

Registro:2022.0000925457

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2236162-44.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TANABI e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TANABI.

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

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, RUY COPPOLA, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA E MATHEUS FONTES.

São Paulo, 9 de novembro de 2022.

**AROLDO VIOTTI**  
**RELATOR**  
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 46.074

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº  
2236162-44.2021.8.26.0000

REQUERENTE: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE  
SÃO PAULO

REQUERIDOS: PREFEITO MUNICIPAL DE TANABI e PRESIDENTE DA  
CÂMARA MUNICIPAL DE TANABI

**Ação Direta de Inconstitucionalidade. Dispositivos das Leis nº 1.898, de 12 de abril de 2005, e nº 2.216, de 19 de fevereiro de 2009, ambas do Município de Tanabi. Diplomas legais que criaram os cargos comissionados de “Diretor de Trânsito” e “Gerente de Cidade”. Vícios de inconstitucionalidade material. Cargo de “Diretor de Trânsito”, cujas atribuições não estão descritas na lei, apenas as pertinentes à Divisão de Trânsito. Atribuições do cargo de “Gerente de Cidade” que não se enquadram nas funções típicas dos cargos comissionados, a saber, chefia, assessoramento e direção. Violação aos 111, “caput”, 115, “caput”, II e V, e 144, “caput”, todos da Constituição do Estado de São Paulo. Precedentes deste Órgão Especial. Ação direta de inconstitucionalidade procedente, com modulação e observação.**

I. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, tendo por objeto o artigo 2º, “caput” e parágrafos 1º, 2º e 3º, da Lei 1.898, de 12 de abril de 2005, bem assim o artigo 4º, “caput” e parágrafo único, e a expressão “Gerente de Cidade”, contida no Anexo I, da Lei 2.216, de 19 de fevereiro de 2009, ambas as leis do Município de Tanabi. Aponta violação aos artigos 111, 115, incisos II e V, e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo.

Sustenta em resumo que: a) a Lei nº 1.898/05 não descreveu as atribuições do cargo, de provimento em comissão, de “Diretor de Trânsito”, em violação ao princípio da legalidade, por não se enquadrar nas atribuições de chefia, direção e assessoramento; b) não cabe ao Chefe do Poder Executivo descrever as atribuições do cargo público, matéria reservada à lei em sentido formal, mormente em se tratando de cargos de provimento em comissão, “*hábil para mensuração da perfeita subsunção da hipótese normativa concreta ao comando constitucional excepcional que restringe o comissionamento às funções de assessoramento, chefia e direção.*” (fls. 09); c) o cargo de provimento em comissão de “Gerente de Cidade” tem atribuições técnicas e burocráticas, de modo que o ingresso deveria ocorrer por meio de concurso de público, “*tendo em vista que não foram descritas atribuições de*

*assessoramento, chefia e direção que denotem a necessidade de especial relação de confiança, exigência indispensável para a excepcionalidade da criação de cargos de provimento em comissão, de tal maneira que desafiam o contido nas regras dos incis. II e V do art. 115, da Constituição Paulista, e vulneram os princípios de moralidade, impessoalidade, igualdade e eficiência (art. 111, Constituição do Estado) que informam aquelas regras que adotam o merit system.”* (fls. 10/11); d) há afronta às teses fixadas pelo Egr. STF no julgamento do Tema 1.010 de Repercussão Geral.

Pede a procedência da ação, para ser declarada a inconstitucionalidade dos dois mencionados dispositivos legais e da expressão “Gerente de Cidade”, constante do Anexo I (artigo 2º, “caput” e parágrafos 1º, 2º e 3º, da Lei 1.898, de 12 de abril de 2005, bem assim o artigo 4º, “caput” e parágrafo único, da Lei 2.216, de 19 de fevereiro de 2009, ambos do Município de Tanabi).

A Procuradoria Geral do Estado, conquanto citada, não se manifestou (cf. certidão de fls. 272).

