



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2017.0000278255

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2243120-22.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE OLÍMPIA e PREFEITO MUNICIPAL DE OLÍMPIA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR E, POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. EVARISTO DOS SANTOS E FERREIRA RODRIGUES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULO, WALTER DA SILVA, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES (com declaração) e PÉRICLES PIZA afastando a preliminar e julgando a Ação Improcedente; E EVARISTO DOS SANTOS (com declaração) afastando a preliminar e julgando a Ação procedente, com modulação.

São Paulo, 19 de abril de 2017

MÁRCIO BARTOLI

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº
2243120-22.2016.8.26.0000

São Paulo

Requerente: Procurador-Geral de Justiça do
Estado de São Paulo

Requerido: Prefeito do Município e Presidente
da Câmara Municipal de Estância Turística de
Olímpia

37.157

Ação direta de inconstitucionalidade. Dispositivo de lei municipal que fixa em 10% (dez por cento) o percentual mínimo de cargos de provimento em comissão a serem ocupados por servidores de carreira do Poder Executivo. Art. 115, V, CE. Mandamento constitucional atribui à lei a tarefa de estipular referido percentual. Atividade legislativa não se mostrou abusiva ou contrária à razoabilidade, moralidade ou proporcionalidade. Precedente deste colegiado que elegeu patamar mínimo razoável de 10% como adequado aos princípios dispostos no art. 111, CE. Discricionariedade do Legislativo legitimamente exercida no âmbito de sua função constitucional típica. Inadmissibilidade de substituição do subjetivismo dos representantes eleitos pelo povo pelo subjetivismo do Judiciário (precedente). Dever de observância à interdependência e harmonia entre os Poderes por este órgão julgador. Pedido julgado improcedente.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1. Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade em que se impugna a expressão “§2º. 10% (dez por cento) dos cargos em comissão criados serão obrigatoriamente preenchidos por servidores públicos efetivos do Município, Estado ou União”, constante do artigo 1º da Lei Complementar nº 168, de 12 de novembro de 2015, do Município de Estância Turística de Olímpia. Aduz-se que a previsão viola os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e moralidade. Salienta-se que restaria caracterizada a burla implícita ao comando do artigo 115, inciso V, da Constituição Estadual com tal percentual mínimo de cargos comissionados preenchidos por servidores públicos efetivos. Argumenta-se, nesse particular: “... ao prever percentual assaz diminuto (e até mesmo inexistente) de postos comissionados a serem preenchidos por servidores de carreira no ente, conforme acima mencionado, tornou mera ficção o dispositivo indicado por representar evidente esvaziamento de seu comando”. Requer-se, assim, a declaração de inconstitucionalidade da expressão legal apontada. A inicial veio instruída com os



documentos de fls. 11/56.

O Presidente da Câmara Municipal de Estância Turística de Olímpia prestou informações às fls. 69/72.

A Procuradoria Geral do Estado foi citada, afirmando seu desinteresse em realizar a defesa do ato impugnado (fls. 75/78).

O Prefeito Municipal remeteu informações às fls. 80/86, acompanhadas de cópias (fls. 87/104).

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência do pedido (fls. 106/120).

2. O §2º do artigo 9º da Lei Complementar nº 138/2014, segundo a redação dada pelo **artigo 1º da Lei Complementar nº 168/2015**, ambas do Município de Estância Turística de Olímpia, passou a estabelecer (cf. fls. 103, textual):
“§2º 10% (dez por cento) dos cargos em comissão criados, serão obrigatoriamente preenchidos por servidores públicos efetivos do Município, Estado ou União”.

3. Rejeita-se, desde logo, a preliminar de coisa julgada apresentada pelo Prefeito Municipal de Estância Turística de Olímpia.



