

27/09/2018

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.041.210 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : SEBASTIÃO ALVES DE ALMEIDA
ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

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.

RE 1041210 RG / SP

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 em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestou o Ministro Gilmar Mendes. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestou o Ministro Gilmar Mendes. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestou o Ministro Gilmar Mendes.

Ministro DIAS TOFFOLI

Relator

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.041.210 SÃO PAULO

EMENTA

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 em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

RE 1041210 RG / SP

MANIFESTAÇÃO

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Prefeito do Município de Guarulhos contra acórdão mediante o qual o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou procedente a representação de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face do art. 5º e dos Anexos I e II da Lei Municipal nº 7.430/15.

Referido julgado foi assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Criação dos cargos de Assessor de Gabinete Governamental, Assessor Executivo de Secretário Municipal, Assessor de Gabinete de Secretário Municipal, Assessor de Gabinete de Coordenador Municipal e Assessor de Implementação de Políticas Públicas, previstos no artigo 5º e Anexos I e II da Lei n. 7.430, de 17 de dezembro de 2015, do Município de Guarulhos – Funções a eles destinadas que não dizem respeito a chefia, assessoramento e direção – Caráter eminentemente técnico e burocrático, a exigir o provimento mediante a adoção de concurso público – Violação aos artigos 98, 111, 115, incisos II e V e 144, todos da Constituição Estadual – Flagrante excesso na criação de tais cargos (totalizando 1.941) – Afronta aos princípios da razoabilidade e a da proporcionalidade, previstos no já citado art. 111 – Abusividade, ainda, na criação reiterada de cargos em comissão da mesma natureza por leis anteriores (com denominação diversa, mas idêntica finalidade e afastados por este Órgão Especial, em diversas outras ações declaratórias de inconstitucionalidade) – Decreto de procedência, com modulação.”

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

No recurso extraordinário, sustenta o recorrente violação dos incisos I, II e V do art. 37 da Constituição Federal, uma vez que o art. 5º da Lei nº

RE 1041210 RG / SP

7.430/15 do Município de Guarulhos e seus anexos seriam constitucionais, tanto do ponto de vista da iniciativa quanto em relação a seu objeto.

Em preliminar de repercussão geral, afirma que a decisão a ser proferida na presente ação transcende as parte envolvidas na causa.

No mérito, sustenta que o Município atuou dentro da autonomia que lhe foi conferida pela própria Constituição Federal para criar e extinguir cargos, fixar as respectivas remunerações, organizar sua estrutura e dispor sobre o regime de seus servidores.

Aduz que o citado diploma legislativo tem por finalidade “a organização dos serviços de interesse local e [que] os cargos nela previstos encontram ressonância com as exceções inculpidas nas normas de calibre constitucional (artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal de 1988 [...])”, pois exigem especial relação de confiança entre autoridade nomeante e nomeado.

Assevera, outrossim, que a procedência da presente ação acarretaria invasão na esfera de poder privativa do Executivo e que a alegação de que seria elevada a quantidade de cargos em comissão criada estaria eivada de subjetivismo.

Alega, por fim, que “os cargos em comissão são necessários à administração”, “não objetivam burlar o princípio do concurso, tem atribuições que não são técnicas e estão limitados a um percentual convencionado com o Ministério Público” em anterior Termo de Ajustamento de Conduta, o qual deu origem ao art. 162 da Lei Municipal nº 7.119/13.

Apresentadas contrarrazões, o recurso extraordinário foi admitido.

O parecer da douta Procuradoria-Geral da República, pelo não provimento do recurso extraordinário, contém a seguinte fundamentação:

“(...) [A]s 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

RE 1041210 RG / SP

programas de governo. Tais características devem decorrer logicamente da descrição de suas atribuições.

Não obstante a utilização de vocábulos indutores dessa conclusão, as atividades descritas para os cargos impugnados nada têm de assessoramento, direção ou chefia. Revelam-se, antes, tipicamente de execução técnica, operacional ou meramente burocrática. Tampouco demandam relação de confiança com a autoridade superior, para o exercício das atividades ali propostas, por serem definíveis sobretudo como a execução em maior ou menor grau, de programas normativos condicionais, e não finalísticos.

