

PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Itaquaquecetuba

Autos n.º 278.01.2010.010450-5 (C. 2113).

Vistos.

1. Trata-se de ação civil pública, proposta no dia 28 de julho de 2010, pelo Ministério Público, pleiteando a extinção do cargo de assessor jurídico da Prefeitura Municipal de Itaquaquecetuba, bem como a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos correlatos, além da anulação dos atos administrativos de nomeação dos atuais servidores que estão ocupando as funções.

2. Em linhas gerais, o Ministério Público Estadual sustenta a incompatibilidade do cargo de assessor jurídico com as atribuições previstas na Lei Municipal n.º 65/2002 porque não preenche os requisitos dos cargos em comissão previstos no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal.

3. Por sua vez, depois de notificada (19 de agosto de 2010), Municipalidade de Itaquaquecetuba alega a ocorrência de perda superveniente do objeto da ação civil pública porque, no dia 19 de agosto de 2010, o Prefeito Municipal promulgou a lei complementar municipal n.º 189/10 (publicado no dia 20 de agosto de 2010), a qual alterou os termos da Lei Municipal n.º 65/2002, especialmente para criar dez cargos de assessores jurídicos.

4. Acrescenta que, com a recente nomeação de nove procuradores municipais concursados, tornaram-se desnecessários oito cargos de assessores jurídicos, os quais foram extintos pela, recente lei promulgada.

5. Sob a argumentação de que não houve a possibilidade de extinção paritária dos cargos em decorrência do aumento da demanda dos serviços administrativos dos últimos cinco anos (a cidade de Itaquaquecetuba possui quatorze secretarias municipais e uma população estimada em quatrocentos mil habitantes), lembrando que o ato administrativo é discricionário e não há perigo da demora, justifica que a única divergência com o Ministério Público é a quantidade de assessores necessários ao funcionamento da máquina administrativa (o autor sugere cinco e a ré alega que a exposição dos motivos do projeto de lei ensejador da edição da lei complementar municipal n.º 189/2010 trouxe a justificativa para a adoção de dez cargos).

6. Em uma primeira análise, verificando-se a descrição detalhada das atribuições do cargo de assessor jurídico, nos termos do artigo 1º da lei complementar n.º 189, de 19 de agosto de 2010 (fls. 448), percebe-se que, de grosso modo, são atividades que ensejam serviços técnicos típicos de advogados.

7. Ao “prestar assessoria e consultoria jurídica ao titular do órgão”, “interpretar atos normativos”, “elaborar estudos e preparar informações”, “prestar assistência às unidades administrativas, elaborando e emitindo pareceres nos procedimentos administrativos”, “realizar o exame prévio de edital de licitação, convênio, contrato ou instrumentos congêneres” (fls. 418), a bem da verdade, os novos assessores jurídicos não exercerão atribuições de forma a caracterizar os requisitos justificadores da confiança do administrador para o bom andamento da máquina administrativa.

PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Itaquaquetuba

8. Conforme entendimento da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, “o artigo 37, inciso V, da Constituição Federal permite a nomeação em comissão para cargos de direção, chefia e assessoramento, em que não se enquadram os cargos técnicos de advogado” (Relator Desembargador Torres de Carvalho, apelação cível n.º 994090035259).

9. No caso específico, além da contratação comissionada dos cargos não ser considerada de confiança, por ora, percebe-se que a exposição de motivos do projeto de lei não justifica, em um primeiro estudo, o provimento anômalo adotado porque ocorreu o desvirtuamento da própria natureza específica dos serviços técnicos, os quais devem ser realizados por procuradores.

10. Por outro lado, afastada a alegação de carência de ação, uma vez que presumido o dano à moralidade administrativa, não há perigo de dano para o Município, o qual poderá, a qualquer momento, contratar a advogados para o adequado funcionamento da procuradoria municipal ou, mediante lei, aumentar o quadro de procuradores (abrir novo concurso). Nesse sentido, agravo de instrumento n.º 994081984982, Relator Desembargador Torres de Carvalho.