O objeto e a causa de pedir da ação direta de inconstitucionalidade nº 2215108-32.2015.8.26.0000¹ eram diversos e, por ocasião do seu julgamento, reconheceu-se “a **mora legislativa, no que se refere aos percentuais mínimos para preenchimento dos cargos em comissão no âmbito do Poder Legislativo e da administração indireta** do Poder Executivo do município de Olímpia (no que se refere à autarquia municipal - Daemo)” e julgou-se procedente a ação, nessa parte, “fixando-se o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que o Prefeito e o Presidente da Câmara Municipal adotem as providências necessárias para suprir a omissão, ficando estabelecido o percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) para preenchimento dos cargos em comissão por servidores públicos efetivos, na hipótese de persistência da omissão normativa além do prazo acima fixado.” **Em relação aos cargos do Poder Executivo**, por seu turno, o acórdão julgou o pedido prejudicado, “em razão da superveniência da Lei Complementar nº 168, de 12 de novembro de 2.015”, lei essa submetida à apreciação deste Órgão Especial na **presente** ação direta, para que se avalie a adequação ao texto **constitucional do percentual de 10% definido para o preenchimento**

¹ Rel. Desemb. Ferreira Rodrigues, j. em 18 de maio de 2016.



dos cargos em comissão por servidores públicos efetivos.

4. No mérito, o pedido deve ser julgado improcedente.

Com efeito, o percentual mínimo fixado pelo dispositivo questionado não contraria os preceitos constitucionais que regem a matéria.

Embora a autonomia dos Municípios esteja constitucionalmente assegurada, as Constituições da República e do Estado de São Paulo² estabelecem que as capacidades de auto-organização e de autolegislação desses entes federativos devem observar os ditames da Lei Fundamental do país e da Constituição Estadual.

Em simetria com o artigo 37, inciso V, da Constituição Federal, dispõe o artigo 115, inciso V, da Constituição do Estado de São Paulo: *“Para a organização da administração*

² Constituição Federal, “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...)”

Constituição do Estado de São Paulo, “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**”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas: (...) 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” (grifado).

Como se observa de sua redação, o dispositivo constitucional transcrito **atribui à lei a tarefa de estipular os casos, as condições e os percentuais mínimos em que os cargos em comissão serão preenchidos por servidores de carreira.**

É certo que referida atividade legislativa não poder ser exercida de forma abusiva, ou de modo a tornar inócua a previsão constitucional. A respeito da previsão do inciso V do artigo 37 da Constituição Federal, pontua **Hely Lopes Meirelles: “a lei ali referida será de cada entidade política, mas, especialmente na fixação dos percentuais mínimos, deverá observar o princípio da razoabilidade, sob pena de fraudar a determinação**

constitucional, no sentido de uma parte dos cargos em comissão ser provida de forma totalmente livre e outra, parcialmente, diante das limitações e condições previstas nessa lei (...) Neste campo, **o legislador deve ter presente, sempre, advertência e alerta do STF no sentido de que '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' – ou, por extensão, agora, da exigência de um percentual mínimo para os servidores de carreira, isto é, concursados**³.

Por ocasião do julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.158/AM, assim se manifestou a Corte Suprema sobre a questão atinente ao abuso da função legislativa: ***“Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão***

³ *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores: São Paulo, 39ª edição, 2013, págs. 478/479 – destacado.



*material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, **destituída do necessário coeficiente de razoabilidade**. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. Daí a advertência de Caio Tácito (in RDP 100/11-12), que, ao relembrar a lição pioneira de Santi Romano, destacou que a **figura do desvio de poder legislativo impõe o reconhecimento de que, mesmo nas hipóteses de seu discricionário exercício, a atividade legislativa deve desenvolver-se em estrita relação de harmonia***



com o interesse público⁴.

