



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

**Registro: 2020.0000142129**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0052735-83.2018.8.26.0000, da Comarca de Penápolis, em que é suscitante 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A ARGUIÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ALVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, ADEMIR BENEDITO, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS E MOACIR PERES.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2020

**FERREIRA RODRIGUES**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Voto nº 34.728

Arguição de Inconstitucionalidade nº 0052735-83.2018.8.26.0000

Suscitante: 8ª Câmara de Direito Público

Interessados: Ministério Público do Estado de São Paulo e outros

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Resoluções 03/1991, 25/2001, 41/2003 e 53/2005, todas editadas pela Câmara Municipal de Penápolis, prevendo cargos de provimento em comissão de Assessor de Imprensa e Assessor Jurídico. Alegação de inconstitucionalidade por ofensa às disposições do artigo 37, II e V, da Constituição Federal e artigo 115, I, II e V, da Constituição Estadual. Reconhecimento. Atribuições dos cargos que não correspondem a funções de direção, chefia e assessoramento superior, destinando-se, na verdade, ao desempenho de atividades meramente burocráticas ou técnicas, que não exigem - para seu adequado desempenho - relação de especial de confiança, senão a mera obediência e lealdade às instituições públicas, como dever imposto a todo e qualquer servidor. Arguição julgada procedente.

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pela 8ª Câmara Público deste E. Tribunal de Justiça nos autos da Apelação Cível nº 0005277-22.2015.8.26.0438, em que figuram como apelante o *MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO* e como apelados *MÁRCIO JOSÉ DOS REIS PINTO*, *RICARDO ALVES CARNEIRO* e *CÂMARA MUNICIPAL DE PENÁPOLIS*.

No julgamento da apelação, a C. Câmara suscitante apontou a inconstitucionalidade de dispositivos da Resolução nº 03, de 26 de fevereiro de 1991, Resolução nº 25, de 19 de fevereiro de 2001, Resolução nº 41, de 19 de maio de 2003 e Resolução nº 53, de 14 de novembro de 2005, editadas pela Câmara Municipal de Penápolis.

Estabelecida essa prejudicial, suscitou-se o presente incidente de inconstitucionalidade em razão da cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal e objeto da Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal: “*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*”.

A douta Procuradoria de Justiça, com as considerações de fls. 494/508 e 618, opinou pela procedência da arguição.

É o relatório.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Nos termos do art. 115, inciso II, da Constituição Paulista, "*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*".

Essa ressalva, no que diz respeito à livre nomeação para os cargos em comissão, refere-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Essa é a lição de Hely Lopes Meirelles, para quem, cargo em comissão "*é o que só admite provimento em caráter provisório, destinando-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. A instituição de tais cargos é permanente, mas o seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito a continuidade na função, mesmo porque a exerce por confiança do superior hierárquico, daí a livre nomeação e exoneração*" ('Direito Administrativo Brasileiro', Malheiros Editores/SP, 30ª ed., pág. 405).

No caso destes autos, o artigo 1º da Resolução nº 03, de 25 de fevereiro de 1991 (fls. 64/65), assim como o artigo 1º da Resolução nº 25, de 19 de fevereiro de 2001 (fls. 66/67) e o artigo 1º da Resolução nº 41, de 19 de maio de 2003 (fls. 68/69) criaram na estrutura administrativa da Câmara Municipal de Penápolis os cargos de provimento em comissão de "**Assessor de Imprensa**" e de "**Assessor Jurídico**", com as seguintes atribuições, conforme Anexo IV da Resolução nº 53, de 14 de novembro de 2005 (fls. 70/94):

**ASSESSOR DE IMPRENSA** (fl. 81)

Descrição Sintética. Prestar assessoria aos Vereadores, Presidência e servidores no que tange as tarefas relativas à imprensa escrita ou falada, bem como às atividades afetas ao cerimonial de sessões solenes.

