



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2023.0000295098

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2223431-79.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ÁLVARES MACHADO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ÁLVARES MACHADO.

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), CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, GOMES VARJÃO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS E FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 12 de abril de 2023

ADEMIR BENEDITO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

VOTO N° : 53237
ADIN.N° : 2223431-79.2022.8.26.0000
COMARCA: SÃO PAULO
RECTE. : PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECD. : PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ÁLVARES MACHADO E OUTRO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 3º da Lei nº 2.926, de 15 de junho de 2016, do Município de Álvares Machado, que dispõe “sobre: criação da Controladoria Interna do Município e dá outras providências” – Função de confiança de “Controlador Interno” – Atribuições burocráticas e técnicas, em desconformidade com as especificidades intrínsecas aos cargos em comissão – Ausência de discriminação de atribuições do cargo de “Controlador Interno”, previsto no art. 3º da lei impugnada – Dispositivo que institui gratificação para o cargo de Controlador Interno - Atividades que devem ser desempenhadas por profissionais investidos em cargos públicos, mediante aprovação em concurso, dadas as especificidades técnicas da função a ser desempenhada – Violação à Orientação do Eg. Supremo Tribunal Federal (Tema 1.010) – Violação aos arts. 5º, 24, §2º, 1, 98 a 100, 111, 115, II e V e 144, todos da Constituição Estadual - Ação direta julgada procedente, com modulação dos efeitos temporais.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça, em face do artigo 3º da Lei nº 2.926, de 15 de junho de 2016, do Município de Álvares Machado, que dispõe “sobre: criação da Controladoria Interna do Município e dá outras providências”.

Sustenta o Autor, em síntese, que o dispositivo municipal ora impugnado contraria, frontalmente, a Constituição do Estado de São Paulo, a qual deve ser observada na produção normativa municipal, por força de seu 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”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Alega que a referida Lei Municipal estabeleceu a Controladoria Interna do Município de Álvares Machado, a qual está diretamente vinculada ao Gabinete do Prefeito, com a finalidade de exercer o controle e a fiscalização das contas públicas de todos os órgãos do Poder Executivo e da Administração Direta, Indireta e Fundacional, e criou a função gratificada de Controlador Interno do Município (artigo 3º), porém não discriminou as atribuições da função gratificada de "Controlador Interno do Município" ora impugnada.

Aduz que o referido artigo da Lei Municipal afronta os artigos 35, 111, 115, incisos II e V, e 150, todos da Constituição Estadual, argumentando que a criação de cargo comissionado não pode ser artificial, abusiva ou desproporcional, devendo ater-se às atribuições de assessoramento, chefia e direção, para as quais se empenhe relação de confiança. Ademais, o cargo de Controlador Interno desempenha funções de natureza técnica, tal e qual previsto na Constituição Federal (artigo 74) e Constituição Estadual (artigo 35), não havendo, pois, necessária relação de confiança entre a autoridade hierarquicamente superior e o servidor nomeado, que justifique a contratação por meio de provimento em comissão ou função de confiança, eis que ausente, na hipótese, qualquer atribuição de comando, direção, chefia ou assessoramento.

Ressalta ser aplicável ao caso a tese fixada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 1.041.210/SPRG (Tema 1010, Rel. Min. DIAS TOFFOLI), em que se discutia os requisitos constitucionais do art. 37, II e V, da CF/1988, para a criação de cargos em comissão, *in verbis*:

"Tema 1010 de Repercussão Geral - "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'.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

(...)"

Sustenta, por fim, que a referida norma do município de Álvares Machado afronta o regime constitucional vigente, ante a ausência de qualquer descrição legal de atribuições do Controlador Interno, salientando-se que tal missão institucional é técnica, observando-se que o Poder Legislativo deve instituir posto de provimento efetivo, à vista do caráter profissional da função.

Postula, pois, a procedência da ação para que seja declarada a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 2.926, de 15 de junho de 2016, do Município de Álvares Machado.

Inexiste pedido de liminar.

Ação direta de inconstitucionalidade recebida pelo e. Desembargador Poças Leitão, que despachou os autos no impedimento ocasional deste Relator (fls. 1209/213).

