



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA

nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

.....

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 19, de 1998)”

Da mesma forma, a CRFB prestigia a estabilidade:

“Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”⁹

De uma simples leitura do texto normativo percebe-se que o constituinte estabeleceu como regra a contratação de servidores com prévio concurso público, para o desempenho de atribuições técnicas, prestigiando o vínculo perene e a estabilidade.

⁹ Súmula nº 390 do TST. ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2)-Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 I-O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1-inserida em 27.09.2002 -e 22 da SBDI-2-inserida em 20.09.2000) II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex - OJ nº 229 da SBDI-1-inserida em 20.06.2001)



**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA**

A *contrario sensu*, e em virtude de sua própria natureza, cargos em comissão, onde prepondera o vínculo de confiança entre nomeante e nomeado, não podem possuir atribuições técnicas em virtude do vínculo provisório entre o servidor e o Estado.

Em perfeita consonância com o art. 29 da CRFB, o art. 144 da Constituição Paulista determina que:

“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.”

Ainda segundo a Constituição do Estado de São Paulo a representação judicial e a consultoria jurídica devem ser prestadas por servidores aprovados em concurso público, *in verbis*:

“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.

.....(omissis).....

§ 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.”



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA

Referido artigo está em sintonia com o que estabelece de modo geral o art. 115, incisos II e V, da Carta Bandeirante:

“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:

.....(omissis).....

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 comissões, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração”

.....(omissis).....

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”.

Neste panorama, e considerando também as peculiaridades das atribuições afetas aos advogados públicos, é absolutamente incompatível com a República a criação de cargos em comissão para desempenho de atribuições técnicas, possibilitando uma ingerência política nas decisões e manifestações dos servidores.

Isto violaria a independência e a autonomia funcional, como já mencionado anteriormente, possibilitando o que o subjetivismo se imponha ao interesse público.

Deve se ter em mente que quando a forma de provimento de



**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA**

uma cargo ou emprego é por comissionamento, impera o vínculo de confiança entre o nomeante e o nomeado.

A quebra nesta confiança, que é eminentemente subjetiva, pode ensejar, ainda que imotivadamente, *ad nutum*, a demissão ou exoneração.

Neste sentido, cito trecho de ADI julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo onde, de forma muito didática, se abordou os cargos providos em comissão como sendo:

“aqueles cargos que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas por seus titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade, mas também um comprometimento político, fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos e lealdade pessoal à autoridade superior”¹⁰

Portanto, um parecer técnico, ainda que calcado em entendimento jurisprudencial e doutrinário contrário à vontade do nomeante, pode ser interpretado como quebra de confiança e ensejar a demissão ou exoneração do servidor nomeado em comissão.

Ora, é evidente que a insegurança trazida por uma eventual manifestação que cause desgosto a autoridade responsável pela nomeação do servidor comissionado gera temor e, muitas vezes, pode levar a adoção de teses e posicionamentos contrários ao interesse público para garantir a manutenção no cargo ou emprego, buscando apenas ratificar atos que atendam a vontade do gestor.

Não é por outra razão que o art. 98 da Carta Paulista, acima

¹⁰ ADI nº 118.686 – Rel. Des. Souza Lima – j. 26/10/2005



**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA**

copiado, determina a necessidade de concurso de provas e títulos para ingresso na carreira de Procurador do Estado.

A título ilustrativo, cabe citar trecho de decisão proferida na ADIN n. 173.414-0/8-00, do TJSP:

"(...) o art. 144 da Constituição Paulista também prescreve que a autonomia legislativa e administrativa dos municípios deve ser exercida com obediência aos princípios da Carta Republicana e da Lei Maior do Estado de São Paulo. Dentre esses princípios, perfila-se a obrigatoriedade de a representação judicial e a consultoria jurídica estar a cargo de servidores aprovados em concurso público. Nesse sentido, o art. 98, § 2º, da Constituição do Estado de São Paulo prevê que: 'Art. 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. (...) § 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.' "Como a representação jurídica dos interesses do Estado é função essencial à Administração Pública - como didaticamente assinala o art. 98, caput, da Constituição do Estado -, trata-se de princípio a ser obedecido servilmente pela legislação municipal. (cf. fls. 9/10)."