11. A jurisprudência sobre o assunto é a seguinte:

"Ação declaratória de inconstitucionalidade. Leis municipais. Cargos de provimento em comissão. Violação dos artigos 115, II e V, e 144 da CE. 1. Compete exclusivamente ao Tribunal de Justiça Estadual julgar ação declaratória de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual. 2. É inconstitucional a lei municipal que cria cargos a serem providos em comissão sem descrever-lhes as atribuições de forma a caracterizar os requisitos justificadores da confiança do nomeante para o bom andamento da Administração. Ação julgada procedente." (**Direta de inconstitucionalidade 994092308314**(1876250800),Relator: Laerte Sampaio, São Paulo, Órgão Especial, 14/07/2010)".

“AÇÃO POPULAR. Pirassununga. Assessor jurídico. Emprego público em comissão. Contratação sem concurso. LM n" 1.695/86 e 3.245/04. Advogados concursados à espera de contratação. Despedida determinada pela juíza. - 1. Litisconsórcio. Não se forma litisconsórcio necessário entre os réus e outras autoridades e advogados que, em ocasião anterior, tenham sido contratados para o mesmo cargo em comissão. Situações individuais que devem ser analisadas individualmente. - 2. Gratuidade de justiça. A gratuidade de Justiça não podia mesmo ser concedida aos réus Octávio e Viviane. Não devia ter sido concedida à ré Carmem Karine, advogada, sócia em escritório de renomado advogado, Procurador Geral do Município e com relevante prática na cidade; causa espécie que o pedido tenha sido feito. Fica revogado. - 3. Cargo em comissão. O art. 37 V da Constituição Federal permite a nomeação em comissão para cargos de direção, chefia e assessoramento, em que não se enquadram os cargos técnicos de advogado; e o art. 66 a 68 da Lei Orgânica do Município atribuem a assessoria do Executivo à Procuradoria do Município, com admissão mediante concurso público. A LM n" 3.245/04, que procurou reviver os cargos em comissão de assessor jurídico, foi declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça. Inconstitucionalidade e ilegalidade da contratação dos réus, sem prévio concurso público. - 4. Ressarcimento. Não se põe em dúvida que os serviços tenham sido prestados, apesar da nulidade da contratação. Inclinou-se a jurisprudência em, nesses casos, não determinar a devolução dos salários ou a restituição ao erário, para evitar o enriquecimento ilícito da

PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Itaquaquetuba

administração. -Procedência parcial. Apelo do autor popular provido em parte para revogar a gratuidade de justiça concedida a Carmem Karine. Apelo dos réus provido em parte para julgar improcedente o pedido de devolução dos salários e honorários advocatícios, com alteração na sucumbência.” (**Apelação 994090035259 (9006635500)**, Relator: Torres de Carvalho, Pirassununga, 10ª Câmara de Direito Público, 03/05/2010”

“Agravado de Instrumento - Ação civil pública com escopo de obrigar o Município de Suzano a regularizar a forma de provimento de parte dos cargos do Executivo local, que, atualmente, são providos por livre nomeação - Liminar concedida - Admissibilidade - Presença dos "fumus boni iuris" e o "periculum in mora" - Contratação de servidores em comissão para cargos que não são considerados de confiança - Contudo, cabível a dilação do prazo para que a Municipalidade adote as providências determinadas - Recurso parcialmente provido”. (**Agravado de Instrumento 994093765056 (9535145900)**, Relator: Sérgio Gomes, Suzano, 9ª Câmara de Direito Público, 16/12/2009”.

“Ação direta de inconstitucionalidade - leis municipais de São Vicente - criação de cargos - não pode a lei delegar competência reservada a ela pela Constituição do Estado para de creto estabelecer as atribuições dos cargos - a estabilidade anômala do art. 18 das disposições transitórias da Constituição do Estado não permite a efetivação dos servidores - ação procedente. **Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei 994080138619 (1700440700)**, Relator: Eros Piceli, São Paulo, Órgão Especial, 24/06/2009”.

“INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO - AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONFIANÇA A JUSTIFICAR A DISPENSA DE **CONCURSO PÚBLICO** -AÇÃO POPULAR INTENTADA EM FACE DE PORTARIAS EDITADAS PELO CHEFE DO EXECUTIVO MUNICIPAL - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS MUNICIPAIS QUE CRIARAM OS CARGOS EM COMISSÃO - POSSIBILIDADE - QUESTÃO PREJUDICIAL AO MÉRITO - AFRONTA AO ART. 37, V, CF E ART. 115, V, CESP - INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA, COM EXCEÇÃO DA CRIAÇÃO DO CARGO DE CHEFE DE GABINETE. "A decisão incidentier tantum, ou seja, aquela enfrentada na fase de motivação da sentença, tem como escopo solucionar questão prejudicial de fato ou de direito que constitui precedente lógico para resolução do mérito. Destarte, a questão constitucional pode ser levantada em processos de qualquer natureza, desde que o objeto do pedido não seja o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetado. No presente caso, infere-se que a declaração de inconstitucionalidade das normas municipais não é o objeto principal da causa, fundada em prejuízo concreto que a contratação irregular de funcionários em comissão causou ao erário e à moralidade pública, ou seja, a matéria constitucional é introduzida como causa de pedir, pois as portarias editadas pelo Prefeito Municipal para nomeação dos funcionários estavam escoradas nas normas inquinadas. Partindo de tal premissa, tem-se que a análise das normas municipais permite concluir que, com exceção do cargo de chefe de gabinete, os demais não exigem vínculo especial entre o ocupante do cargo e o Chefe do Executivo Municipal, estando inclusive sujeitos a relação hierárquica que não se estabelece diretamente com o Prefeito Municipal, daí não havendo se falar em relação de confiança". **Incidente de Inconstitucionalidade de Lei 994080132281 (1714050200)**, Relator: Artur Marques, Pirajuí, Órgão Especial, 04/02/2009”.

PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Itaquaquecetuba

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - SUSPENSÃO DO PROCESSO

- A DECISÃO PROFERIDA NA RECLAMAÇÃO Nº 2.138/DF [STF] NÃO TEM EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA ERGA OMNES - INEXISTE RELAÇÃO DE CONTINÊNCIA OU CONEXÃO ENTRE ESTA AÇÃO E A RECLAMAÇÃO 2.138/DF, QUE PUDESSE ENSEJAR A SUSPENSÃO DO PROCESSO, NOS TERMOS DO ART. 265, VI, ALÍNEA "A" DO CPC. CERCEAMENTO DE DEFESA - A QUESTÃO, NA VERDADE, ESTÁ RELACIONADA COM O MÉRITO DA AÇÃO. CARÊNCIA DA AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO OU POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, SOB O ARGUMENTO DEQUE É INADMISSÍVEL A AÇÃO CIVIL PÚBLICA TENDENTE A DECLARA INCONSTITUCIONAL LEI MUNICIPAL - A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO É O PRÓPRIO PEDIDO E, PORTANTO, NÃO HÁ QUALQUER ÓBICE AO RECONHECIMENTO DA INCOMPATIBILIDADE DE LEI MUNICIPAL COM A CARTA MAIOR. MATÉRIA PRELIMINAR AFASTADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CARGOS EM COMISSÃO - PROVIMENTO - A NORMA QUE CRIOU OS CARGOS MENCIONADOS O FEZ COM A FINALIDADE DE BURLAR O **CONCURSO PÚBLICO**, POIS CONSISTIU ELA EM DESVIRTUAMENTO DA PRÓPRIA NATUREZA DO PROVIMENTO EM COMISSÃO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CARACTE RIZADA - "A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR NASCE DA PRÁTICA DE ATO NULO, CAUSADORA DE PRESUMIDO DANO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA (O DANO É A OFENSA À LEGALIDADE E À MORALIDADE), CUJA MENSURAÇÃO, PARA EFEITO DE REPARAÇÃO MATERIAL, TEM POR PARÂMETRO O EFETIVO DISPÊNDIO FEITO PELO ERÁRIO, COMO DECORRENTES DESPESAS FORÇADAS PELO ATO ILEGAL" - SANÇÕES - O ART. 12 FOI MINUCIOSO AO PREVER CADA UMA DAS PUNIÇÕES, SEUS LIMITES MÁXIMO E MÍNIMO, E FACULTOU AO JULGADOR TÃO- SOMENTE A GRADAÇÃO DA SANÇÃO, DENTRO DOS CRITÉRIOS JÁ MENCIONADOS, E O FEZ COM O PROPÓSITO DE VEDAR A ESCOLHA ALEATÓRIA DAS MEDIDAS PUNITIVAS FACULTANDO A DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ SOMENTE AO QUANTUM DA PENA A SER APLICADA E NÃO À SUA MODALIDADE. VERBA HONORÁRIA EM FAVOR DO MINISTÉRIO **PÚBLICO** - É INCABÍVEL. PROVIDO EM PARTE OS RECURSOS DOS RÉUS. PROVIDO INTEGRALMENTE O APELO MINISTERIAL. **(Apelação Cível 994071952344 (7415925200)**, Relator: Pires de Araújo, Dracena, 11ª Câmara de Direito Público, 23/06/2008)”.