Os cargos intitulados de Assessor enunciam conjunto de atividades rotineiras – técnicas ou burocráticas – das diversas áreas administrativas. De seus conteúdos, não se infere logicamente atribuição de comando ou direção da administração, vinculadas à necessária relação de confiança. Ao reverso, descrevem tarefas executivas de funções tipicamente organizadas em carreira do serviço público. A mera conjugação da execução de tarefas triviais com suposta direção não supre o requisito constitucional, que exige atribuições de efetivo estabelecimento de diretrizes, planejamento de ações com amplo espectro de discricionariedade e tomada de decisões políticas. Já o assessoramento requer conhecimentos técnicos, no auxílio especializado à tomada de decisões dos chamados programas normativos finalísticos, em que se abrem grandes campos de avaliação e de opções discricionárias dos agentes públicos. Nada disso está presente aí. Preponderam, ao revés, atribuições de supervisão da aplicação de normas de mais variada natureza, ditadas pelo legislador ou pelos regulamentos editados em patamares mais elevados da administração pública e que, portanto, não se encontram à disposição dos servidores mencionados. Ao contrário, sujeitam-se eles aos termos de sua execução.”

Passo a me manifestar.

O tema debatido nos autos apresenta relevância jurídica, econômica

RE 1041210 RG / SP

e social, porquanto versa sobre os requisitos para a criação de cargos em comissão, o que envolve a aplicação de diversos princípios constitucionais, tais como o princípio do concurso público, da moralidade pública, da igualdade, da impessoalidade, da eficiência e da economicidade.

Além disso, ele transcende os limites subjetivos da causa, na medida em que o debate foi suscitado em sede de controle concentrado de constitucionalidade movido na origem, podendo seus fundamentos servir de esteio para casos semelhantes, tendo em vista que o assunto vem sendo repetidamente trazido à apreciação desta Corte.

Sobre o tema, o **caput** e os incisos II e V do art. 37 da Constituição Federal preconizam o seguinte:

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

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

(...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

Esta Corte já se debruçou sobre a questão por diversas vezes, havendo afirmado que **a regra para o provimento de cargos efetivos no serviço público é o concurso público de provas ou de provas e títulos,**

RE 1041210 RG / SP

sendo a criação e o provimento de cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, exceção à regra, motivo pelo qual o tema deve ser compreendido nessa condição.

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que os cargos em comissão somente se justificam quando presentes os pressupostos constitucionais autorizadores de sua criação.

Dentre esses pressupostos, destaco a necessidade imposta pela CF/88 de que **as atribuições do cargo comissionado criado sejam adequadas às atividades de direção, chefia ou assessoramento, não se podendo compreender nesse espectro atividades meramente burocráticas, operacionais ou técnicas.**

É, ainda, **imprescindível que exista um vínculo de confiança** entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado para o desempenho da atividade de chefia ou assessoramento, o que legitima o regime de livre nomeação e exoneração.

Esses requisitos estão intrinsecamente imbricados, uma vez que somente se imagina uma exceção ao princípio do concurso público, previsto na própria Constituição Federal, em virtude da natureza da atividade a ser desempenhada, a qual, em razão de sua peculiaridade, pressupõe relação de fidúcia entre nomeante e nomeado.

Vai nesse sentido a jurisprudência da Corte, conforme adiante se vê:

“Embargos de declaração em recurso extraordinário. Conversão em agravo regimental, conforme pacífica orientação da Corte. **Lei distrital que criou cargos em comissão para funções rotineiras da Administração Pública. Impossibilidade.** 1. A decisão ora atacada reflete a pacífica jurisprudência da Corte a respeito do tema, a qual reconhece a **inconstitucionalidade da criação de cargos em comissão para funções que não exigem o requisito da confiança para seu preenchimento.** 2. Esses cargos, ademais, deveriam ser preenchidos por pessoas determinadas, conforme descrição constante da aludida lei. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual é negado provimento” (RE nº

RE 1041210 RG / SP

376.440/DF-ED, Tribunal Pleno, de **minha relatoria**, DJe de 14/11/14).