A Procuradora-Geral do Estado apresentou manifestação, consignando inexistir diretriz ou norma constitucional a indicar a existência de modelo preestabelecido para organização dos sistemas de controle interno dos Estados ou Municípios. Pontuou que tal questão está inserida no âmbito da autonomia conferida aos Municípios e argumentou que a questão deve ser dirimida nos estritos termos do Tema 1.010 de repercussão geral, asseverando ser inaplicável às funções de confiança. Aduziu que o art. 35, da Carta Paulista, indica apenas a necessidade de criação do sistema de controle interno, sem fixar um modelo predeterminado, e defendeu que entendimento contrário vulnera o princípio da razoabilidade, uma vez que muitas vezes os entes municipais contam com orçamento inferior ao dos entes estaduais e federal, bem como com reduzido quadro de pessoal. Sustentou, por fim, que a decisão prolatada no âmbito do RE 1.264.676-SC analisou legislação municipal específica, deixando de fixar parâmetros gerais a serem adotados pelos entes políticos, sendo, portanto, inaplicável ao caso (fls. 219/225).

O Prefeito do Município de Álvares Machado



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

apresentou informações, nas quais afirmou que a Constituição Federal e a Constituição Estadual não delineiam um modelo de controladoria interna a ser observado pelos Municípios, que possui liberdade de conformação para instituir a sua própria estrutura de Controle Interno, em observância à sua autonomia. Defendeu, também, a possibilidade de a atividade de controle interno ser exercida por meio de função gratificada sem desrespeitar a regra do concurso público. Apontou que a indicação das atribuições do órgão da Controladoria Interna supre a inconstitucionalidade pela ausência de atribuições em lei da função gratificada. Requereu, então, a declaração de constitucionalidade do dispositivo impugnado, e, subsidiariamente, a modulação dos efeitos da decisão para ter eficácia após um ano do trânsito em julgado, caso acolhida a ação direta (fls. 235/245).

A Presidente da Câmara Municipal também apresentou informações, nas quais defendeu a constitucionalidade do dispositivo impugnado, fundamentando nos mesmos termos da manifestação do Prefeito Municipal (fls. 249/255)

A D. Procuradoria de Justiça, opinou pela procedência da presente ação de inconstitucionalidade (fls. 261/273).

É o relatório.

A ação é procedente.

Cuidam os autos de ação declaratória de inconstitucionalidade da Lei n° 2.926, de 15 de junho de 2016, do Município de Álvares Machado, que *"dispõe sobre: criação da Controladoria Interna do Município e dá outras providências"*, que assim estabelece:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“Artigo 1º - Fica criada a Controladoria Interna do Município de Álvares Machado, diretamente vinculada ao Gabinete do Prefeito, para exercer o controle e a fiscalização das contas públicas, de todos os órgãos do Poder Executivo, bem como a Administração Direta, Indireta e Fundacional, nos termos preconizados pelos artigos 31, 70 e 74 da Constituição Federal e parágrafo único do artigo 54 da Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000.

Artigo 2º - Compete a Controladoria Interna:

a) Avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo, bem como do orçamento do Município, auxiliando em sua elaboração e fiscalizando em sua execução;

b) Comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira, patrimonial e fiscal, nos órgãos e entidades da administração municipal, bem como da aplicação das subvenções e dos recursos públicos, por entidades de direito privado;

c) Exercer controle das operações de crédito e garantias, bem como dos direitos e haveres do Município;

d) Apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional;

Artigo 3º - Fica criada a Função Gratificada de Controlador Interno do Município, com jornada semanal de trabalho de 40 (quarenta) horas e salário mensal de R\$=3.241,30 (três mil, duzentos e quarenta e um reais e trinta centavos).

Parágrafo 1º - O ocupante da Função Gratificada de Controlador Interno deverá:

a) Pertencer ao quadro efetivo de servidores da Prefeitura;

b) Escolaridade de nível superior em áreas de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Direito, ou Administração, ou Ciências Contábeis e, ou Economia;

c) Dominar os conceitos relacionados ao controle interno; e

d) Demonstrar conhecimento sobre matéria orçamentária, financeira e contábil, além da respectiva legislação vigente.

Parágrafo 2º - É vedada a indicação e designação para o exercício da função de servidor que seja cônjuge ou parente consanguíneo ou afim, até 2º grau, do Prefeito, ou Vice-Prefeito e, ou diretores municipais e mais, que tenha sido nos últimos 05 (cinco) anos:

a) Responsabilizado por atos julgados irregulares, de forma definitiva, pelo Tribunal de Contas;

b) Punido, por decisão da qual não caiba recurso na esfera administrativa, em processo disciplinar, por ato lesivo ao patrimônio público, em qualquer esfera de governo; e

c) Condenado em processo por prática de crime contra a Administração Pública, capitulado nos Títulos II e XI da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, na Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, ou por ato de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992;

Parágrafo 3º - Além dos impedimentos capitulados, é vedado ao servidor no exercício da função gratificada de Controlador Interno exercer:

a) Atividade político-partidária; e

b) Patrocinar causa contra a Administração Pública Municipal.