II Em que pesem os fundamentos da r. decisão recorrida, os



**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA**

dispositivos legais apontados na inicial, os argumentos apresentados no pedido de reconsideração e no Agravo regimental interposto autorizam a concessão da liminar, quer por evidente interesse público, haja vista a possibilidade de admissão de servidores sem a realização de concurso público, quer porque tal contratação implicaria em iminentes efeitos financeiros para o município, consistentes em aumento da carga orçamentária além de ferir os princípios da legalidade, impessoalidade, razoabilidade, oralidade, finalidade e igualdade.

Presentes, pois, o "fumus boni iuri" e o "periculum in mora".

.....(omissis).....

Por todo o exposto e nos termos do art. 860 do Regimento Interno, uma vez demonstrados os pressupostos legais, impõe-se-me rever anterior entendimento (cf. fls. 128 e verso) para conceder a liminar e suspender "ex nunc" a vigência e eficácia do art. 1o da Lei Municipal no 4.273/93, do art. 11 da Lei Municipal no 4.577/94, do art. 1o da Lei Municipal nº 4.691/95, do art. 18 da Lei Municipal nº 5.882/03, do art. 32 da Lei no 6.007/04, Anexo III e art. 37 da Lei Municipal no 6.065/05 Tabela 10.

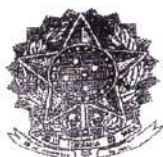
Intime-se. Comunique-se.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2009.

REIS KUNTZ

Relator"(g.n.)

E, ainda:



**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Criação de um cargo de procurador fiscal; um cargo de procurador judicial; um cargo de procurador do patrimônio imobiliário e sete cargos de procurador, todos de comissão, de livre nomeação e exoneração pelo Anexo III da Lei nº 3.959 de 21/3/91 do Município de São José dos Campos – Violação do princípio constitucional adotado pela Constituição Paulista de subordinar a admissão de servidores públicos a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos – Inconstitucionalidade declarada.¹¹

No mesmo sentido, vide precedentes abaixo:

“o cargo em questão, Procurador Jurídico, é de natureza eminentemente técnica, deve ser exercido em caráter permanente, não se justificando sua criação para provimento em comissão”¹²

“No MÉRITO a ação deve ser julgada procedente. A premissa básica colocada na inicial é que consultores jurídicos e consultores jurídicos adjuntos (fls. 46, 52, 61, 62, 69 e 80), cargos providos por nomeação em comissão (fls. 76), estão exercendo atribuições específicas do cargo de procurador municipal, o qual depende de prévia aprovação em concurso público. Ao contrário do alegado pelo Município-réu, a inicial vem acompanhada de farta documentação que demonstra que esses consultores (fls. 152/159) estão atuando como representantes do Município em juízo (fls. 17/36), atribuição essa típica do procurador

¹¹ TJSP – Órgão Especial - ADI 58.623-0 – São Paulo – rel. Des. Paulo Shintate – j. 03.11.1999

¹² TJSP – Órgão Especial – ADI nº 142.695 – Rel. Des. Oliveira Santos – j. 24/10/2007



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA

ou do Prefeito, como estabelece o artigo 12 do Código de
Processo Civil.

.....(omissis).....

não se discute sobre a validade dos atos até então
praticados pelos consultores jurídicos e adjuntos, mas sim
sobre a possibilidade de os mesmos continuarem a
praticar atos para os quais não estão legalmente
habilitados.

.....(omissis).....