Por tais motivos e diante do dever deste Órgão Especial, se instado, de manifestar-se sobre a constitucionalidade ou não de leis que venham a estipular os casos, as condições e os percentuais mínimos em que os cargos em comissão devem ser preenchidos por servidores de carreira nos entes públicos, **reitero ser recomendável a este colegiado, em atenção ao princípio constitucional da razoabilidade -- que deve nortear a atividade legislativa --, definir o que se pode considerar como percentual mínimo razoável no âmbito do inciso V do artigo 115 da Constituição Paulista sem, com isso, macular a discricionariedade atribuída ao Poder Legislativo.**

Exatamente nesse sentido, este Órgão Especial, de forma **unânime**, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111908-72.2016.8.26.0000, decidiu que **“[a] eleição de um critério objetivo para aferir a razoabilidade do percentual mínimo em análise mostra-se adequada e propicia um tratamento isonômico dos entes**

⁴ STF, Pleno, MC na ADI 1.158/AM, rel. Min. Celso de Mello, j. 19.12.1994, DJ 26.05.1995 - destacado.



públicos cujas normativas sobre o tema sejam submetidas à apreciação deste Colegiado. (...) Desse modo, a questão a ser enfrentada passa a ser a definição de qual seria o percentual mínimo a ser considerado como razoável. **No julgamento das ADIS nº 2215115-24.2015 (rel. Des. Borelli Thomaz) e nº 2215113-54.2015 (rel. Des. Tristão Ribeiro), destacando a inexistência de parâmetro constitucional, este Órgão Especial concluiu que o percentual mínimo de dez-por-cento fixado pelas normativas municipais impugnadas não constituiria afronta aos ditames constitucionais.** Já na apreciação da ADI nº 2002645-08.2016 (rel. Des. Ricardo Anafe), restou decidido que o percentual de quinze-por-cento estaria em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. **Diante disso, e considerando que o presente voto propõe a eleição de um patamar mínimo, sugere-se a adoção do percentual de dez-por-cento, – o menor já reconhecido por este Órgão Especial como adequado** em casos assemelhados ao presente – como critério objetivo a ser tido como razoável para aferir o atendimento ao quanto previsto no inciso V do artigo 115 da Constituição Bandeirante” (grifado).



5. Respeitados os entendimentos em sentido diverso, considero que, a propósito da verificação da constitucionalidade, **via controle abstrato**, de previsão legal do percentual mínimo de cargos em comissão a ser preenchido por servidores de carreira, a análise **de fatos ou circunstâncias fáticas** tende a não ser adequada.

Como acima deduzido, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111908-72.2016.8.26.0000, foi proposta a eleição de um patamar mínimo para se aferir a constitucionalidade dos percentuais fixados pelas leis municipais, de modo a instituir um tratamento isonômico dos entes públicos cujas normativas sobre o tema fossem submetidas à apreciação deste colegiado.

E, com base em decisões anteriores deste Órgão, foi acolhida a proposta de percentual de 10% (dez-porcento). Observou-se que a escolha de um percentual respeitaria a conformação de cada ente, na medida em que o número mínimo de cargos a ser preenchido por servidores de carreira seria sempre proporcional ao número global de cargos em comissão. A título ilustrativo, se um município contasse com dez cargos em comissão

em sua estrutura, de acordo com o patamar mínimo proposto, ao menos um cargo deveria ser destinado a servidores de carreira; já no caso de um município que possuísse cento e vinte cargos em comissão em seu quadro funcional, ao menos doze deles deveriam ser preenchidos por servidores efetivos; em um município com quinhentos cargos em comissão, pelo menos cinquenta deles teriam de ser ocupados por servidores de carreira. **Salientou-se, ainda, que a eleição do referido critério objetivo seria isonômica, bem como não macularia a discricionariedade atribuída ao Poder Legislativo.**

Aliás, este Órgão Especial, importante lembrar, já rejeitou alegação de falta de razoabilidade em previsão legal que não se mostrava, de pronto, contrária a esse princípio, com fundamento na **inadmissibilidade de substituição do subjetivismo dos representantes eleitos pelo povo pelo subjetivismo do Poder Judiciário**, nos seguintes termos do voto do E. Desembargador Luiz Ambra⁵: “(...) **em se tratando de ato político, com base no discricionarismo da pública administração, a rigor não admitiria contrasteamento pelo**

⁵ Pedido de Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2003606-17.2014.8.26.0000, j. em 12 de fevereiro de 2014.