Artigo 4º - Nenhum processo, documento ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

informação poderá ser sonegado ao Controlador Interno, no exercício das atribuições inerentes às atividades correlatas, fiscalização e avaliação de gestão.

Parágrafo Único – O agente público que, por ação ou omissão, causar embaraço, constrangimento ou obstáculo à atuação da Controladoria Interna no desempenho de sua competência institucional ficará sujeito à responsabilidade administrativa, civil e penal.

Artigo 5º - O Controlador Interno deverá guardar sigilo sobre dados e informações obtidas em decorrência do exercício de suas atribuições e pertinentes aos assuntos sob a sua fiscalização, utilizando-os para elaboração de relatórios e pareceres destinados aos Chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Artigo 6º - Fica extinto o Cargo em Comissão de Assessor Contábil e Financeiro Nível 1.

Artigo 7º - As despesas da Controladoria Interna do Município correrão por conta de dotações próprias, fixadas anualmente no Orçamento Fiscal do Município.

*Artigo 8º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".
(grifo nosso)*

Pois bem.

Inicialmente, oportuno destacar que a contratação de pessoal no serviço público está vinculada aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da eficiência (art. 37, "caput", da CF/88) e depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, a depender da natureza e complexidade do cargo ou emprego, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

inciso II, da FC/88).

E, em relação aos cargos em comissão e funções de confiança, o inciso V, do citado art. 37 da Carta Magna, assim dispõe:

"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;"

Daí se verifica a distinção entre cargos comissionados e função de confiança, destacando-se que ambos os casos se destinam ao exercício de função de direção, chefia e assessoramento.

O cargo comissionado ou em comissão é preenchido por servidores de carreira e, também, por terceiros não efetivos no serviço público; já a função de confiança somente é exercida pelos servidores efetivos.

E da análise do artigo 3º, da Lei nº 2.926, de 15 de junho de 2.016, do Município de Álvares Machado, embora tenha disciplinado as finalidades e as competências do Sistema de Controladoria Interna, verifica-se que tal dispositivo legal discrimina apenas funções técnicas, burocráticas, operacionais ou profissionais, que não exigem especial relação de confiança, devendo ser tal cargo preenchido por servidores públicos investidos em cargos de provimento efetivo, em total violação ao artigo 115, incisos II e V, da Constituição Bandeirante.

Acrescenta-se, ademais, que a redação promovida pelo art. 3º da Lei nº 2.926/2016, do dito município, sequer conta com a descrição das respectivas atividades e atribuições em lei, cuja disciplina jamais poderia ficar a cargo do Chefe do Poder Executivo Municipal, por afronta ao princípio da reserva legal (art. 24, §2º, 1 da CE), já que, *in casu*, não se trata de norma de organização administrativa.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Em razão dessa natureza excepcional do cargo em comissão, a descrição das atribuições é essencial para possibilitar o controle dos preceitos constitucionais e deve ser realizada no momento da criação do cargo, como também serve para inibir que a legislação municipal se utilize de nomenclaturas de cargos e expressões como "avaliar", "comprovar", "exercer", "apoiar", "fiscalizar", "emitir", para travestir funções que na prática não se coadunam com a excepcionalidade e especialidade do cargo, conforme ditado pela Constituição Federal.

Aliás, como bem ressaltado pelo D. Subprocurador-Geral de Justiça, em seu parecer:

"Apesar de a lei complementar ter disciplinado as atribuições da Controladoria Interna (art. 2º), não discriminou as atribuições da função gratificada de "Controlador Interno do Município".

Aliás, nem se sustente que, pelo disposto no art. 2º, as competências previstas à Controladoria Interna são atribuições da citada função gratificada, pois referem-se ao respectivo órgão e não à função criada, como já adiantado anteriormente:

(...)

A função de Controlador Interno do Município, criada pelo art. 3º, é gratificada em sentido estrito. Especificamente no caso em tela, como apontado, o diploma normativo municipal não discriminou as atribuições da função de Controlador Interno do Município.

Todavia, o princípio da legalidade impõe norma em sentido formal para disciplina das atribuições de qualquer função pública lato sensu (cargo ou empregos públicos e função pública em sentido restrito). Embora distintos seus regimes jurídicos, cargo e emprego significam o lugar e o conjunto de atribuições e responsabilidades determinadas na estrutura organizacional, com denominação própria, criado por lei, sujeito à remuneração e à subordinação hierárquica, provido por uma pessoa, na forma da lei, para o exercício de uma específica função permanente



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

conferida a um servidor" (fls. 09/11).