**ATRIBUIÇÕES TÍPICAS DETALHADAS.**

- 01 – Elaboração e encaminhamento de material informativo (realese) aos órgãos de comunicação;
- 02 – Produção, edição e apresentação de noticiário para o rádio, fotografias e filmagens para embasamento de solicitações ou defesas de interesse público pelos Vereadores e pela Câmara;
- 03 – Atualização do noticiário no site da Câmara (realese e programa de rádio);
- 04 – Orientações de comunicação para Vereadores;
- 05 – Acompanhamento dos assuntos de interesse da Câmara e dos Vereadores, divulgadas pela imprensa;
- 06 – Organização de homenagens em sessões solenes, incluindo gravação de depoimentos e apresentação de cerimonial;
- 07 – Controlar a qualidade de som dos microfones durante as sessões da



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Câmara.

**ASSESSOR JURÍDICO** (fl. 82)

01 – Atendimento aos Vereadores e Presidência no que tange à elaboração de projetos e pareceres.

02 – Representação da Câmara em qualquer instância judicial ou administrativa (Tribunal de Contas do Estado de São Paulo).

03 – Elaboração de minutas de contratos, convênios e licitações, juntamente com a Diretoria, em que figurar a Câmara como parte.

04 – Prestação de assistência jurídica aos Vereadores e Servidores da Câmara, excluídas as questões particulares, e as que não guardarem ligação com o desempenho do mandato ou contrato de trabalho.

05 – Assessoramento da Mesa Diretora durante as Sessões Legislativas.

Diante dessa descrição, é possível aferir que as atribuições dos cargos, tanto de **Assessor de Imprensa** (fl. 81), como de **Assessor Jurídico** (fl. 82), realmente, **não revelam plexos de direção, chefia e assessoramento superior**, destinando-se, na verdade, a atividades meramente burocráticas ou técnicas, que não exigem para seu adequado desempenho relação de especial confiança, **senão a mera obediência e lealdade às instituições públicas, como dever imposto a todo e qualquer servidor**.

Por exemplo, as tarefas de **produzir e atualizar noticiários** ou de **organizar homenagens solenes** ou de **controlar a qualidade do som dos microfones nas sessões da Câmara** (atribuídas ao Assessor de Imprensa), longe de exigir relação de fidelidade qualificada, próprio de comprometimento político, **constituem, na verdade, funções técnicas e operacionais, de rotina, a serem desempenhadas por servidores de carreira**.

Da mesma forma, as tarefas (atribuídas ao Assessor Jurídico) envolvendo a **elaboração de projetos, pareceres e minutas contratuais** ou a **prestação de assistência jurídica** não constituem atividades vinculadas (indispensavelmente) às **diretrizes políticas** da autoridade nomeante, daí porque devem ser exercidas por profissionais concursados.

Não custa lembrar, sob esse aspecto, que a simples denominação de cargos públicos como sendo de **direção, chefia** ou **assessoria**, não justifica a dispensa do concurso público, uma vez 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 de concurso”* (Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, 18ª ed, São Paulo, p. 378).



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

Nesse sentido também já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo que nem todas as ocupações indicadas (nominalmente) como sendo de chefia, direção e assessoria estão dispensadas do concurso público, pois os cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração “se destinam, apenas, ao preenchimento de vagas na administração superior do ente municipal, onde o comprometimento com as diretrizes políticas do Chefe do Executivo são efetivamente indispensáveis. As chefias secundárias, entretanto, porque submetidas às superiores, não demandam esta especial confiança, podendo ser providas por servidores concursados, agraciados, em razão da maior responsabilidade a eles atribuída, com funções gratificadas” (STF. ARE 753415 AgR/RS nº 753.415, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 29.10.2013).

Márcio Cammarosano, citado por Adilson de Abreu Dallari (“Regime Constitucional dos Servidores Públicos”, RT, 1990, p. 51), abordou esse assunto nos seguintes termos:

*“Com efeito, verifica-se desde logo que a Constituição, ao admitir que o legislador ordinário crie cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, o faz com a finalidade de propiciar ao chefe do governo o seu real controle, mediante o concurso, para o exercício de certas funções, de pessoa de sua inteira 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, mas apenas aqueles 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 seu comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade à autoridade superior”.*

Em relação ao cargo de **Assessor Jurídico**, especificamente, ainda existe uma peculiaridade, pois essa ocupação tem as mesmas funções atribuídas à Advocacia Pública e pela ausência de situação de emergência e excepcionalidade deve ser reservado a profissionais recrutados por sistema de mérito e aprovação em certame público, nos termos dos artigos 98 a