O Sr. Prefeito Municipal de Tanabi (fls. 278/284) defendeu a constitucionalidade dos cargos impugnados, asseverando em síntese que: a) *“Sem a possibilidade de nomeação e/ou designação de servidores para o exercício de cargos de confiança é impossível àquele que governa com tranquilidade e a gestão eficiente da máquina pública. Ao contrário do que o Ministério Público alega, todos os cargos em comissão de livre nomeação pelo Prefeito Municipal são dotados, além da confiança, também são de direção, chefia e assessoramento, estando todos os requisitos e exigências previstas em lei, não havendo qualquer vício que permita a invalidação das nomeações como pretende por meio da presente ação.”* (fls. 282); b) diversamente do que afirma o autor, as atribuições do cargo de “Diretor de Trânsito” estão perfeitamente descritas nas leis de regência; c) as atribuições do cargo de “Gerente de Cidade” estão definidas como sendo de chefia, direção e assessoramento, nada tendo de burocráticas.

O Sr. Presidente da Câmara Municipal de Tanabi, embora regularmente cientificado (fls. 271 e 275), não apresentou suas informações (certidão de fls. 285).

Por fim, a Procuradoria Geral de Justiça, no parecer de fls. 290/299, opinou pela procedência da ação. Este, em síntese, o relatório.

II. Entende-se procedente a presente direta de inconstitucionalidade.

Reproduz-se o teor integral dos dispositivos legais impugnados das Leis nºs 1.898/2005 e 2.216/2009, ambas do Município de Tanabi:

Soa o artigo 2º, “caput” e parágrafos 1º, 2º e 3º, da Lei nº 1.898, de 2005:

**“ARTIGO 2º: Fica criado no Quadro Geral de Cargos e Funções do Município, para atuar junto à Divisão de Trânsito de que trata o artigo 1º, o cargo de Diretor de Trânsito, cujo titular será considerado autoridade de trânsito para todos os efeitos legais.**

**Parágrafo 1º: A nomeação do Diretor de Trânsito será por meio de portaria do Executivo Municipal, e o procimento se dará exclusivamente aos servidores de carreira ou já comissionados.**

**Parágrafo 2º: A remuneração do Diretor de Trânsito será de R\$ 1.150,00 (um mil, cento e cinquenta reais).**

**Parágrafo 3º: O reajuste da remuneração prevista no parágrafo 2º deste artigo será no mesmo percentual e ocasião do reajuste concedido ao funcionalismo em geral.”** (fls. 76).

O artigo 4º, “caput” e parágrafo único, da Lei nº 2.216/2009, de seu turno, assim dispõem:

**“Art. 4º. Fica criado, em comissão, o cargo de Gerente de Cidade, cujas atribuições são definidas no Anexo I da presente Lei.**

**Parágrafo único. A remuneração do cargo de Gerente de Cidade será de R\$ 1.830,00 (um mil, oitocentos e trinta reais), com carga horária de 40 (quarenta) horas semanais.”** (fls. 87).

E o Anexo I da Lei 2.216/2009 assim descreve as atribuições do cargo de Gerente de Cidade (fls. 94):

**“Obter e organizar as 'informações dos projetos contidos no planejamento estratégico urbano, dirigindo, coordenando e fiscalizando sua execução, possibilitando ao Prefeito e às Secretarias Municipais, obter informações relevantes. à manutenção da política e da estratégia pública”.**

Segundo a inicial, os diplomas afrontam os artigos 111, “caput”; 115, “caput”, II e V e 144, “caput”, todos da Constituição do Estado de São Paulo. Aludidos dispositivos são do seguinte teor:

**“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. (redação dada pela Emenda Constitucional nº 21, de 14/02/2006)**

**“Artigo 115 - Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:**

**(...)**

**II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em 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; (redação dada pela Emenda Constitucional nº 21, de 14/02/2006).**

**(...)”**

**“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.”**

Com razão o requerente, revestindo-se os dispositivos impugnados de vício de inconstitucionalidade material.

A Lei Municipal nº 1.898/05 criou o cargo de “Diretor de Trânsito” sem traçar as respectivas atribuições. As funções indicadas no artigo 3º do diploma foram claramente atribuídas à Divisão de Trânsito (fls. 76 e seguintes), e não especificamente ao cargo de “Diretor de Trânsito” da respectiva divisão. A intenção do legislador foi a de indicar naquele dispositivo as funções de toda a Divisão de Trânsito, e não, como parece evidente, de sua Diretoria. E, como não parece menos óbvio, não se vê com seja dado ao Diretor de Trânsito abarcar pessoalmente todas as funções da Divisão que dirige.