Por conseguinte, o impugnado artigo 3º da legislação local, criou uma função de confiança de "Controlador Interno", instituindo gratificação ao Servidor lotado na Unidade de Controladoria Geral do Município.

Desse modo, a atribuição de tal cargo, embora titulada como de controlador interno, não o é, em sua essência, de forma que se enquadre como atribuições técnica próprias de cargos de provimento efetivo.

Demais disso, não há especificação da especial relação de confiança e fidelidade excepcionais próprias à função gratificada, indicativo claro de burla à exigência constitucional do concurso público, em evidente afronta ao artigo 115, incisos II e V, da Constituição paulista.

Como dito, a capacitação técnica para o desempenho de tal função deve ser mensurada através da realização do respectivo concurso público de provas ou de provas e títulos. Com a dispensa legal da realização das provas, com o provimento baseado tão só na confiança, infere-se que há claro desvio de finalidade do Poder Público local, o que o ordenamento jurídico pátrio veda.

Ora, não se nega que o Estado e os Municípios têm autonomia política, legislativa, administrativa e financeira, entretanto devem obediência aos princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição Estadual (art. 144 da CE/SP).

A propósito, em caso análogo, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"... o cargo de Controlador Interno desempenha funções de natureza técnica, para cuja realização não se faz necessária prévia relação de confiança entre a autoridade hierarquicamente superior e o servidor nomeado, que justifique a contratação por meio de provimento em comissão ou função de confiança, eis que ausente, na hipótese, qualquer atribuição de comando, direção, chefia ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

assessoramento” (STF, RE nº 1.264.676/SC, j. 08.06.20, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES).

E não é só!

O E. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE nº 1.041.210/SP, sob rito da repercussão geral, fixou a tese de nº 1.010, nos seguintes termos:

“Criação de cargos em comissão. Requisitos estabelecidos pela Constituição Federal. Estrita observância para que se legitime o regime excepcional de livre nomeação e exoneração. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema. 1. A criação de cargos em comissão é exceção à regra de ingresso no serviço público mediante concurso público de provas ou provas e títulos e somente se justifica quando presentes os pressupostos constitucionais para sua instituição. 2. Consoante a jurisprudência da Corte, a criação de cargos em comissão pressupõe: a) que os cargos se destinem ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) que o número de cargos comissionados criados guarde proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os institui; e d) que as atribuições dos cargos em comissão estejam descritas de forma clara e objetiva na própria lei que os cria. 3. Há repercussão geral da matéria constitucional aventada, ratificando-se a pacífica jurisprudência do Tribunal sobre o tema. Em consequência disso, nega-se provimento ao recurso extraordinário. 4. Fixada a seguinte tese: a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir". (Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.09.2018).

Frisa-se que a tese 1.010 de repercussão geral acima transcrita deve ser aplicada por analogia às funções de confiança, uma vez que seus termos destaca os cargos em comissão.

A propósito, este C. Órgão Especial igualmente já assentou entendimento sobre o tema:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Tendo por objeto os arts. 5º, 7º, §§ 1º a 3º do art. 10 e "caput", e art. 16, todos da Lei nº 430, de 18 de agosto de 2014 (fls. 18/23), do Município de Nipoã, que "... institui o sistema de Controle Interno do Município de Nipoã e dá outras disposições". Controlador Interno Municipal. Cargo de "controle técnico". Necessidade de "tecnicidade" e "profissionalismo". Inviabilidade de prever função gratificada para tal cargo. Tarefas, que, pela sua natureza, devem ser executadas com independência, serenidade e imparcialidade. Necessidade de investidura mediante concurso público. Inconstitucionalidade. Ausente descrição das funções dos ocupantes de cargos nos Órgãos Setoriais. Indispensável definição das atribuições dos cargos, sem o que fica impossível saber, no caso, se a criação de função gratificada se mostra, de fato, adequada para os cargos em questão. Inconstitucionalidade. Delegada a fixação de gratificação. Norma transferiu ao Prefeito e ao Presidente do Legislativo competência para fixar, por ato normativo secundário, gratificação. Impossibilidade. Afronta aos arts. 24, § 2º, item 1 e 128 da Constituição Estadual. Quanto ao cargo de "chefe do controle interno da Câmara Municipal", embora vinculado ao Poder Legislativo, tendo a Câmara competência exclusiva para organizar seu quadro de pessoal – inclusive através de norma interna (Resolução) –, tal não se aplica à remuneração e vantagens. Necessário observar, no caso, o princípio da reserva legal. Não poderia a norma municipal ter delegado fixação de gratificação.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Inconstitucionalidade. Ação procedente” (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2273979-45.2021.8.26.0000; Relator (a): Evaristo dos Santos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 18/05/2022; Data de Registro: 20/05/2022);