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

100, da Constituição Estadual.<sup>1</sup>

Este C. Órgão Especial tem reiteradamente decidido nesse sentido, com destaque para o julgamento da ADIN nº 0260051-76.2012.8.26.0000, Rel. Caetano Lagrasta, j. 05/06/2013, quando questão semelhante foi definida nos seguintes termos:

*“Os cargos de provimento em comissão, da Lei Municipal atacada, foram criados para o exercício de funções estritamente burocráticas, técnicas ou profissionais, de funções rotineiras, próprias dos cargos de provimento efetivo e, por isso, nos termos do art. 115, II, da CE, devem ser preenchidos por concurso público de provas, ou de provas e títulos, especialmente porque não exigem de seu ocupante nenhuma relação especial de fidelidade ou de confiança com a autoridade nomeante. Vale dizer, ainda que haja contato direto com o agente político ou autoridade, não são cargos em comissão.”*

*A conviência com a criação de tais cargos técnicos ou burocráticos, mediante provimento em comissão, ou em confiança, significa referendar a atuação da municipalidade em desrespeito aos princípios norteadores da Administração Pública, especialmente os da moralidade, impessoalidade e interesse público, preconizados no art. 111, da Constituição do Estado”*

E ainda:

*“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 31/2014 do Município de Iepê. Criação de cargos em comissão. Cargos de “Dirigente Municipal de Ensino”, “Supervisor de Ensino”, “Assessor Técnico Educacional”, “Orientador Educacional”, “Diretor de Escola”, “Vice-Diretor de Escola” e “Assessor*

<sup>1</sup> **Artigo 98** - A Procuradoria Geral do Estado é instituição de natureza permanente, essencial à administração da justiça e à Administração Pública Estadual, vinculada diretamente ao Governador, responsável pela advocacia do Estado, sendo orientada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

§1º - Lei orgânica da Procuradoria Geral do Estado disciplinará sua competência e a dos órgãos que a compõem e disporá sobre o regime jurídico dos integrantes da carreira de Procurador do Estado, respeitado o disposto nos arts. 132 e 135 da Constituição Federal.

§2º - Os Procuradores do Estado, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica na forma do “caput” deste artigo.

§3º - Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

**Artigo 99** - São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado:

- I - representar judicial e extrajudicialmente o Estado e suas autarquias, inclusive as de regime especial, exceto as universidades públicas estaduais;
- II - exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo e das entidades autárquicas a que se refere o inciso anterior;
- III - representar a Fazenda do Estado perante o Tribunal de Contas;
- IV - exercer as funções de consultoria jurídica e de fiscalização da Junta Comercial do Estado;
- V - prestar assessoramento jurídico e técnico-legislativo ao Governador do Estado;
- VI - promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa estadual;
- VII - propor ação civil pública representando o Estado;
- VIII - prestar assistência jurídica aos Municípios, na forma da lei;
- IX - realizar procedimentos administrativos, inclusive disciplinares, não regulados por lei especial;
- X - exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei.

**Artigo 100** - A direção superior da Procuradoria-Geral do Estado compete ao Procurador Geral do Estado, responsável pela orientação jurídica e administrativa da instituição, ao Conselho da Procuradoria Geral do Estado e à Corregedoria Geral do Estado, na forma da respectiva Lei Orgânica.

**Parágrafo único** - O Procurador Geral do Estado será nomeado pelo Governador, em comissão, entre os Procuradores que integram a carreira e terá tratamento, prerrogativas e representação de Secretário de Estado, devendo apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e de sua exoneração.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**São Paulo**

*Pedagógico". Provimento em comissão. Impossibilidade. Atividades técnicas. Funções operacionais, técnico-burocráticas. Necessidade de provimento dos cargos por concurso público. Precedentes. Inobservância aos arts. 111, 115, incisos I, II e V, e 144, todos da Constituição Estadual. Pedido julgado procedente. Modulação dos efeitos da declaração 'pro futuro'. Lapso de 120 dias, conforme precedentes deste Órgão" (ADIN nº 2053838-28.2017.8.26.0000, Rel. Des. Márcio Bartoli, j. 09/08/2017)*