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI MUNICIPAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE CARÁTER DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA OU DIREÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE SERVIDOR NOMEADO E SUPERIOR HIERÁRQUICO. IMPOSSIBILIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. FIXAÇÃO DO MONTANTE DA REMUNERAÇÃO. RESERVA LEGAL. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 05.3.2012. **Esta Corte entende que é inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuam caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandem relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico.** Precedentes. Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a fixação do montante da remuneração de servidores públicos exige a adoção de lei formal e específica. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à conformidade entre o que decidido no acórdão recorrido e a jurisprudência desta Corte. Agravo regimental conhecido e não provido” (RE nº 735.788/GO-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Rosa Weber**, DJe de 29/8/14).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE CRIA CARGOS EM COMISSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 37, INCISOS II E V, DA CONSTITUIÇÃO. 2. **Os cargos em comissão criados pela Lei nº 1.939/1998, do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal.** 3. **Ação julgada procedente**” (ADI nº 3.706/MS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 5/10/07).

RE 1041210 RG / SP

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS 6.600/1998 (ART. 1º, CAPUT E INCISOS I E II), 7.679/2004 E 7.696/2004 E LEI COMPLEMENTAR 57/2003 (ART. 5º), DO ESTADO DA PARAÍBA. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. I - Admissibilidade de aditamento do pedido na ação direta de inconstitucionalidade para declarar inconstitucional norma editada durante o curso da ação. Circunstância em que se constata a alteração da norma impugnada por outra apenas para alterar a denominação de cargos na administração judicial estadual; alteração legislativa que não torna prejudicado o pedido na ação direta. II - **Ofende o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal norma que cria cargos em comissão cujas atribuições não se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração, que informa a investidura em comissão. Necessidade de demonstração efetiva, pelo legislador estadual, da adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público. Precedentes. ação julgada procedente”** (ADI nº 3.233/PB, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJ de 14/9/07).

No último precedente citado, a ADI nº 3.233/PB, o Ministro **Joaquim Barbosa**, Relator, consignou a **inadequação das atribuições dos cargos em comissão então em análise** aos pressupostos constitucionais para sua criação, registrando se tratar “**de atividades que, como bem demonstra a Advocacia-Geral da União, ‘não apresentam caracteres do poder de comando inerente aos cargos de direção, [tampouco] figuram como uma assessoria técnica a auxiliar os membros do Poder nomeante a exercerem suas funções’** (fl. 31)”.

Conforme bem ressaltado pela douta Procuradoria-Geral da República, no parecer ofertado no presente feito, **para que se configure como cargo de direção ou chefia, a lei deve-lhe conferir**

RE 1041210 RG / SP

“atribuições de efetivo estabelecimento de diretrizes, planejamento de ações com amplo espectro de discricionariedade e tomada de decisões políticas. Já o assessoramento requer conhecimentos técnicos, no auxílio especializado à tomada de decisões dos chamados programas normativos finalísticos, em que se abrem grandes campos de avaliação e de opções discricionárias dos agentes públicos”.

Fora dessas situações, o que em geral se afigura é cargo com atribuições rotineiras da Administração Pública, operacionais, burocráticas ou técnicas, que prescindem da relação de confiança entre nomeante e nomeado e, por essas mesmas razões, devem ser providos de modo efetivo, e não precário, e precedidos de regular concurso público de provas ou de provas e títulos.

Ademais, também se faz **necessário que o número de cargos em comissão guarde estrita proporcionalidade com a necessidade que sua criação visa suprir, bem como com o número de cargos de provimento efetivo** nos quadros do ente da Federação que os institui.

