



Registro: 2022.0000749252

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2029471-61.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JALES e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JALES.

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), JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, FRANCISCO CASCONI, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDI VIOTTI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO E LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 14 de setembro de 2022.

DÉCIO NOTARANGELI
RELATOR
Assinatura Eletrônica



VOTO Nº 33.016

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

PROCESSO Nº 2029471-61.2022.8.26.0000

AUTOR: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RÉUS: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JALES E OUTRO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI COMPLEMENTAR Nº 335, DE 13 DE JANEIRO DE 2021, DO MUNICÍPIO DE JALES – CONTROLADOR GERAL DO MUNICÍPIO – FUNÇÃO DE CONFIANÇA – INADMISSIBILIDADE – ATRIBUIÇÕES DE NATUREZA TÉCNICA – INCONSTITUCIONALIDADE.

Lei Complementar nº 335/2021, do Município de Jales, que cria a função de confiança de Controlador Geral. Atribuições de natureza técnica voltadas à fiscalização da gestão orçamentária, financeira e patrimonial da Administração (art. 35 da Constituição Estadual), que devem ser exercidas por servidor titular de cargo efetivo, com estabilidade e independência funcional. Desnecessidade de especial relação de fidúcia entre o servidor nomeado e a autoridade nomeante. Incompatibilidade com os cargos de provimento em comissão e funções de confiança, destinados apenas a funções de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V, CF). Inconstitucionalidade da instituição da função de confiança. Precedentes do STF e do Tribunal. Ação direta procedente, com modulação e ressalva de irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face do art. 38 e Anexo V da Lei Complementar nº 335, de 13 de janeiro de 2021, do Município de Jales, que criou a função de confiança gratificada de Controlador Geral.

Sustenta o autor, em síntese, que a função de confiança deve se ater às atribuições de direção, chefia e assessoramento, nos termos do art. 115, 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 Direta de Inconstitucionalidade nº 2029471-61.2022.8.26.0000 - São Paulo - VOTO Nº 33.016 2



comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração”) e 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”), da Constituição Estadual. De resto, invoca o Tema 1.010 do STF.

Sem pedido de liminar, os réus apresentaram informações defendendo a constitucionalidade da norma impugnada (fls. 128/134 e 144/152). Na mesma linha, a manifestação da douta Procuradoria Geral do Estado posicionando-se pela improcedência da ação (fls. 117/123). Por outro lado, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do pedido (fls. 159/169).

É o relatório.

Reproduzindo o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal, a Constituição do Estado de São Paulo estabelece que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração”, este reservado “às atribuições de direção, chefia e assessoramento” (art. 115, II e V).

A regra, portanto, é o concurso público, a livre nomeação é a exceção e como tal deve ser tratada. A experiência, todavia, demonstrou uma tendência legislativa de se valer da pouca concretude da expressão “atribuições de direção, chefia e assessoramento” para ampliar o espectro de excepcionalidade constitucional, o que culminou com o julgamento dos Temas nº 670 e 1.010 pelo Supremo Tribunal Federal. Eis como foram redigidas as teses firmadas:

“I - No julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta para questionar a validade de leis que criam *cargos em comissão*, ao fundamento de que não se destinam a funções de direção, chefia e



assessoramento, o Tribunal deve analisar as *atribuições* previstas para os *cargos*;

II - Na fundamentação do julgamento, o Tribunal não está obrigado se pronunciar sobre a constitucionalidade de cada *cargo* criado, individualmente".

"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."

Tais diretrizes, embora se refiram a cargos de provimento em comissão, se aplicam indistintamente às funções de confiança, também chamadas funções comissionadas ou funções gratificadas, ambos destinados a funções de direção, chefia e assessoramento. Esclarecidos os parâmetros que nortearão o julgamento, passa-se à análise dos dispositivos legais impugnados, que estão assim redigidos:

Art. 38 – Ficam criadas as Funções de Confiança Gratificadas relacionadas n Anexo V desta Lei Complementar, com suas denominações, requisitos e quantidades, excluídas as do magistério, que são reguladas por legislação própria.

Anexo V

Funções de Confiança Gratificadas a serem criadas:

Item	Função	Quantidade	Vencimentos
1	Controlador Geral	1	R\$ 2.500,00

Denominação da Função de Confiança: Controlador Geral

Descrição da Função de Confiança (atribuições/responsabilidades):



- I – observar as diretrizes governamentais para a prestação eficiente dos serviços de interesse da comunidade;
- II – assessorar o Chefe do Poder Executivo no desempenho de suas atribuições constitucionais em assuntos relacionados ao controle interno;
- III – formular, coordenar e executar as funções de auditoria, de correição, de transparência e controle social e de controle interno da Administração Pública do Município;
- IV – gerir e coordenar as ações de controle interno do Poder Executivo e da execução de controle sobre os procedimentos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais, patrimoniais e da aplicação das subvenções e renúncias de receitas;
- V – avaliar o desempenho da gestão municipal quanto ao cumprimento das regras estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal, e no controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres do Município;
- VI – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual e na lei de diretrizes orçamentárias, a execução dos programas de governo e dos orçamentos do Município;
- VII – verificar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à economia, eficiência e eficácia, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades municipais, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, resultante de repasse de recursos efetivado por órgão ou entidade pública municipal;
- VIII – avaliar a legalidade e regularidade no cumprimento dos contratos, acordos, convênios e ajustes de qualquer natureza firmados com a administração municipal direta e indireta;
- IX – propor diretrizes, regulamentação, implementação, análise, avaliação e aperfeiçoamento do Sistema de Controle Interno Integrado;
- X – orientar os responsáveis pela administração dos bens e recursos



públicos nos assuntos pertinentes à área de competência do controle interno, inclusive sobre a forma de prestar contas, conforme previsto em legislação vigente;

