

20/03/2012

PRIMEIRA TURMA

**AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 309.399 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**AGTES.** : **CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO E OUTRO**  
**ADVDS.** : **ANDRÉA RASCOVSKI ICKOWICZ E OUTROS**  
**AGDO.** : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**EMENTA**

**Agravo regimental no agravo de instrumento. Lei municipal que criou cargos em comissão referentes a funções que não dependem de vínculo de confiança pessoal. Inadmissibilidade. Precedentes.**

1. A criação de cargos em comissão referentes a funções para cujo desempenho não é necessária a confiança pessoal viola o disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal.
2. Jurisprudência pacífica desta Suprema Corte nesse sentido.
3. Agravo regimental não provido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 20 de março de 2012.

MINISTRO DIAS TOFFOLI  
Relator

20/03/2012

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 309.399 SÃO PAULO

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**AGTES.** : CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO E OUTRO  
**ADVDS.** : ANDRÉA RASCOVSKI ICKOWICZ E OUTROS  
**AGDO.** : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE  
SÃO PAULO

RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Câmara Municipal de São Paulo interpõe tempestivo agravo regimental (fls. 193 a 201), contra a decisão monocrática de fl. 180, pela qual o eminente Ministro **Sepúlveda Pertence** negou provimento ao agravo de instrumento, com a seguinte fundamentação:

“**DECISÃO:** Agravo de instrumento de decisão que inadmtiu RE, a , contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (f.103):

Ação direta de inconstitucionalidade. Funcionário público. Trabalho material independente de confiança pessoal. Cargo em comissão. Impossibilidade. Necessidade de concurso. Ação procedente.

Alega o RE violação dos arts. 5º, XXXV, LV; 37, II; 93, IX; 102, *caput* e 125, §2º, da Constituição.

**Decido.**

O acórdão do Tribunal *a quo* se ajusta à orientação do Supremo Tribunal Federal assentada em diversos casos análogos ao presente, *v.g.* , ADIn 1.141, 29.8.02, **Ellen Gracie** , que tem a seguinte ementa:

‘AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 11.029/89 DO ESTADO DE GOIÁS. ART. 7º, § 2º E ART. 1º, QUE ALTEROU O ART. 106, VII DA LEI 9.129/81, DO MESMO ESTADO. Os dispositivos em questão, ao criarem cargos em comissão para oficial de justiça e possibilitarem a

**AI 309.399 AGR / SP**

*substituição provisória de um oficial de justiça por outro servidor escolhido pelo diretor do foro ou um particular credenciado pelo Presidente do Tribunal, afrontaram diretamente o art. 37, II da Constituição, na medida em que se buscava contornar a exigência de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, princípio previsto expressamente nesta norma constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, nos termos do voto da relatora.'*

Nego provimento ao agravo.”

Asseverou a agravante que, ao contrário do que constou da decisão agravada, o acórdão proferido pela Corte de origem afrontou o disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, pois não haveria limitação quanto à natureza dos cargos que a lei pode declarar como sendo de livre provimento, em comissão. Não existindo parâmetro constitucional relativamente a essa limitação, não se poderia declarar inconstitucional a lei que cria os referidos cargos.

É o relatório.

20/03/2012

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 309.399 SÃO PAULO

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

A irresignação não merece prosperar.

A jurisprudência desta Corte, mesmo ainda na vigência da Constituição Federal de 1967, repudiava a criação de cargos em comissão para preenchimento de funções em carreiras em que não havia necessidade de vínculo de confiança, **vide**, para ilustrar, a ementa do seguinte julgado:

“AGENTES DE SEGURANÇA JUDICIÁRIA. CRIAÇÃO E TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS DESSA NATUREZA, QUE SE TORNAM CARGOS EM COMISSAO, EMBORA ORGANIZADOS EM CARREIRA. - OFENSA AO ARTIGO 97, PARAGRAFOS 1 E 2, DA CONSTITUIÇÃO, UMA VEZ QUE, COMO ACENTUADO NA REPRESENTAÇÃO N. 1282 (RTJ 116/897 E SEGS.), 'A CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSAO, EM MOLDES ARTIFICIAIS E NÃO CONDIZENTES COM AS PRAXES DE NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO E ADMINISTRATIVO, SÓ PODE SER ENCARADA COMO INACEITAVEL ESVAZIAMENTO DA EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DO CONCURSO, ERIGIDO EM PRESSUPOSTO DE ACESSIBILIDADE AOS CARGOS PUBLICOS'. REPRESENTAÇÃO QUE SE JULGA PROCEDENTE, PARA DECLARAR-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N. 289, DE 15 DE JULHO DE 1982, DO ESTADO DE SÃO PAULO” (Rp nº 1.400/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Moreira Alves**, DJ de 22/10/87).

Ressalte-se que tal entendimento vem sendo pacificamente aplicado desde então, conforme se depreende da ementa dos seguintes julgados:

**AI 309.399 AGR / SP**

“Concurso público: plausibilidade da alegação de ofensa da exigência constitucional por lei que define cargos de Oficial de Justiça como de provimento em comissão e permite a substituição do titular mediante livre designação de servidor ou credenciamento de particulares: suspensão cautelar deferida. 1. 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; precedentes. 2. Também não é de admitir-se que, a título de preenchimento provisório de vaga ou substituição do titular do cargo - que deve ser de provimento efetivo, mediante concurso público -, se proceda, por tempo indeterminado, a livre designação de servidores ou ao credenciamento de estranhos ao serviço público” (ADI nº 1.141/GO-MC, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 4/11/94).

“CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. OFICIAL DE JUSTIÇA. Lei 12.499, de 12.12.94, do Estado de Goiás. C.F., art. 37, II. I. - Cargos de Oficial de Justiça instituídos em comissão: inconstitucionalidade. Somente os cargos que pressuponham o vínculo de confiança a autorizar a livre nomeação e exoneração e que podem ser instituídos em comissão, o que não ocorre com o cargo de Oficial de Justiça, sujeito a regra constitucional do concurso público. (C.F., art. 37, II). II. - Suspensão cautelar da eficácia do art. 2. da Lei 12.499, de 12.12.94, do Estado de Goiás” (ADI nº 1.269/GO-MC, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 25/8/95).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 11.029/89 DO ESTADO DE GOIÁS. ART. 7º, § 2º E ART. 1º, QUE ALTEROU O ART. 106, VII DA LEI 9.129/81, DO MESMO ESTADO. Os dispositivos em questão, ao criarem cargos em comissão para oficial de justiça e possibilitarem a substituição provisória de um oficial de justiça por outro servidor escolhido

**AI 309.399 AGR / SP**

pelo diretor do foro ou um particular credenciado pelo Presidente do Tribunal, afrontaram diretamente o art. 37, II da Constituição, na medida em que se buscava contornar a exigência de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, princípio previsto expressamente nesta norma constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, nos termos do voto da relatora” (ADI nº 1.141/GO, Tribunal Pleno, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJ de 29/8/03).

“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).

“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

**AI 309.399 AGR / SP**

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).

Em hipóteses como a presente, ora em discussão nestes autos, em que ocorre a criação de cargos em comissão para o desempenho de atividades rotineiras da Administração, inexistindo o necessário requisito da confiança para o seu provimento, tem entendido a jurisprudência desta Corte ser possível a interferência judicial para sanar situação de ilegalidade verificada pela edição de uma tal legislação, ao contrário do sustentado pela recorrente.

Confira-se, nesse sentido, o seguinte julgado:

“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, 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).

Esse posicionamento, de resto, vai ao encontro do que dispõe a mais autorizada doutrina sobre o tema.

Em sua obra Curso de Direito Constitucional, o eminente Professor e Ministro desta Corte, **Gilmar Mendes** assevera que perquirir o excesso do Poder Legislativo demanda a análise da compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou da observância do princípio da

**AI 309.399 AGR / SP**

proporcionalidade, isto é, a apreciação da necessidade e da adequação da providência legislativa, acrescentando que *“comumente se identifica a típica manifestação do excesso do Poder Legislativo quando ocorre a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins”* (Editora Saraiva, 2008, p. 321 e 330).

Cuidando especificamente do comissionamento, assevera Adílson Abreu Dallari que *“é inconstitucional a lei que criar cargo em comissão para o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza puramente profissional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior”* (**Regime constitucional dos servidores públicos**. 2. ed. RT. p. 41).

De igual teor se mostra a lição de Ivan Barbosa Rigolin, para quem, cargos de atribuições administrativas, operacionais ou técnicas não podem ser providos na forma comissionada, tais como: *“cargos que tenham funções de artifices, braçais, faxineiros, vigilantes, motoristas, escriturários, auxiliares de serviço, digitadores, médicos, dentistas, advogados, engenheiros, arquitetos, contadores, economistas, administradores, e inumeráveis outros que não dependam senão de formação específica, regulamentada ou não”* (**O servidor público nas reformas constitucionais**. Fórum, 2003. p. 30).

Assim, mostra-se inegavelmente inconstitucional o diploma legal aqui em análise, pois criou cargos em comissão para funções que não pressupõem a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado.

Por oportuno, destaque-se recente decisão proferida, por unanimidade de votos, pelo Plenário desta Suprema Corte, no dia 10 de junho de 2010, a qual, ao apreciar a ADI nº 4.125/TO, declarou inconstitucional lei do Estado do Tocantins que criava cargos em comissão, de forma similar ao que ocorre com a legislação ora em análise (Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, DJe de 15/2/11).

Em arremate, convém ressaltar que a matéria tanto está pacificada nesta Suprema Corte que tem ensejado a prolação de decisões monocráticas de igual teor à presente, citando-se, para ilustrar, as



**AI 309.399 AGR / SP**

seguintes: **RE nº 557.642/SP**, Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, DJe de 17/12/10, **RE nº 510.605/SP**, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 4/8/10, **AI nº 779.893/GO**, Relatora a **Ministra Cármen Lúcia**, DJe de 27/4/10 e, **de minha relatoria**, **AI nº 418.307/SP**, DJe de 3/5/10, e **RE nº 376.440/DF**, DJe de 5/8/10.

Correta, pois, a decisão agravada, a não merecer reparos.

Ante o exposto, voto pelo não provimento do presente agravo regimental.

**20/03/2012**

**PRIMEIRA TURMA**

**AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 309.399 SÃO PAULO**

(ITEM 36 É IGUAL AO 35)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O que consta do enunciado da lista? Que lei municipal teria criado cargos em comissão. E então se consigna que essa criação viola o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, por isso a lei municipal seria inconstitucional.

Apenas o Colegiado Maior poderia adentrar a matéria. Por isso, provejo o agravo.



**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 309.399**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI**

AGTES. : CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO E OUTRO

ADVDS. : ANDRÉA RASCOVSKI ICKOWICZ E OUTROS

AGDO. : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Decisão:** Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 20.3.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Coordenadora