Essa foi a conclusão à qual chegou a Corte por ocasião do julgamento da ADI nº 4.125/TO, Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, cuja ementa adiante se transcreve:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO ‘CARGOS EM COMISSÃO’ CONSTANTE DO CAPUT DO ART. 5º, DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º E DO CAPUT DO ART. 6º; DAS TABELAS II E III DO ANEXO II E DAS TABELAS I, II E III DO ANEXO III À LEI N. 1.950/08; E DAS EXPRESSÕES ‘ATRIBUIÇÕES’, ‘DENOMINAÇÕES’ E ‘ESPECIFICAÇÕES’ DE CARGOS CONTIDAS NO ART. 8º DA LEI N. 1.950/2008. CRIAÇÃO DE MILHARES DE CARGOS EM COMISSÃO. DESCUMPRIMENTO DOS ARTS. 37, INC. II E V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A legislação brasileira não admite desistência de ação direta de

RE 1041210 RG / SP

inconstitucionalidade (art. 5º da Lei n. 9.868/99). Princípio da Indisponibilidade. Precedentes. 2. A ausência de aditamento da inicial noticiando as alterações promovidas pelas Leis tocantinenses ns. 2.142/2009 e 2.145/2009 não importa em prejuízo da Ação, pela ausência de comprometimento da essência das normas impugnadas. 3. **O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 evidencia a inobservância do princípio da proporcionalidade.** 4. A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos. A não submissão ao concurso público fez-se regra no Estado do Tocantins: afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição da República. Precedentes. 5. **A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão, não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais.** 6. **A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República. Precedentes.** 7. A delegação de poderes ao Governador para, mediante decreto, dispor sobre 'as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado', é inconstitucional porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei. 8. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º, caput, e parágrafo único; art. 6º; das Tabelas II e III do Anexo II e das Tabelas I, II e III do Anexo III; e das expressões 'atribuições', 'denominações' e 'especificações' de cargos contidas no art. 8º da Lei n. 1.950/2008. 9. Definição do prazo máximo de 12 (doze) meses, contados da data de julgamento da

RE 1041210 RG / SP

presente ação direta de inconstitucionalidade, para que o Estado faça a substituição de todos os servidores nomeados ou designados para ocupação dos cargos criados na forma da Lei tocaninense n. 1.950” (Tribunal Pleno, DJe de 15/2/11).

Desse julgado colho estes esclarecedores excertos do voto proferido pela Ministra Relatora:

“Para Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘procede (...) do princípio da legalidade o princípio da proporcionalidade do ato à situação que demandou sua expedição. Deveras, a lei outorga competências em vista de certo de fim. **Toda demasia, todo excesso desnecessário ao seu atendimento, configura uma superação do escopo normativo. Assim, a providência da administração mais extensa ou mais intensa do que o requerido para atingir o interesse público insculpido na regra aplicada é inválida, por consistir em um transbordamento da finalidade legal.** Daí que o Judiciário deverá anular os atos administrativos incursos neste vício ou, quando possível, fulminar apenas aquilo que seja caracterizável como excesso’ (...).

(...)

Na espécie, como salientado pelo ilustre Advogado-Geral da União:

‘o quantitativo de cargos de provimento em comissão, criados na estrutura do Poder Executivo do Tocantins – quando comparado ao dos cargos de provimento efetivo – mostra-se exacerbado, mormente se considerado que aqueles configuram exceção à regra da acessibilidade por concurso público e que se prestam, tão somente, para as atividades de direção, chefia e assessoramento, conforme determina o art. 37, V, da Constituição Federal (...) [os servidores efetivos] servem à execução das atividades estatais, tendendo à permanência do agente no cargo, enquanto que [os cargos em comissão]

RE 1041210 RG / SP

são ocupados em caráter precário e, por expressa disposição constitucional, estão vinculados às atribuições de chefia, direção e assessoramento (...) **Nesses termos, concebida a proporcionalidade como o liame de adequação entre meios e fins, nota-se hialina disparidade entre a criação de cargos comissionados em quantidade assemelhada aos de provimento efetivo, atualmente preenchidos, e o escopo da norma impugnada, que se consubstancia na organização da estrutura básica do Poder Executivo'** (fls. 893-896, grifos no original).