Diante da relevância que envolve o fundamento da
demanda, as provas constantes dos autos que convergem
para a procedência da ação, o reconhecimento pelo
Município que consultores jurídicos e adjuntos praticaram
atos processuais (fls.234, in fine) e o justificado receio de
afronta aos princípios norteadores da administração
pública, entendo prudente deferir a antecipação da tutela,
inicialmente, pretendida. Ante o exposto, CONCEDO a
tutela antecipada e julgo PROCEDENTE a presente ação
para condenar o MUNICÍPIO DE GUARULHOS na obrigação
de não fazer, consistente em se abster de praticar
quaisquer atos processuais através de seus consultores
jurídicos ou consultores jurídicos adjuntos, sob pena de
multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por cada ato
praticado, a ser recolhida na forma do artigo 13, da Lei nº
7.347/85, sem prejuízo da responsabilização civil e
criminal. Custas na forma da lei. Sem condenação em



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA

verba honorária, por ser incabível na espécie. Vencido o prazo para recurso, com interposição ou não, remetam-se os autos à Superior Instância, nos termos do artigo 475 do Código de Processo Civil. Providencie a serventia a juntada de cópia desta sentença nos autos do processo nº 846/04, em trâmite perante este juízo. P.R.I. Guarulhos, 17 de agosto de 2007. BEATRIZ DE SOUZA CABEZAS Juíza de Direito¹³

Interessante observar que a matéria ora abordada tem entendimento pacífico nos Tribunais, sendo a violação aos princípios constitucionais de fácil constatação.

Neste sentido, cabe destacar o Mandado de Segurança, Processo Nº 224.01.2009.011264-6, que tramitou na 1ª Vara da Fazenda Pública de Guarulhos em que foi anulada a contratação de consultores jurídicos. Neste caso a manutenção dos comissionados evitava que os Procuradores aprovados no concurso público fossem chamados. *In verbis*:

“Ante o exposto, confirmo a liminar e concedo parcialmente a ordem para reconhecer o direito líquido e certo de cada um dos impetrantes à posse como «Procurador III do Município de Guarulhos», bem como anulo as contratações de todos os cargos comissionados de «consultor jurídico» e «consultor jurídico adjunto» do Município de Guarulhos. Custas na forma da lei. Sem condenação a honorários (Súmula 512/STF). P. R. e I. São Paulo, 30 de abril de 2009. José Roberto Leme Alves de Oliveira Juiz de Direito” (g.n.)

¹³ ACP nº 224.01.2006.064159-5, que teve curso na 4ª Vara Cível da Comarca de Guarulhos



**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA**

IV – Da vulneração a princípios constitucionais

a) Violação aos princípios da moralidade, da eficiência e da razoabilidade

A criação de cargos comissionados em burla a preceitos fundamentais é verdadeira afronta aos princípios constitucionais da moralidade, da eficiência e da razoabilidade, previstos no artigo 111 da Carta Paulista.

Para constatar a violação aos princípios acima basta indagarmos:

Qual o benefício para a população ao se criar cargos em comissão para desempenhar funções técnicas?

Nenhum!

Os serviços são prestados de forma mais eficiente por servidores comissionados?

Não necessariamente.

As nomeações são feitas seguindo critérios subjetivos?

Sim.

Há transparência nos critérios de seleção e de nomeação?



**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA**

Não.

Ao abordar o tema, a ilustre professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que também foi Procuradora Municipal, disse que:

“(...) não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna. Não é preciso, para invalidar despesas desse tipo, entrar na difícil análise dos fins que inspiraram a autoridade; o ato em si, o seu objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma de conduta aceita como legítima pela coletividade administrada. Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade.”¹⁴

O Administrador deve primar pela transparência de seus atos, evitando favorecimentos subjetivos, incompatíveis com o interesse público.

¹⁴ In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionabilidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas. 1991, p. 111



**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA**

A eficiência do serviço esta diretamente atrelada à possibilidade de se garantir que o servidor possa desempenhar suas atribuições técnicas da melhor maneira possível, sem ingerências políticas.

As opções por planos de governo, por políticas públicas, não guardam nenhuma relação com as providências técnicas para sua implementação. Permitir excessivas e desarrazoadas nomeações para irregulares cargos em comissão gera prejuízo ao erário, não só pelo valor desembolsado, mas também pelo desestímulo que causa nos servidores permanentes dos quadros que, em regra, se veem desprestigiados e desempenhando as mesmas atribuições que os comissionados por uma fração da remuneração paga àqueles.