Judiciário. Sob pena de ser substituído o subjetivismo de um órgão pelo do outro. Do órgão próprio (Executivo, com o placet da Câmara Municipal) pelo impróprio (Judiciário) que, com as razões de oportunidade e conveniência que lhe digam respeito do mérito da atuação administrativa, em última análise -, nada tem a ver. O discricionarismo do poder próprio, em tema de tal ordem, não pode ser afastado pelo Judiciário, as razões de oportunidade e conveniência da Comuna têm que ser respeitadas. Nesse sentido, de longa data, Hely Lopes Meirelles, já na 4ª edição (1976), em lição sempre atual de seu *Direito Administrativo Brasileiro*. Isto é (pg. 666): 'Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legitimidade, para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permitir ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo, relacionando-se com questões políticas e elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei



escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais de direito'. **Segue-se que (ob. cit., pg. 669), por maiores razões isso se aplicando para os provimentos de caráter político, por maior razão não devem ser examinados a não ser sob o aspecto da legalidade. Ou, de acordo com Castro Nunes ali citado (Teoria e Prática do Poder Judiciário), 'os Tribunais não se envolvem, não examinam, não podem sentenciar nem apreciar, na fundamentação de suas decisões, as medidas de caráter legislativo ou executivo, políticas ou não, de caráter administrativo ou policial, sob aspecto outro que não seja o da legitimidade do ato, no seu aspecto constitucional ou legal'. Disso decorre que (ob. cit., pg. 671) 'O processo legislativo, tendo atualmente contorno constitucional de observância obrigatória em todas as Câmaras e normas regimentais próprias de cada Corporação, tornou-se passível de controle judicial para resguardo da legalidade de sua tramitação e legitimidade da elaboração da lei. Claro está que o Judiciário não pode adentrar o mérito das deliberações da Mesa, das Comissões ou do Plenário, **nem deve perquirir as opções políticas que conduziram à aprovação ou rejeição dos projetos, proposições ou vetos**, mas pode e deve quando se argui lesão de**



*direito individual verificar se o processo legislativo foi atendido em sua plenitude, inclusive na tramitação regimental. Deparando infringência à Constituição, à lei ou ao regimento, compete ao Judiciário anular a deliberação ilegal do Legislativo para que outra se produza em forma legal'. Em resumo (pg. 672): 'Daí não se conclua que tais assuntos afastam, por si sós, a revisão judicial. Não é assim. **O que a Justiça não pode é substituir a deliberação da Câmara por um pronunciamento judicial sobre o que é da exclusiva competência discricionária do Plenário, da Mesa ou da Presidência. Mas pode confrontar sempre o ato praticado com as prescrições constitucionais, legais ou regimentais, que estabeleçam condições, forma ou rito para o seu cometimento**'.*

6. Com o devido respeito, **levar-se em conta o número de munícipes ou, ainda, o tamanho do município para considerar constitucional ou não referido percentual não se afigura parâmetro apropriado.** Além de não haver qualquer previsão na Constituição do Estado que atrele o número de habitantes de um município ou o seu porte ao tamanho do quadro funcional municipal, ou, mais especificamente, ao número de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cargos em comissão, tais critérios nem se prestam a justificar o percentual mínimo dos cargos em comissão, pois a existência de um quadro funcional em dissonância com os preceitos constitucionais independe dessas circunstâncias – um município de pequeno porte pode, em tese, ter um número elevado de cargos de provimento em comissão.

7. Pois bem. O dispositivo ora em análise fixou o percentual mínimo de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira em 10%: patamar já estipulado por este órgão julgador como minimamente adequado à razoabilidade imposta pelo artigo 111 da Constituição Paulista.

Desse modo, o percentual previsto está em consonância com o intuito constitucional de, em atenção ao princípio constitucional do concurso, assegurar que ao menos parte dos cargos de provimento em comissão seja preenchida por servidores de carreira, conclusão essa que, na linha de precedentes deste colegiado, tem apoio no princípio da interdependência e harmonia entre os Poderes e respeita a discricionariedade atribuída ao Poder Legislativo, exercida legitimamente, no caso dos autos, no âmbito de sua função



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

constitucional típica.