Não foi outro o posicionamento defendido pelo Procurador-Geral da República:

'(...) a criação dos cargos em comissão deve sempre ocorrer em número proporcional à necessidade do serviço, ou seja, precisa ter relação direta com a busca pelo funcionamento regular dos serviços prestados pela Administração. Nas hipóteses em que o interesse público é ignorado ou contrariado, objetivando a norma apenas assegurar interesses pessoais ou partidários, há de reconhecer sua incompatibilidade com o texto constitucional'."

No mesmo sentido, registro o seguinte precedente:

"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 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,

RE 1041210 RG / SP

de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local. III - Agravo improvido” (RE nº 365.368/SC-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 29/6/07).

Desse modo, além de as atribuições inerentes aos cargos em comissão deverem guardar pertinência com funções de chefia, direção ou assessoramento que justifiquem o regime especial de confiança, devem observar, também, a **proporcionalidade com o número de cargos efetivos no quadro funcional do ente federado responsável por sua criação**.

Por outro lado, a **utilidade pública para a qual se prestam os cargos comissionados é outro parâmetro que deve ser observado**, haja vista que, ainda que no âmbito global o número de cargos comissionados criados seja pequeno, pode acontecer de serem criados cargos em demasia, tendo em vista a necessidade que visam atender, o que também não pode acontecer.

Por fim, **urge que as atribuições dos cargos estejam previstas na própria lei que os criou, de forma clara e objetiva, não havendo a possibilidade de que sejam fixadas posteriormente**.

É certo que do nome do cargo não exsurge o plexo de atribuições correspondentes, as quais podem conter atividades típicas de cargo comissionado e outras meramente técnicas, a depender do que dispuser a lei. Daí ser imprescindível que a lei que cria o cargo em comissão descreva as atribuições a ele inerentes, evitando-se termos vagos e imprecisos.

De fato, **somente com a descrição das atribuições dos cargos comissionados na própria lei que os institui é possível verificar o atendimento do art. 37, inciso V, da CF/88**.

Corroborando esse entendimento, trago à colação os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CRIAÇÃO DE

RE 1041210 RG / SP

CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DA DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES CORRESPONDENTES. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE Nº 748.371. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA. 1. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais pela Municipalidade exige a descrição de suas respectivas atribuições na própria lei. Precedente: ADI 4.125, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe 15/2/2011. 2. Os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, quando debatidos sob a ótica infraconstitucional, não revelam repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário Virtual do STF, na análise do ARE nº 748.371, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes. 3. A decisão judicial tem que ser fundamentada (art. 93, IX), ainda que sucintamente, sendo prescindível que o **decisum se funde na tese suscitada pela parte. Precedente: AI-QO-RG 791.292, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 13/8/2010. 4. **In casu**, o acórdão recorrido assentou: ‘Ação Direta de Inconstitucionalidade – Leis Complementares nºs 38 (de 06 de agosto de 2008), 45 (de 27 de julho de 2009), 55 (de 15 de março de 2010), do Município de Buritama (Dispõem sobre ‘criação de cargos de provimento em comissão’- Imprescindibilidade da descrição de atribuições para os cargos de assessoramento, chefia e direção – Afronta ao princípio da legalidade – Inconstitucionalidade declarada – Ação julgada procedente’. 5. Agravo regimental DESPROVIDO” (RE nº 806.436/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 17/9/14).**

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM

RE 1041210 RG / SP

COMISSÃO SEM INDICAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES CORRESPONDENTES. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE nº 752.769/SP-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia, DJe de 24/10/13).**

Do voto proferido pela Relatora desse último julgado colho trecho que bem elucida o entendimento da Corte acerca do tema posto nos autos:

“O art. 37, inc. V, da Constituição da República dispõe que ‘os cargos em comissão (...) destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento’.

