalista MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

“Constituem cargos em comissão todos aqueles cujo preenchimento deve depender da confiança do nomeante para o bom andamento da administração. São, por isso, ditos também cargos de confiança. Tais cargos são aqueles pelos quais se transmitem as diretrizes políticas, para a execução administrativa. Cumpre a seus titulares levar adiante essas linhas de ação, precisá-las em instruções se for o caso e fiscalizar a sua fiel execução. Conforme é de bom senso, essas funções não serão bem exercidas por quem não estiver convencido de seu acerto, não partilhar da mesma vida política. É, pois, essencial para a Democracia, na qual a linha política deve em última análise contar com o beneplácito do povo, que certos postos-chaves na administração sejam ocupados por servidores devotados ao programa posto em prática pelas autoridades eleitas. Por isso, todo cargo em comissão é de livre nomeação e exoneração, prescindindo, obviamente, de concurso para o seu preenchimento.” (grifei - MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO - “Comentários à Constituição Brasileira” - Ed. Saraiva - 5ª Edição - 1984 - pp. 424-427).

Confirmam-se, ademais, valorosos excertos de nomes consagrados do **Direito Administrativo** nacional:

“Os cargos em podem ser providos em comissão ou confiança, que, para nós, não deixam de ser sinônimos, no Direito Administrativo. Um dos significados do verbo cometer é exatamente o de confiar, e o de comissão é o de preenchimento de cargo por ocupante exonerável 'ad nutum', que quer dizer 'à vontade de quem nomeia'”.

(...)

“Uma das características dessa noção de cargo em comissão é precisamente a vocação de transitoriedade de seu ocupante, enquanto durar essa confiança que presidiu sua nomeação.”

(...)

“São cargos (só mencionando os estatutários) normalmente providos em comissão, de acordo com o que as respectivas leis declarem, os de agentes políticos, como Ministros, Secretários, Procuradores Gerais, Chefes de Gabinete, e servidores que a lei tenha assim indicado, como Assistentes e Assessores Técnicos, Consultores (estes, nem sempre), Coordenadores, Diretores (de

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Departamento, Divisão, Serviço), e mesmo Chefes de Seção, em alguns casos.” (grifei - EDMIR NETTO DE ARAUJO - “Curso de Direito Administrativo” - Ed. Saraiva - 1ª edição - 2005 - pp. 303-305).

“[Cargo em comissão] é o que só admite provimento em caráter provisório. São declarados em lei de livre nomeação (sem concurso público) e exoneração (art. 37, II), destinando-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (CF, art 37, V). Todavia, pela EC 19, o preenchimento de uma parcela dos cargos em comissão dar-se-á unicamente por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei (art. 37, V).¹⁶ Portanto, nessas hipóteses o provimento não será totalmente livre, como ocorre com os não servidores, isto é, os sem vínculo efetivo anterior à nomeação. A lei ali referida será de cada entidade pública, mas, especialmente na fixação dos percentuais mínimos, deverá observar o princípio da razoabilidade, sob pena de fraudar a determinação constitucional, no sentido de uma parte dos cargos em comissão ser provida de tal forma totalmente livre e outra, parcialmente, diante das limitações e condições previstas nessa lei. A instituição de tais cargos é permanente, mas seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função, mesmo porque a exerce por confiança do superior hierárquico; daí a livre nomeação e exoneração. Nestas hipóteses, a nomeação, embora livre, fica condicionada à observância dos requisitos previstos na lei federal, estadual, distrital ou municipal.”

“Neste campo, o legislador deve ter presente, sempre, advertência e alerta do STF no sentido de que 'a criação de cargo em comissão em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso' - ou, por extensão, agora, da exigência de um percentual mínimo para os servidores de carreira, isto é, concursados.” (HELY LOPES MEIRELLES - “Direito Administrativo Brasileiro”, - Ed. Malheiros - 40ª Ed - 2014 - pp. 489-490).