O prejuízo é inquestionável e o STF segue esta linha de raciocínio há décadas:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 1.411/89 DO MUNICÍPIO DE TUBARÃO – CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO – INEXISTÊNCIA DO VÍNCULO DE CONFIANÇA – NÃO CARACTERIZAÇÃO DE FUNÇÕES DE CHEFIA, DIREÇÃO OU ASSESSORAMENTO – CONTRATAÇÃO POR TEMPO INDETERMINADO PARA ATENDER A NECESSIDADE PERMANENTE DE SERVIÇO DE CARÁTER ORDINÁRIO – NATUREZA DE CARGO DE PROVIMENTO EFETIVO – EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO – HIPÓTESES DO INCISO I E DO § 2º DO ART. 21 DA CARTA POLÍTICA ESTADUAL NÃO CONFIGURADAS – DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA MORALIDADE E DA IGUALDADE – FALTA DE RAZOABILIDADE ADMINISTRATIVA



**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA**

**– INCONSTITUCIONALIDADE – PROCEDÊNCIA PARCIAL DA
AÇÃO.**

'A exigência constitucional do concurso público não pode ser contornada pela criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza' (STF, Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.141-3-GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 10.10.94).¹⁵

b) Do princípio da proporcionalidade

Curiosamente, enquanto o Município de Cordeirópolis conta com apenas 02 advogados públicos aprovados em concurso, possui 02 Diretores de Departamento e um Secretário, na Secretaria de Negócios Jurídicos.

Sem nenhuma dificuldade, com uma singela observação, constata-se que as atividades jurídicas estão majoritariamente aquinhoadas a ocupantes de cargo de provimento comissionado.

Isto é, há 1,5 superior hierárquico para cada Procurador, em patente a violação à proporcionalidade.

A jurisprudência nacional repudia a falta de proporcionalidade entre cargos em comissão e efetivos, sendo que o Colendo Supremo Tribunal Federal já se pronunciou:

¹⁵ ADI n. 96.007007-9, TJSC, Des. Jorge Mussi



**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA**

"AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO. I - Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos A motivos e à finalidade que os ensejam. II - Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local. III - Agravo improvido."¹⁶

.....
No caso presente, a descrição das atribuições de cargos e empregos públicos, constantes de fls. 100/107 (apenso), não discriminam quaisquer requisitos dependentes da confiança do nomeante para o bom andamento da Administração, pois seus titulares deverão se mostrar devotados ao programa posto na prática pelo nomeante.

As informações foram inócuas para demonstrar a ocorrência dessa omissão. Aliás, a Douta Procuradoria de Justiça demonstrou o manifesto equívoco das informações nas indicações de leis que jamais trataram das atribuições dos cargos. A simples nomenclatura do cargo (diretor de departamento, chefe de divisão técnica, chefe de divisão administrativa, chefes de seção técnica, chefe de seção administrativa, chefe de grupo, encarregado do setor, assessores e assistentes) é insuficiente para definir tratar-se de um cargo de confiança a ser preenchido por servidor público

¹⁶ RE-AgR 365.368/SC, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. A. 22.05.07, 1ª Turma, DJ 29.06.2007, pág. 49. Ement. Vol. 2282- V-08, pág. 1.545.



**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA**

concurado para as diversas carreiras. Diante disso deve ser considerado como cargos de natureza técnica que haveriam de ser providos por concurso e não pela vontade pessoal do administrador.

Mas a proporcionalidade não se limita a uma análise do número de cargos, mas também entre os motivos que levaram à criação do cargo e as atribuições a serem desempenhadas.

Neste sentido egrégia Corte de Justiça do Estado de Santa Catarina se manifestou:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — ATO NORMATIVO MUNICIPAL — CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO A SEREM LOTADOS NOS GABINETES DOS VEREADORES — DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS MOTIVOS GERADORES DA RESOLUÇÃO E O ATO EDITADO — LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE — VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS — ARTS. 37, II, DA CF E 16 DA CE/89 — AÇÃO PROCEDENTE.