*"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Expressão 'Assessor Político das Comissões Parlamentares' constante do artigo 8º e do Anexo I, ambos da Lei nº 5.930, de 13 de abril de 2015, do município de Jacareí. Cargo em comissão pertencente ao quadro funcional do Poder Legislativo local. Atribuições Técnicas, Profissionais ou Administrativas que não demandam relação especial de confiança entre o servidor e o seu superior hierárquico. Investidura que depende de prévia aprovação em concurso público. Ofensa aos artigos 111, 115, incisos II e V, e 144, todos da Carta Bandeirante e artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade declarada. Ação procedente, com modulação dos efeitos nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99". 'A simples inserção de expressões que atribuam ao cargo público funções de direção, chefia ou assessoramento não é suficiente para caracterizá-lo como de provimento em comissão'. 'A criação de cargos em comissão para o desempenho de funções que não exijam especial relação de confiança viola o disposto nos artigos 111, 115, inciso V, e 114, todos da Constituição Estadual' (ADIN nº 22277123-96.2016.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli, j. 07/06/2017).*

*"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Pretensão que envolve a criação do cargo em comissão de Diretor Jurídico da Câmara Municipal pela Lei nº 1.016/2012 do município de Eldorado. Exercício de funções ligadas à advocacia pública que faz parte de cargo de caráter permanente, com atribuições essenciais, que pertence àqueles que tenham sido admitidos no funcionalismo através de concurso público. Configuração de inconstitucionalidade, cuja declaração se faz com Modulação de efeitos, devendo a sua eficácia ter início em 120 dias, contados desta decisão. Ação procedente" (ADIN nº 2256223-96.2016.8.26.0000, Rel. Des. Álvaro Passos, j. 07/06/2017).*

*"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigos 6º, § 2º, 25, 26, 27 e 28, e dos cargos em comissão de 'Assessor de Divisão', 'Assessor de Departamento', 'Assessor de Secretaria', 'Motorista de Gabinete', 'Chefe de Divisão' e 03 cargos de 'Diretores de Departamento' inseridos na Secretaria Municipal de Assuntos*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*Jurídicos, previstos nos anexos I e III, da Lei Municipal n. 2.522, de 24 de setembro de 2015, do Município de Boituva Criação de cargos em comissão para a execução de funções técnicas, que deveriam ser exercidas por servidores de carreira, pois não se referem a atribuições de direção, chefia ou assessoramento, e ainda sem a descrição pormenorizada das aludidas funções Cargos de assessoria jurídica que não podem ser preenchidos sem prévio concurso público. Desrespeito aos artigos 111 e 115, incisos II e V, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade configurada. Ação julgada procedente, com modulação dos efeitos” (ADIN nº 2073453-38.2016.8.26.0000, Rel. Des. Moacir Peres, j. 08/03/2017).*

*“Ação direta de inconstitucionalidade. Câmara Municipal de Atibaia. “Assessor da Presidência”, “Assessor Parlamentar” e “Assessor Político Parlamentar”. Cargos em comissão. Descabimento. Inconstitucionalidade. Atribuições administrativas, burocráticas e técnicas. Obrigatoriedade de acesso pelo sistema de mérito, mediante concurso público. Ação procedente, modulados os efeitos em 120 dias de hoje, data do julgamento” (ADIN nº 2138809-77.2016.8.26.0000, Rel. Des. Borelli Thomaz, j. 08/02/2017).*

Para encerrar qualquer controvérsia, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 1.041.210/SP, em sede de repercussão geral (Tema 1.010) fixou tese no sentido de que: “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”.

Ante o exposto, JULGA-SE PROCEDENTE a presente arguição para declarar a inconstitucionalidade dos cargos de provimento em comissão de “**Assessor de Imprensa**” e de “**Assessor Jurídico**”, previstos no artigo 1º da Resolução nº 03/1991, no artigo 1º da Resolução nº 25/2001, no artigo 1º da Resolução nº 41/2003 e no Anexo IV da Resolução nº 53/2005, todos da Câmara Municipal de Penápolis.

**FERREIRA RODRIGUES**  
 Relator