Como anotado com precisão pelo Desembargador MÁRCIO BARTOLI em precedente deste Colegiado, a ausência de descrição das atribuições do cargo na própria lei que o cria constitui “... **técnica normativa que inviabiliza a análise da adequação da criação de cargos públicos comissionados, vez que, conforme determinam a Constituição do Estado de São Paulo (artigo 155, incisos II e V) e a Constituição Federal (artigo 37, incisos II e V), essa modalidade de provimento seria excepcional no Poder Público e admissível apenas para cargos que pressuponham a existência de um vínculo de confiança entre nomeador e nomeado. É imprescindível, portanto, para que se crie cargo nessa modalidade de provimento excepcional, que se demonstre tratar-se de função que se subsume às hipóteses constitucionalmente permitidas, quais sejam, de cargos de chefia, direção ou assessoramento**”. (TJSP, Órgão Especial, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2216569-97.2019.8.26.0000,

j. 19.02.2020, Rel. Des. MÁRCIO BARTOLI).

Já a Lei Municipal nº 2.216/09, em seu artigo 4º, criou o cargo comissionado de “Gerente de Cidade”. As atribuições desse cargo, especificadas no Anexo I, não são de molde a predispor ou exigir relação de confiança. Não há justificativa para excepcionar-se a regra do provimento efetivo, mediante aprovação em concurso público. É o que se verifica da leitura do Anexo I da LM nº 2.216/09, “*verbis*”:

**“Gerente de Cidade**

***Obter e organizar as informações dos projetos contidos no planejamento estratégico urbano, dirigindo, coordenando e fiscalizando sua execução, possibilitando ao Prefeito e às Secretarias Municipais, obter informações relevantes à manutenção da política e da estratégia pública.***” (fls. 93/94).

Nenhuma das atribuições do cargo de “Gerente de Cidade” se enquadra nas funções típicas dos cargos comissionados, a saber, chefia, assessoramento e direção, requisito bem definido em parecer da Procuradoria Geral da República nos autos do R.E. nº 1.041.210/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal sob o regime de Repercussão Geral (Tema 1.010): ***“As atribuições dos cargos criados não cumprem os requisitos da categoria. Os cargos em comissão, vocacionados a serem transitoriamente preenchidos por ocupante de confiança da autoridade nomeante, dirigem-se àquelas atividades inerentes à direção, à assessoria e à coordenação, na hierarquia administrativa dos órgãos, com vistas à concepção de programas de governo. Tais características devem decorrer logicamente da descrição de suas atribuições”***.

As funções atribuídas ao referido cargo – como se afigura curial – revelam atividade eminentemente burocrática e profissional, cujo desenvolvimento não demanda relação de confiança entre o agente público nomeante e o nomeado.

Assim, no que respeita à criação dos cargos de “Diretor de Trânsito” e de “Gerente de Cidade”, há clara vulneração aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e razoabilidade (art. 111 da CE), e aos artigos 115, incisos II e V, e 144, todos da Constituição Estadual.

Recorde-se que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mencionado Tema nº 1.010, apreciou a matéria e fixou de maneira vinculante as seguintes teses: ***“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". (STF, Plenário, RG no RE nº 1.041.210/SP, Rel. o Min. DIAS TOFFOLI, j. 27.09.2018, DJe 22.05.2019 – m.v.).*

Assim também a iterativa orientação da jurisprudência deste Colendo Órgão Especial, destacando-se, dentre outros precedentes cônsonos:

**“DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Município de Tanabi. Lei Municipal nº 1.508/1997, com alteração promovida pela Lei nº 2.097, de 27 de outubro de 2007, que "reclassifica cargos e institui o quadro de pessoal e o sistema retributório da Câmara Municipal de Tanabi". Perda parcial do objeto em razão da extinção do cargo vago de "Assessor Jurídico Parlamentar" através do Ato da Presidência nº 02/2019. Criação de cargos do Poder Legislativo Municipal. Competência privativa da edilidade. Matéria objeto de edição de lei. Impossibilidade. O instrumento normativo adequado para a matéria é a resolução. Ofensa aos arts. 20, III, e 21, da Constituição Bandeirante. Inconstitucionalidade verificada. Criação de cargo de provimento em comissão destinado ao desempenho de atividade eminentemente técnica e profissional. Inadmissibilidade. Cargo de "Assessor de Imprensa" que não possui atribuição de assessoramento, chefia ou direção. Incidência do Tema de Repercussão Geral nº 1.010/STF. Vício material caracterizado. Ofensa aos arts. 111, 115, incisos II e V, da Constituição Estadual/SP. Inconstitucionalidade verificada, observada, no entanto, a natureza alimentar e irrepitível das verbas pagas aos ocupantes dos referidos cargos, bem como a modulação dos efeitos da presente decisão. AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.”** (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2205492-23.2021.8.26.0000, Rel. o Des. JARBAS GOMES, j. 04.05.2022)

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigos 11, 16, 17 e 18, da Lei 4.972, de 11 de fevereiro de 1998, do Município de Franca - Ausência de discriminação das atividades e atribuições do cargo de provimento em comissão de "Diretor do sistema municipal de ensino" e a função de confiança de "Professor Coordenador" - Violação à Orientação do Egrégio Supremo Tribunal Federal (Tema 1.010) – Violação aos artigos 24, §2º, 1, 111, 115, II e V e 144, todos da Constituição Estadual, que reproduzem os artigos 37, caput e incisos II e V, da Constituição da República de 1998 – Reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos legais pelo Prefeito Municipal - Ação direta julgada procedente.”** (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2272410-09.2021.8.26.0000, Rel. o Des. ADEMIR BENEDITO, j. 22.06.2022)

**“Ação Direta de Inconstitucionalidade - Município de Ibirá - ARTS. 5º A 7º E 16 DA LEI Nº 2.384, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2.017, que "Institui o Sistema Controle Interno no Poder Executivo do Município da Estância Hidromineral de Ibirá, e dá outras**

**providências” – Provimento em comissão ou função gratificada de cargos cujas funções são eminentemente técnicas ou profissionais, próprias de cargos de provimento efetivo - Inexistência de funções de assessoramento, chefia e direção, com atribuições meramente burocráticas, técnicas e operacionais - Limitações à autonomia municipal em face da necessária igualdade de acesso aos cargos públicos e aplicação do princípio da obrigatoriedade de concurso público para provimento de cargos públicos - Tema 1.010 de Repercussão Geral, do C. STF. - Violação dos artigos 35, 111 e 115, incisos II e V, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo - Precedentes deste C. Órgão Especial e dos Tribunais Superiores - Ação procedente, com modulação de efeitos e ressalva.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2272457-80.2021.8.26.0000, Rel. o Des. VIANNA COTRIM, j. 15.06.2022)**

Acolhido o pedido, é caso de modular os efeitos desta decisão, em atenção ao art. 27 da Lei nº 9.868/99. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, “caput” e parágrafos 1º, 2º e 3º, da Lei 1.898, de 12 de abril de 2005, bem assim do artigo 4º, “caput” e parágrafo único, e da expressão “Gerente de Cidade”, constante do Anexo I, da Lei 2.216, de 19 de fevereiro de 2009, ambas do Município de Tanabi, far-se-ão produzir ao término do prazo de cento e vinte (120) dias contados da data deste julgamento, ficando no entanto desde já obstadas novas nomeações aos cargos de “Diretor de Trânsito” e “Gerente de Cidade”, criados pelas aludidas leis, e assentando-se a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa fé pelos ocupantes dos referidos cargos, diante de seu caráter alimentar.

III. Por todo o exposto, julga-se procedente a presente ação, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 2º, “caput” e parágrafos 1º, 2º e 3º, da Lei 1.898, de 12 de abril de 2005, bem assim do artigo 4º, “caput” e parágrafo único, da Lei 2.216, de 19 de fevereiro de 2009, e da expressão “Gerente de Cidade”, contida no Anexo I deste diploma legal, ambas do Município de Tanabi, com modulação e irrepetibilidade, como acima explicitado.

**AROLDO VIOTTI**