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Expressões 'atribuição exclusiva de servidor de carreira designado em função de confiança', constante no caput do artigo 20 e 'Controlador Interno', constante nos Anexos I e III da Lei Complementar n° 552, de 20 de fevereiro de 2020, do Município de Campo Limpo Paulista Cargo de 'Controlador Interno', de função de confiança, cujas atribuições não correspondem a funções de direção, chefia ou assessoramento, mas a atividades burocráticas e técnicas Relação de confiança não evidenciada Violação aos artigos 111 e 115, incisos II e V, ambos da Constituição do Estado de São Paulo Tema, ademais, objeto de julgamento nos autos da Repercussão Geral 1.010 (RE 1.041.210), em que o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento no sentido de 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' (leading case) Julgamentos reiterados desta Corte AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, com modulação dos efeitos, aplicando-se o prazo de 120 dias” (ADIn n° 2.236.151-15.2021.8.26.0000, p.m.v j. de 23.03.22, Rel. Des. ELCIO TRUJILLO);

“I. Ação direta de inconstitucionalidade. Resolução n° 441/2019, com redação dada pela Resolução n° 442/2019, ambas da Câmara Municipal de Guarulhos. Previsão de cargos de provimento em comissão e funções de confiança que, segundo a inicial, seriam incompatíveis com as regras constitucionais. II. Cargos comissionados. Ressalvado o posto de Assessor Chefe de Gabinete, os demais cargos possuem atribuições operacionais, técnico-burocráticas. Necessidade de provimento dos cargos por concurso público. Precedentes do OE e STF. Afronta à tese de repercussão geral n° 1.010 do STF. Inobservância dos artigos 115, incisos I, II e V, e 144, todos da Constituição Estadual. III. Maioria



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

das funções gratificadas de confiança que não representa burla à regra de ingresso no serviço público mediante concurso. Funções destinadas apenas a servidores ocupantes de cargos efetivos. Inexistência de afronta a mandamentos constitucionais. Posições de chefia subalterna a serem exercidas por servidores efetivos dentro de determinadas unidades administrativas (diretorias, departamentos, divisões, seções), mediante gratificação funcional. Constitucionalidade. IV. Funções de Pregoeiro Oficial, Membro da Comissão Permanente de Licitações e Contratos e Agente de Serviço de Controle Interno e Auditoria que, contudo, não se enquadram no modelo constitucional. Funções exclusivamente executórios e técnicas. Não configurada posição de chefia subalterna. Infringência ao artigo 115, V, da Constituição Estadual. V. Pedido julgado parcialmente procedente, assegurada a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé pelos servidores públicos exercentes das funções e ocupantes dos cargos invalidados" (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2060417-84.2020.8.26.0000; Relator (a): Márcio Bartoli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 07/10/2020; Data de Registro: 08/10/2020) (grifo nosso).

Por fim, os efeitos da presente declaração de inconstitucionalidade devem ser modulados, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, impedindo-se a repetição dos valores recebidos pelos ocupantes do cargo enquanto vigentes os dispositivos da norma impugnada, por razões de segurança jurídica. Os valores foram recebidos de boa-fé e em decorrência da efetiva prestação de serviços: sua repetição, portanto, levaria ao indevido enriquecimento da Administração.

Logo, por razões de excepcional interesse social, deve ser concedido prazo para a Administração Municipal reorganizar sua estrutura, afetada em razão da presente declaração de inconstitucionalidade, com eventual exoneração dos atuais ocupantes do cargo declarado inconstitucional e nomeação de servidores selecionados, por meio do devido concurso público, de acordo com o regramento constitucional.

Dessa forma, em consonância com orientação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

firmada neste Órgão Especial, os efeitos desta decisão incidirão cento e vinte (120) dias da data do julgamento desta ação, sem devolução de valores pelos servidores diante da natureza alimentar do benefício, o que impede a repetição do quanto recebido de boa-fé.

Pelo exposto, julga-se procedente a pretensão inicial para declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 2.926, de 15 de junho de 2016, do Município de Álvares Machado, que produzirá efeitos 120 (cento e vinte) dias a partir da data deste julgamento.

ADEMIR BENEDITO
Relator