Ao lado dos cargos de provimento efetivo, possível é à Administração criar cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração. Todavia, se no exercício pelo Judiciário do controle dos atos discricionários, constata-se que ocorre inadequação entre o motivo gerador do ato administrativo e o ato praticado, vale dizer, se o cargo em comissão criado não se enquadra entre aqueles que exigem absoluta confiança daquele com quem vai trabalhar e mais se adequa aos de provimento efetivo preenchido via concurso público, emergem violados os



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA

princípios constitucionais que balizam o preenchimento dos cargos públicos.¹⁷

c) Violação ao princípio do prévio concurso

Como já explanado anteriormente, na República Federativa do Brasil vige a regra geral de que para a investidura em cargo ou para a admissão em emprego público é necessário a prévia aprovação em concurso público.

Os cargos em comissão são uma exceção à regra e somente devem existir se, na sua criação e estabelecimento de atribuições, prestigiarem os princípios da moralidade, razoabilidade, eficiência e proporcionalidade.

O vínculo de confiança deve, portanto, atender ao interesse público, e não a interesses subjetivos, além do cargo ou emprego não ter natureza técnica.

O prestígio às normas constitucionais não só traz segurança jurídica e assegura transparência nos atos de gestão, evitando-se nomeações com motivos escusos, mas também garante a continuidade do serviço público. Neste sentido, citamos Caio Tácito que oportunamente se pronunciou:

“A competência legislativa para criar cargos públicos visa ao interesse coletivo de eficiência e continuidade da administração. Sendo, em sua essência, uma faculdade discricionária, está, no entanto, vinculada à finalidade, que lhe é própria, não podendo ser exercida contra a conveniência

¹⁷ TJES - ADI 98.006701-4 - Blumenau - rel. Des. Alcides Aguiar - j. 07.03.01



**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA**

geral da coletividade, com o propósito manifesto de favorecer determinado grupo político, ou tornar ingovernável o Estado, cuja administração passa, pelo voto popular, às mãos adversárias.”¹⁸

Reconhecendo que a criação de cargos em comissão meramente artificiais, em total desrespeito ao ordenamento e apenas para atender a fins escusos o Supremo Tribunal Federal, o Ministro Moreira Alves, citando o Ministro Octávio Gallotti, na Representação n. 1.368, diz:

“Assim, 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, erigido em pressuposto de acessibilidade aos cargos públicos.”¹⁹

Adotando este entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina se pronunciou:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI DO
MUNICÍPIO DE SANTA TEREZINHA QUE CRIA CARGOS DE
PROVIMENTO EM COMISSÃO – CARGOS DE FISCAL DE
OBRAS E FISCAL DE SERVIÇOS URBANOS INCLUÍDOS
NAQUELE ROL – AFRONTA À REGRA DO CONCURSO
PÚBLICO – INCONSTITUCIONALIDADE – PROCEDÊNCIA
DA AÇÃO – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
DAS EXPRESSÕES, CONSTANTES DO ANEXO II DA LEI**

¹⁸ TÁCITO, Caio. Anulação de Leis Inconstitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, nº 59, jan-mar 1960. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 347

¹⁹ *In Revista de Direito Administrativo*, nº 176, abr-jun 1989. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 33



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA
MUNICIPAL N. 46/93.²⁰

Debruçando-se sobre o tema, o TJSP julgou da seguinte forma.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Criação de cargo de fiscal de obras, em comissão. Exercício da atividade de fiscal de obras que não pressupõe irrestrita confiança pessoal, requisito basilar dos cargos em comissão. Preceito constitucional de concurso público que não pode ser tangenciada pela criação de cargos em comissão, que não guardem como pressuposto vínculo de confiança, pois se tal se sucedesse, ter-se-ia fulminado o princípio assinado na Constituição. Exigência do concurso público, no caso, que é incontornável, ex vi da inteligência do artigo 115 da CESP. Inconstitucionalidade da Lei nº 1.861/91 do Município de Águas de Lindóia procedente, declarada a inconstitucionalidade da criação do cargo de fiscal de obras em comissão.²¹