Como assentado na decisão agravada, este Supremo Tribunal fixou a inconstitucionalidade de lei que crie cargos em comissão cujas atribuições dispensem a necessária relação de confiança ou que delegue poderes ao chefe do Poder Executivo para estabelecê-las mediante decreto. Nesse sentido:

(...)

Esse entendimento é aplicável aos casos em que a lei silencia sobre as atribuições dos cargos em comissão, de modo a inviabilizar a análise da burla, ou não, ao princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público previsto no art. 37, inc. II, da Constituição da República.

Assim, para que a lei criadora de cargos comissionados se ajuste à exceção disposta no art. 37, inc. V, da Constituição da República, necessariamente terá de prever as atribuições dos cargos, as quais terão de corresponder à função de direção, chefia e assessoramento.

Entendimento contrário resultaria em afronta sistemática ao art. 37, inc. II, da Constituição, pela deliberada omissão na lei criadora quanto às atribuições viabilizadoras da criação dos cargos.”

Feitas essas considerações, passo à análise do caso concreto e verifico que o Tribunal de origem declarou a inconstitucionalidade da criação de

RE 1041210 RG / SP

cargos em comissão pela Lei nº 7.430/15 do Município de Guarulhos (art. 5º e Anexos I e II), ao fundamento de que as atribuições de tais cargos não correspondem a atividades de chefia, direção ou assessoramento, não sendo legítimo o provimento em comissão nesses casos.

O Relator manifestou-se nos seguintes termos:

“(…) [A] criação de cargos em comissão com atribuições de natureza burocrática, ordinária, técnica, operacional e profissional, que não revelam plexos de assessoramento, chefia e direção, não pode subsistir, cuidando-se de funções que devem ser exercidas por servidores investidos em cargos de provimento efetivo, mediante prévia e regular aprovação e nomeação em concurso público.

Vale dizer, o provimento de cargo em comissão, sem prévio concurso público, é medida que somente tem lugar em funções de direção, chefia e assessoramento que demandem especial relação de confiança entre governante e respectivos subordinados, o que não se amolda aos incisos constantes do indigitado diploma legal, eis que atinentes a funções técnicas, burocráticas ou profissionais e, portanto, típicas de cargos públicos efetivos exigência que se amolda ao princípio da legalidade, desdobrado no da reserva legal.

Tais funções já se disse, não consubstanciam assessoramento, chefia ou direção, demonstrando artificialidade e abusividade nas respectivas criações.

Não basta, pois, inserir a expressão assessor, da qual não se extrai a real dimensão dos cargos, sendo imperiosa a previsão das atribuições de cada qual deles que, conforme observado no parágrafo anterior, se coadunam com funções meramente técnicas que autorizam o provimento através de prévia aprovação em concurso público, cuja dispensa é medida excepcional, somente admissível em situações [onde] exista vínculo de confiança com a autoridade nomeante (…).”

De fato, examinando as atribuições dos cargos questionados previstas no art. 5º da Lei municipal nº 7.430/15 e em seus anexos, cujos

RE 1041210 RG / SP

documentos acompanham a inicial, observa-se que a eles foram conferidas atividades de natureza técnica e burocrática que não exigem vínculo especial de confiança que justifique o regime de livre nomeação e exoneração.

Como se não bastasse, a quantidade de cargos comissionados criados pela Lei nº 7.430/15 no âmbito do Poder Executivo do Município de Guarulhos – **1.941** - mostra-se excessiva e não atende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Some-se a isso o fato de já existirem outros cargos comissionados na estrutura do Município de Guarulhos e o que temos é um enfraquecimento desmesurado da regra do concurso público nessa localidade.

Ante o exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da matéria constitucional e pela ratificação da pacífica jurisprudência deste Tribunal e, em consequência, nego provimento ao recurso extraordinário, de modo a manter a procedência da declaração de inconstitucionalidade do art. 5º e dos Anexos I e II da Lei nº 7.430/15 do Município de Guarulhos/SP.