XI – promover a implementação de política de transparência da gestão e do controle social e expedição de normas para melhor execução das ações voltadas ao acesso à informação pelo cidadão tratada em leis específicas, em articulação com a Ouvidoria Geral do Município;

XII – desenvolver mecanismo para o combate à corrupção e à má gestão dos recursos públicos;

XIII – promover a apuração das irregularidades de que tiver conhecimento relativas à lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, velando por seu integral deslinde, ou, conforme o caso, representando ao Prefeito para apurar a omissão das autoridades responsáveis;

XIV – identificar e formalizar, às autoridades administrativas competentes, de ocorrências que ensejem adoção de instauração de Tomada de Contas Especial ou Processos Administrativos Disciplinares;

XV – apoiar os órgãos de controle externo no exercício de sua finalidade e acompanhar suas ações no âmbito do município;

XVI – avaliar o desempenho dos servidores subordinados;

XVII – executar diretamente ou em conjunto com outros níveis hierárquicos outras atividades correlatas que lhe forem determinadas;

XVIII – executar outras atividades afins.

Em que pese os argumentos dos réus e da d. Proc. Gen. do Estado, tais atribuições não se compatibilizam com as funções de direção, chefia e assessoramento, para as quais se exige especial relação de confiança entre o servidor nomeado e a autoridade nomeante. Ao contrário, são atribuições essencialmente técnicas e burocráticas voltadas à fiscalização da gestão orçamentária, financeira e patrimonial da Administração (art. 35 da Constituição



Estadual), o que reclama um grau de independência funcional e estabilidade do titular do cargo, incompatível com a forma de provimento de cargos em comissão e funções de confiança.

Aliás, ainda recentemente este E. Órgão Especial alterou sua posição em relação à matéria para se alinhar ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual as atribuições do Controlador Interno são de natureza técnica e burocrática devendo ser ocupada por servidor titular de cargo efetivo. Nesse sentido, confira-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Impugnação ao artigo 5º da Lei Complementar nº 176, de 1º de julho de 2014, do Município de Santo Antônio de Aracanguá, que "regulamenta o Controle Interno do Município e dá outras providências" - Criação da Unidade de Controle Interno, órgão municipal composto pelo Responsável da Controladoria interna, integrante do quadro de servidores efetivos da Municipalidade - Artigos 1º e 2º da mencionada Lei Complementar nº 176 - Atribuições burocráticas e técnicas, em desconformidade com as especificidades intrínsecas aos cargos em comissão - Ausência de discriminação de atribuições do cargo de "Responsável da Controladoria Interna", previsto no art. 5º 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" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2285202-92.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ademir Benedito, j. 27/07/2022).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Questionamento de validade dos §§ 1º e 2º do artigo 6º e dos artigos 10 e 11, da Lei Municipal n. 4.488, de 29 de setembro de 2020, na sua redação original e naquela conferida pela Lei n. 4.689, de 03 de novembro de 2021, que "dispõe sobre a criação do Sistema de Controle Interno do Município de Descalvado", bem como dos artigos 6º, 9º e 10 do Decreto n. 5.348, de 19 de outubro de 2020, dispondo sobre a mesma matéria. Dispositivos que criam funções de confiança de controlador interno e subcontroladores. Alegação de ofensa às disposições dos artigos 24, § 2º, 1, 35, 111, 115, V, e 144 da Constituição Estadual.



Reconhecimento. Atribuições do Controlador Interno que tem natureza técnica e burocrática, aliás, como não poderia deixar de ser, diante da diretriz do artigo 35 da Constituição Estadual, daí a impossibilidade do exercício das respectivas atividades por servidor indicado pelo Prefeito (como se a ocupação fosse uma função de confiança). Este C. Órgão Especial, nas hipóteses em que (pelo mesmo fundamento) reconhece a inconstitucionalidade dos cargos de controlador interno, tem destacado a impossibilidade de aproveitamento dessa ocupação também como função de confiança (ADIN n. 2236151-15.2021.8.26.0000, Rel. Des. Elcio Trujilo, j. 23/03/2022; e ADIN 2242874-84.2020.8.26.0000, Rel. Des. James Siano, j. 14/07/2021), com base em recente decisão do Supremo Tribunal Federal (RE 1.264.676/SC, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 08/06/2020). (...) Ação julgada parcialmente procedente" (ADI nº 2290154-17.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 15/06/22).

Por essas razões, julga-se procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão "Controlador Geral" contida art. 38, Anexo V, da Lei Complementar nº 335, de 13 de janeiro de 2021, do Município de Jales, nos termos acima especificados, com modulação de efeitos, devendo a sua eficácia ter início no prazo de 120 dias contados da data deste julgamento, a fim de evitar solução de continuidade ou prejuízo de serviços essenciais, ressalvada a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor.

DÉCIO NOTARANGELI

Relator