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei nº 6.507/09, do Município de Guarulhos - Criação de cargos de provimento em comissão que não correspondem às funções de direção, chefia e assessoramento, mas sim àquelas providas por concurso público - Hipótese que não se reveste da exceção de livre nomeação e exoneração - Inadmissibilidade - Cargos que não prescindem de concurso público, não se qualificando como cargos em comissão, relativamente ao quais o pressuposto é a confiança, ausente na espécie - Violação dos arts. 111 e 115, I e II e 144, da Constituição do Estado de São

²⁰ ADI 01.009057-0 – TJESC – Itaiópolis – rel. Des. João Martins, j. 21.08.2002

²¹ ADI 65.866-0 – TJSP – Órgão Especial – rel. Des. Hermes Pinotti – j. 25.10.2000



**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA**

Paulo - Procedência da ação.²²

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 977, de 26 de novembro de 2002, Anexo I, do Município de Caraguatatuba, que "Dispõe sobre a Estrutura Administrativa da Prefeitura Municipal da Estância Balneária de Caraguatatuba e dá outras providências", bem como Artigo 71, e Anexo VII, ambos da Lei nº 992, de 20 de dezembro de 2002, do mesmo município, no que diz respeito à manutenção dos cargos em comissão constantes do Anexo I, da lei anteriormente citada, e à criação do cargo de Ordenador de Despesa. Alegação de inconstitucionalidade parcial de lei sob o argumento de que a criação de cargos em comissão é medida restrita e excepcional e se restringe às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Funções técnicas, burocráticas ou operacionais, que não exigem por parte de seus ocupantes qualquer vínculo de confiança com os administradores e em razão disso só poderiam ser providas por concurso público. Afronta aos artigos 111, 115, II e V, e 144, todos da Constituição Paulista. Ocorrência, na espécie, da inconstitucionalidade invocada pela douta Procuradoria-Geral de Justiça.. Ação julgada procedente, com efeito "ex tunc", negada a modulação pretendida pela Municipalidade.²³

Encerrando este tópico, pode se dizer ainda que outra consequência lógica da contratação de servidores comissionados para desempenhar atribuições técnicas, afetas a titulares de cargos ou empregos efetivos, é o possível desvio de função que, uma vez comprovado o dolo, pode gerar a condenação do gestor.

²² ADI 994.09.224787-0 – TJSP – Órgão Especial

²³ ADI 171.035-0/3-00 – TJSP – Órgão Especial



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO
COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA

EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOMEAÇÃO PARA CARGO EM COMISSÃO COM **DESVIO DE FUNÇÃO**. EXERCÍCIO DE FUNÇÃO QUE NÃO SE CARACTERIZA COMO DE CHEFIA, DIREÇÃO OU ASSESSORAMENTO, MAS SIM DE NECESSIDADE PERMANENTE DA ADMINISTRAÇÃO. EXISTÊNCIA DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO VÁLIDO, E NÃO NOMEADOS, PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO (AUXILIAR E TÉCNICO EM ENFERMAGEM). IMPROBIDADE DEMONSTRADA. ENQUADRAMENTO NO ART. 11 DA LEI N. 8429/92. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE ADMINISTRATIVA. JUÍZO DE SUFICIÊNCIA E ADEQUAÇÃO NA IMPOSIÇÃO DAS PENALIDADES DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E MULTA CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS.²⁴ (g.n.)

PROCESSIONAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GÊNICAS. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. PRESCRIÇÃO AFASTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. JULGAMENTO DE MÉRITO. CAUSA MADURA. ART. 515, § 3º, DO CPC. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. **CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO. PRÁTICA DE**

²⁴ Embargos Infringentes Nº 70052206570, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 06/12/2013