8. Ante o exposto, por este voto, **julga-se improcedente o pedido.**

Márcio Bartoli

Relator Sorteado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 32.001

Direta de Inconstitucionalidade nº 2243120-22.2016.8.26.0000

Comarca: São Paulo

Autor: Procurador Geral de Justiça

Réus: Presidente da Câmara Municipal de Olímpia e Prefeito Municipal de Olímpia

DECLARAÇÃO DE VOTO

CONVERGENTE

O autor alega que a reserva de percentual diminuto de cargos em comissão a serem ocupados por servidores de carreira é ofensivo aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e moralidade, constituindo burla ao comando do art. 115, inciso V, da Constituição Estadual.

Embora o tema seja antigo, essa questão – referente ao percentual mínimo aceitável para afastar a hipótese de ofensa ao princípio da razoabilidade - ainda suscita controvérsias perante este C. Órgão Especial. Tal se dá, certamente, em razão das particularidades de cada caso concreto, já que o questionamento sobre a quantidade de cargos (e do percentual mínimo a ser reservado aos servidores de carreira) pressupõe discussão específica sobre a organização administrativa de municípios dos mais variados portes, com estrutura e necessidades diferentes, o que, em tese, gera ou pode gerar resultados de julgamento diferentes.

E talvez porque o desfecho dessa questão, na verdade, não dependa apenas do exame da quantidade de cargos em comissão reservada aos servidores de carreira em comparação com o número desses mesmos cargos destinado aos comissionados puros.

Mesmo porque, conforme tem decidido este C. Órgão Especial em casos semelhantes, não existe na Constituição Federal ou na Constituição Estadual parâmetro objetivo que possibilite um juízo de razoabilidade apenas com base nessa comparação (referente à distribuição dos cargos comissionados) para efeito de apurar se o percentual mínimo fixado nos termos do art. 115, inciso V, da Constituição Paulista é, ou não, ofensivo aos princípios que regem a Administração Pública.

Tudo indica, então, que a questão deva ser examinada, realmente, com base em uma perspectiva mais ampla, englobando – além dessa comparação acima mencionada – a análise da estrutura administrativa como um todo para aferir (também e principalmente) se - com a aplicação do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

percentual mínimo em discussão - a proporcionalidade existente entre o número de cargos efetivos e os de livre nomeação, ainda é suficiente e razoavelmente qualificado para garantir o postulado do concurso público e para afastar qualquer possibilidade de burla ao sistema (por meio de distribuição abusiva dos cargos em comissão).

Dentro desse contexto, a primeira observação que se destaca (em relação ao tema) é que a fixação de um determinado percentual que se considere razoável e que possa, eventualmente, orientar julgamentos futuros somente será possível na comparação entre números de efetivos e número de comissionados. É esse, aliás, o sentido da proporcionalidade a que aludiu o Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do RE 365.368-AgRg, j. 25/05/2007:

"EMENTA. 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. 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. 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." (RE 365.368-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-5-07, DJ de 29-6-07)

Somente para constar, nesse caso examinado pelo STF, o quadro de pessoal indicava a existência de 67 cargos na Câmara Municipal de Blumenau, sendo 25 efetivos (37,31%) e 42 de livre nomeação (62,69%), motivo pelo qual foi reconhecida a alegada inconstitucionalidade (em razão da desproporcionalidade).

Outro ponto a ser considerado - dentro desse contexto geral - é que, em determinados casos, embora a relação entre efetivos e comissionados seja, em princípio, razoável e proporcional, às vezes, as leis incluem dispositivos (ou envolvem situações) que, na prática, acabam por anular a proporcionalidade (antes considerada ideal), como é o caso, por exemplo, da inclusão das funções de confiança (que já são destinadas exclusivamente aos servidores de carreira) no percentual mínimo a que se refere o art. 115, inciso V, da Constituição Federal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

São feitas essas considerações iniciais para demonstrar (ou tentar demonstrar) que – em relação à exigência do artigo 115, inciso V, da Constituição Estadual - o percentual mínimo (de 5%, 10% ou 20%, etc) pode ser muito, ou pode ser pouco, dependendo mais da configuração do quadro de pessoal e de situações normativas específicas (do que propriamente do percentual fixado).