“Os cargos de provimento em comissão são próprios para a direção, comando ou chefia de certos órgãos, para os quais 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. Também destinam-se ao assessoramento (art. 37, V, da CF). Por essas razões percebe-se quão necessária é essa fragilidade do liame. A autoridade nomeante não pode desfazer-se dessa competência para exonerar os titulares de tais cargos, sob pena de não poder contornar dificuldades que surgem quando o nomeado deixa de gozar de sua confiança. A exoneração, nessas hipóteses, é imprescindível, pois

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*com ela se aplaca a ira de todos os envolvidos. Mas, por certo, não se pode criar somente cargos em comissão, pois outras razões existem contra essa possibilidade. Tal criação, desmedida e descabida, deve ser obstada, a todo custo, quando a intenção evidente é burlar a obrigatoriedade do concurso público para o provimento de cargos efetivos. De sorte que os cargos que não apresentam aquelas características ou alguma particularidade entre seu rol de atribuições, como seu titular privar da intimidade administrativa da autoridade nomeante (motorista, copeiro), devem ser de provimento efetivo, pois de outro modo cremos que haverá desvio de finalidade na sua criação e, portanto, possibilidade de sua anulação. Por esses motivos são em menor número. Diga-se, por fim, que a CF, no art. 37, V, com a redação dada pela EC n. 19/98, procura limitar o poder de escolha dos titulares de cargos de provimento em comissão, à medida que dispõe que serão preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei. Os cargos de provimento em comissão existem na Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública de qualquer dos níveis de governo.” (grifei - **DIÓGENES GASPARINI** - “Direito Administrativo” - Ed. Saraiva - 8ª edição - 2003 - pp. 246-247).*

“Os cargos em comissão (...) são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. Por isso é que na prática alguns os denominam de cargos de confiança. A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração.”

*“É importante acentuar que cargos em comissão somente podem destinar-se a funções de chefia, direção e assessoramento, todas elas de caráter específico dentro das funções administrativas. Resulta daí, por conseguinte, que a lei não pode criar tais cargos para substituir outros de cunho permanente e que devem ser criados como cargos efetivos, exemplificando-se com os de perito, auditor, médico, motorista e similares. Lei com tal natureza é inconstitucional por vulnerar a destinação dos cargos em comissão, concebida pelo Constituinte (art. 37, V, CF).” (grifei - **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO** - “Manual de Direito Administrativo” - Ed. Atlas - 25ª edição - 2012 - p. 607).*

“Os cargos em comissão são lugares nos quadros da Administração Pública, aos quais se atribuem funções de chefia e assessoramento, providos por livre nomeação, desprovidos, também, por exoneração ad nutum, e a serem preenchidos por quaisquer pessoas que satisfaçam os requisitos legais,

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

preferentemente servidores de carreira, nos casos e percentuais mínimos previstos em lei (CF, art. 37, II e V)."

(...)

"Esses cargos e funções atendem à necessidade de dar suporte administrativo aos agentes políticos eleitos coerente com as orientações partidárias que representam. Tais cargos, porém, não poderão ser tão numerosos a ponto de aviltar o sistema de mérito, mas, tampouco, deverão ser tão escassos, a ponto de impedir que se efetiva a orientação político-partidária da Administração de seu Chefe unipessoal eleito e de seus respectivos auxiliares diretos." (grifei - **DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO** - "Curso de Direito Administrativo." - Ed. Forense - 16ª edição - 2014 - pp. 417/418)