“AÇÃO POPULAR. Pirassununga. Assessor jurídico.

Emprego **público** em comissão. Contratação sem **concurso**. LM nº 1.695/86. Advogados concursados à espera de contratação. Despedida determinada pela juíza. - 1. Prova inequívoca. O art. 37 U da Constituição Federal prevê que os cargos e empregos **públicos** são acessíveis a todos, mediante **concurso público**, salvo funções de direção, chefia e assessoramento; o precário instrumento não permite, pois não transcritas as leis e documentos mencionados pela juíza, ver erro na decisão agravada. Nos termos da decisão, a LM nº 1.695/86 não foi acolhida pelo novo ordenamento constitucional nem pela Lei Orgânica do Município, que estruturou a Procuradoria Geral do Município sem prever os cargos de **assessores jurídicos**; e são cargos técnicos, que não justificam o provimento anômalo adotado. Admite-se a presença do primeiro requisito. -2. Perigo de dano. Não há perigo de dano para o Município, que poderá a qualquer momento contratar os advogados de que necessita para o adequado funcionamento da Procuradoria; nem para os réus que serão despedidos, pois - capazes como o faz presumir a escolha direta - não terão dificuldade em colocar-se em outro emprego. Há dano direto e imediato ao serviço **público**, ante a preterição dos concursados, a presunção de maior capacidade dos melhor classificados e os reflexos que a ilegalidade projeta na máquina administrativa.

PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Itaquaquecetuba

- Agravo desprovido. (**Agravo de Instrumento 994081984982 (7595435600)**, Relator: Torres de Carvalho, 10ª Câmara de Direito Público, 31/03/2008)".

12. Isto posto, presentes os requisitos da fumaça do bom direito (a exposição de motivos do projeto de lei não serve para justificar a criação de cargos comissionados em que assessores jurídicos desempenhem atividades próprias de advogado e não de mera assessoria) e perigo da demora (perda de dinheiro público pela contratação irregular e apressada de dez assessores), defiro **medida liminar** para determinar o imediato afastamento de todos os assessores jurídicos do Município de Itaquaquecetuba, indicados nas portarias, com suspensão dos respectivos vencimentos, sob pena de multa diária arbitrada em R\$ 10.000,00, abstendo-se o Município de realizar qualquer nomeação para os cargos de assessor jurídico, até julgamento do mérito do pedido, lembrando que a indicação de dez cargos pela lei n.º 189/90 representa número superior ao de procuradores municipais concursados (09).

13. Como a mera indicação do Ministério Público de criação de cinco cargos de assessores jurídicos não vincula o julgador (houve apenas proposta para fins de celebração de termo de ajuste de condutas), antes de determinar a citação da ré, diante do interesse jurídico de eventual participação na demanda, em 10 dias, aguarde-se a requerida trazer relação (qualificação completa) dos eventuais assessores jurídicos nomeados.

14. Fls. 447: no sistema, anote-se o nome da procuradora municipal.

15. Oportunamente, ciência ao Ministério Público.

Int.

Itaquaquecetuba, d.s.

WANDERLEY SEBASTIÃO FERNANDES
Juiz de Direito

PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Itaquaquecetuba