Proponho, por fim, 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 em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

RE 1041210 RG / SP

Brasília, 6 de setembro de 2018.

Ministro DIAS TOFFOLI

Relator

Documento assinado digitalmente

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.041.210 SÃO PAULO

PRONUNCIAMENTO

PLENÁRIO VIRTUAL – OBJETO.

**ORIGEM – RECURSO
EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO
GERAL – CONFIGURAÇÃO.**

1. A assessora Dra. Raquel Rodrigues Barbosa de Souza prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do discutido no recurso extraordinário nº 1.041.210, relator ministro Dias Toffoli, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 7 de setembro de 2018, sexta-feira, com termo final para manifestação no próximo dia 27 de setembro, quinta-feira.

O Prefeito do Município de Guarulhos interpôs recurso extraordinário, com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão mediante o qual o Órgão especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assentou a inconstitucionalidade da criação – pelo artigo 5º e anexos I e II da Lei municipal nº 7.430/2015 – de cargos em comissão não destinados a funções de assessoramento, chefia ou direção. Consoante esclarece, o Tribunal de origem declarou o citado dispositivo, no que prevê cargos em comissão de caráter técnico e operacional, incompatível com os artigos 98, 111, 115, incisos II e IV, e 144 da Carta estadual e 37, incisos I, II e V, da Constituição Federal.

Assinala transgressão aos artigos 1º, 2º, 18, 29, 30, incisos I e V, 31, 34, inciso VII, alínea “c”, e 37, incisos II e V, da Lei

RE 1041210 RG / SP

Maior, articulando com a competência e autonomia do Município para criar cargos, funções e empregos públicos. Sustenta a constitucionalidade do preceito, sob o ângulo tanto da iniciativa quanto do objeto.

Segundo discorre, os cargos em jogo são de assessoramento, tendo por objetivo a organização e prestação de serviços de interesse local, exigindo especial relação de confiança entre nomeante e nomeado. Destaca a observância do previsto nos artigos 37, inciso II, da Constituição Federal e 115 da Carta estadual. Diz que o texto constitucional não detalha o significado das atribuições de assessoramento. Menciona o atendimento dos percentuais previstos para cargos dessa natureza, considerado termo de ajuste de conduta firmado entre o Município e o Ministério Público Estadual.

Sob o ângulo da repercussão geral, sublinha ultrapassar o tema os limites subjetivos da lide, mostrando-se relevante dos pontos de vista social e jurídico.

O extraordinário foi admitido na origem.

O Relator submeteu o processo ao denominado Plenário Virtual, manifestando-se pela configuração da repercussão geral da controvérsia. Aludiu à jurisprudência do Supremo referente à necessidade de preenchimento dos requisitos constitucionais autorizadores da criação de cargos em comissão, apontando precedentes. Desproveu o extraordinário por entender que as atribuições dos cargos questionados possuem natureza técnica e burocrática e o quantitativo ofende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, enfraquecendo a regra do concurso público na localidade. Propôs 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

RE 1041210 RG / SP

deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados dever 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.”

2. O Plenário Virtual visa a definição de repercussão geral. Esta última diz respeito a recurso extraordinário versando questão constitucional. Pois bem, conforme consignado acima, surge o envolvimento de matéria fática, no que o Tribunal de Justiça de origem glosou o enquadramento de certos cargos como de confiança sem terem tal natureza, consignando a existência de atribuições técnicas operacionais. Então, a situação jurídica estaria a ensejar a negativa de seguimento ao extraordinário, não se podendo conceber o julgamento pelo Supremo, muito menos para assentar tese jurídica.

3. Pronuncio-me pela ausência de tema constitucional, ficando afastada a possibilidade de cogitar-se quer de repercussão geral, quer de julgamento do pano de fundo.

4. À Assessoria, para acompanhar a tramitação do incidente, inclusive quanto a processos que, no Gabinete, aguardam exame.

5. Publiquem.

Brasília – residência –, 13 de setembro de 2018, às 14h15.

Ministro MARCO AURÉLIO