*"O cargo em comissão é aquele preenchido com o pressuposto da temporariedade; esse cargo, também denominado cargo de confiança, é ocupado por pessoa que desfruta da confiança daquele que nomeia ou propõe a nomeação. Se a confiança deixa de existir ou se há troca da autoridade que propôs a nomeação, em geral o ocupante do cargo em comissão não permanece; o titular do cargo em comissão nele permanece enquanto subsistir o vínculo de confiança; exemplo: o cargo de Ministro de Estado (...). Segundo o art. 37, II, da Constituição Federal, os cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, não exigem concurso público. Com a mesma facilidade com que é nomeado o titular do cargo em comissão, ele o perde, sem garantia alguma, pois é de livre exoneração; daí dizer-se que seus ocupantes são demissíveis ad nutum, pois esta expressão significa literalmente 'um movimento de cabeça'" (**ODETE MEDAUAR** - "Direito Administrativo Moderno" - Ed. Revista dos Tribunais - 6ª edição - 2002 - p. 328)*

"Os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los com liberdade, a qual também pode exonerar ad nutum, isto é, livremente, quem os esteja titularizando. Um percentual deles, a ser fixado por lei, que até hoje não foi editada, terá de ser preenchido por quem seja titular de cargo de provimento efetivo. (cf. art. 37, V, da CF)."

(...)

"Estes cargos e as chamadas funções comissionadas são as grandes fontes dos escândalos encontrados no serviço público porque, quando seus ocupantes não provêm de carreiras públicas, carecendo de grandes compromissos com elas, são alheios aos freios que disto lhes resultariam. Ademais, porque, ainda quando recolhidos nestas carreiras, como lhes corresponde uma remuneração elevada em

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

relação aos padrões correntes no Estado, quem os venha ocupar tem grande interesse em conservá-los e, pois, em se evadir dos riscos da livre exoneração a que estão sujeitos, razão pela qual são manipuláveis à vontade por seus superiores, agentes políticos, de cuja boa vontade depende sua permanência, pelo que geralmente são proclives a satisfazer-lhes os propósitos, ainda quanto incorretos. Ditos cargos deveriam ser reduzidos a um mínimo possível e, sobretudo, excluídos da possibilidade do exercício de inúmeras atividades que hoje desempenham para diminuir os escândalos na Administração. É óbvio que quando maior for o número de cargos em comissão, maior será a possibilidade de instrumentalizar a Administração Pública para servir a interesses oportunistas, a troca de favores entre o Poder Executivo e os membros do Poder Legislativo, a fim de cooptá-los politicamente ou mesmo a possibilidade, não desprezível, dos partidos políticos ameaçarem perturbar, na esfera do Parlamento, o normal desempenho da atividade administrativa do governo se este não ceder a um clientelismo, aquinhoando seus próceres ou apaniguados com cargos e funções comissionadas no Executivo.” (grifei - CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO - “Curso de Direito Administrativo” — Ed. Malheiros - 34ª edição - 2019 - pp. 314-315).

“Cargos em comissão são de livre provimento e livre exoneração; prescindem, pois, de concurso público.”

“É necessário enfatizar, todavia, que não é possível à lei erigir cargos em comissão que não tenham compatibilidade com a função desempenhada. É dizer: o texto constitucional, ao falar em cargo em comissão ‘declarado em lei de livre provimento e livre exoneração’, está a pressupor a existência de necessidade administrativa de tal cargo.”

“Realmente, o cargo pode ser em comissão quando sua vocação for para tal efeito, ou seja: o elemento que se vai investir no cargo deve gozar da mais absoluta confiança daquele com quem vai trabalhar.”

(...)

“... as funções de confiança estão restritas a servidores ocupantes de cargos de carreira, e os cargos em comissão destinam-se tão-somente às funções de chefia, direção e assessoramento.”

“Os ocupantes desses cargos não estão vocacionados a permanecer eternamente, mas sim a ficar enquanto perdurar o regime de estrita confiança.”

(...)

“Se, ao contrário, tivermos profusão de cargos em comissão que sejam ocupados não pelos méritos daqueles que vão exercê-los, mas sim pelas ligações que possam ter com os detentores do poder (em qualquer Administração, seja no Executivo, no Legislativo ou no Judiciário), será lastimável. Aliás, existirá o que

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

normalmente vem sendo visto. É preciso cuidado muito grande para saber-se o real limite da possibilidade legal de criar cargos em comissão." (grifei - LÚCIA VALLE FIGUEIREDO - "Curso de Direito Administrativo" - Ed. Malheiros - 6ª Edição - 2003 - pp. 576-579).

Como se vê, a criação de cargo em comissão se justifica quando as funções a serem desempenhadas pelo servidor dependam estritamente da **confiança** do agente nomeante. Daí a determinação constitucional permitindo sua criação somente para atribuições de **direção, chefia e assessoramento** (CF, art. 37, V), isto é, hipóteses em que seja manifesta a necessária **relação de fidúcia** entre o agente nomeante e o servidor em comissão.

O servidor comissionado deve guardar absoluta fidelidade às orientações traçadas pelo agente nomeante, demonstrando, além de capacidade técnica, estrita afinidade de princípios e até mesmo ideológica.

Somente nessas **especialíssimas situações** o provimento de cargo público por servidor comissionado, independente da prévia realização de concurso público, se mostra justificável.

A jurisprudência deste **Eg. Órgão Especial** tem se alinhado a tais ensinamentos, convalidando apenas os cargos de provimento em comissão que demandem **estritamente** esse **especial elemento subjetivo de confiança** do agente nomeante.

A título de exemplo, mencione-se, inicialmente, julgado de lei do Município de São Paulo, referindo-se ao cargo de "*Oficial de Gabinete*":

"... da leitura das atribuições descritas nas leis aqui impugnadas, verifica-se o estabelecimento de funções genéricas, sem indicação de características próprias e aptas a se enquadrarem em encargos que possam ser comissionados e sejam dotados de confiança, ou seja, inviáveis de serem exercidos por aqueles que integrarem o quadro efetivo do funcionalismo municipal. Não basta a argumentação de que seriam funcionários que trabalham com autoridades com poder de decisão, sendo certo que, com elas, também podem atuar regularmente funcionários efetivos. De fato, até mesmo por serem os cargos comissionados uma exceção à regra do concurso público, tais atribuições devem indicar especificamente os elementos necessários à sua existência, mostrando-se insuficiente uma descrição genérica tal como se nota nestas leis." (ADIn nº 2142131-71.2017.8.26.0000 - v.u. j. de 13.06.18 - Rel. Des. **ALVARO PASSOS**).

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Da mesma forma, quanto aos cargos de “Assessor” e “Assistente de Gabinete”:

“...No caso dos autos, há uma generalidade de atribuições nos cargos sub análise. Utilizam-se os termos “prestar assessoria” ou “assessorar”, não se podendo apurar, entretando, “a quem se assessora” ou “quem está sendo assistido”. E, mesmo quando a descrição de atribuições se refira a “assessorar o seu superior hierárquico”, como no caso da descrição do cargo de “Assessor Nível 4” e “Assessor Nível 8”, não se pode concluir que aquela nomeação está ligada pelo vínculo de confiança com o Superior desta ou daquela pasta, deste ou daquele Departamento; assim, cai no vazio da generalidade a descrição das atribuições que utilizam expressões que não diferenciam os cargos descritos, daqueles meramente técnicos, burocráticos, operacionais.”

“Observa-se que algumas funções extrapolam na descrição das atribuições; assim é que ao Chefe de Expediente compete supervisionar, coordenar, orientar e fiscalizar os serviços, expressões que seriam utilizadas para designar, no mínimo, quatro cargos distintos.” (grifei - ADIn nº 2.182.352-62.2018.8.26.0000 - v.u. j. de 03.04.19 - Rel. Des. XAVIER DE AQUINO).

“De fato, excepcionando as do cargo de ‘Diretor Administrativo’, as atribuições dos cargos de ‘Assessor Técnico’, ‘Assessor Comunitário’, ‘Assistente de Gabinete’, ‘Assistente da Secretaria Adjunta’, ‘Gerente Administrativo de Atenção Básica’, ‘Gerente Administrativo de Unidade Básica de Saúde 10 horas’, ‘Gerente Administrativo de Unidade de Saúde Especializada’, ‘Gerente de Vigilância Sanitária’, ‘Gerente de Vigilância Ambiental’, ‘Gerente de Vigilância Epidemiológica’, ‘Gerente de Zoonoses’, ‘Gerente do Fundo Municipal de Saúde’, ‘Gerente de Suprimentos’, ‘Gerente de Administração e Recursos Humanos’, ‘Gerente de Manutenção de Próprios da Saúde’, ‘Gerente de Assistência Farmacêutica’, ‘Gerente Administrativo’, ‘Gerente de Almoxarifado de Medicamentos’, ‘Gerente de Regulação de Serviços de Saúde’, ‘Gerente de Avaliação e Controle’, ‘Gerente de Urgências’, ‘Gerente UPA III Dr. Thelmo de Almeida Cruz’ e ‘Gerente UPA Parque Meia Lua’, previstas nos arts. 44, 46, 47, 49, 51, 52, 55, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 72, 75, 76 e 77 da Lei nº 6.157, de 24-10-2017, do Município de Jacareí, são burocráticas e técnicas, em desconformidade com as especificidades e transitoriedade intrínsecas aos cargos em comissão, devendo por isso ser realizadas por servidores públicos investidos em cargos de provimento efetivo, mediante aprovação em concurso público. A especial relação de confiança há com aquele que estabelece as diretrizes políticas, que assume posição estratégica no organograma do serviço público. Os ocupantes

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

dos cargos descritos acima são meros executores de ordens.” (grifei - ADIn nº 2107905-06.2018.8.26.0000 - v.u. j. de 24.10.18 - Rel. Des. CARLOS BUENO).

Mencione-se o cargo de “Diretor de Planejamento e Técnica Educacionais”, semelhante ao cargo de “Diretor de Complexo Educacional” presente nesta ação:

“Não é, pois, a nomenclatura do cargo que revela se ele deve ser provido pelo sistema de mérito ou pode ser ocupado por servidor comissionado, mas sim as atribuições conferidas ao cargo.”

“Observa-se, nesse sentido, que, com exceção do cargo de “Assessor de Comunicação Institucional” (subordinado ao Prefeito e cujas atribuições são visivelmente de assessoria), os cargos cujas atribuições se encontram supra descritas revelam natureza técnica e profissional que descaracteriza a excepcionalidade exigida dos cargos de direção, chefia e assessoramento, caracterizada pelo estabelecimento de vínculo de confiança ou fidelidade com a autoridade nomeante. Possui atribuições que, pela ausência da excepcionalidade, devem ser reservadas a profissional recrutado por meio de certame público, sob pena de afronta ao texto constitucional.” (grifei - ADIn nº 2242962-93.2018.8.26.0000 - v.u. j. de 10.04.19 - Rel. Des. FERRAZ DE ARRUDA).

Por fim, assim já decidi em caso semelhante (ADIn nº 2.017.984-02.2019.8.26.0000 - v.u. j. de 08.05.19), que pode ser aproveitado aos cargos de “Diretor de Departamento” (“Planejar e coordenar ações atribuídas ao Departamento, articular ações de programas e projetos, responsabilizando-se por produtos e resultados específicos”) e “Gerente” (“Chefiar a programação e implementação das ações e a operacionalização de processos de trabalho de natureza técnica ou administrativa inerentes à sua área de atuação, garantindo efetividade às entregas”) aqui impugnados, já que apresentam funções genéricas, com alguns acréscimos de atividades notoriamente técnicas e executórias.

Como consignado no parecer da D. Procuradoria:

“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.”

“Nesse sentido, podem ser de livre nomeação e exoneração apenas aqueles cargos que, pela própria natureza das atividades desempenhadas, exijam excepcional relação de confiança e lealdade, isto é, verdadeiro comprometimento