Por exemplo, o percentual mínimo de 5% na Administração direta de um município com pequena proporção de cargos comissionados, às vezes, é mais razoável do que o percentual mínimo de 20% fixado para a Administração direta de outro município ou de outra área administrativa do mesmo município (Câmara Municipal) onde essa proporção de cargos em comissão seja maior.

Por isso, a norma objeto da impugnação, no presente caso, será examinada com base na estrutura do quadro de pessoal existente atualmente no Município de Olímpia, conforme segue:

LC nº 138, de 11 de março de 2014, com as alterações introduzidas pela LC nº 168, de 12 de novembro de 2015, que fixa em 10% o percentual obrigatório de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira da Prefeitura Municipal de Olímpia.

Nesse caso, o quadro de pessoal da administração direta indica a existência de 2.475 cargos (fl. 48), sendo:

2.383 – vagas para efetivos (96,28%)
92 – vagas para cargos em comissão (3,72%).

Assim, mesmo que apenas 10% dessas 92 vagas de cargos em comissão sejam reservados aos servidores de carreira, o quadro resultante dessa configuração, no geral, indica que 96,63% das vagas serão preenchidas por servidores de carreira e somente de 3,37% por comissionados estranhos à Administração:

2.383 – efetivos (sendo 9 em comissão) = 96,63%
83 – comissionados puros = 3,37%
2.466 - total



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Essa estrutura, com o devido respeito de entendimentos contrários, não se revela desarrazoada ou imoral, nem se afasta do princípio da proporcionalidade, porque – além de compatível com as necessidades e interesses de município de pequeno porte – é suficiente para garantir a prevalência do postulado constitucional do concurso público (como regra) em relação à livre nomeação (exceção).

É importante considerar, ainda, que nem sempre a fixação de um percentual maior significa melhor atendimento do interesse público, pois, dependendo do número de cargos (comissionados) criados, a eventual obrigatoriedade de remanejamento de servidores de carreira (em grande quantidade) para cumprir funções de direção, chefia e assessoramento (no gabinete do Prefeito ou Secretários) poderia acarretar desfalque de funcionários em área de maior prioridade, daí porque não se vislumbra inconstitucionalidade (também) em relação ao § 1º do art. 9º, que limitou em 5% o percentual máximo de servidores de carreira que poderão ocupar cargos em comissão, especialmente porque – diante da grande quantidade de efetivos em relação aos comissionados puros - essa restrição, de maneira nenhuma, interfere na eficácia do percentual mínimo fixado, porque 5% de 2.383 é igual a 119 (número que garante com folga as vagas reservadas aos servidores de carreira).

Dentro desse contexto, a questionada opção legislativa não desborda dos parâmetros da razoabilidade, ou seja, não caracteriza hipótese de flagrante desvio de poder para que seja declarado inconstitucional.

Ante o exposto, por esses fundamentos, julga-se improcedente a ação.

FERREIRA RODRIGUES
Desembargador



ADIn nº 2.243.120-22.2016.8.26.0000 – São Paulo

Voto nº **35.153**

Autor: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA

Réus: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE OLÍMPIA E OUTRO

(Lei nº 168/2015)

Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI** - Voto nº **37.157**

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

1. Relatório já nos autos.
2. **Restringe-se a divergência ao mérito da demanda.**

a) Quanto à preliminar.

Acompanho, quanto ao ponto, o I. Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI** para **afastar** a preliminar de coisa julgada arguida.

b) Pelo meu voto, julgo procedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador-Geral de Justiça tendo por objeto o § 2º, do art. 9º da **Lei Complementar nº 138 de 11.03.14**, alterado pelo art. 1º da **Lei Complementar nº 168 de 12.11.15** (fls. 103), da **Estância Turística de Olímpia**, fixando percentual de 10% (dez por cento) dos cargos de provimento em comissão a serem preenchidos por servidores efetivos na administração direta e indireta.

Combate-se o caráter ínfimo do percentual fixado, e a consequente violação aos arts. 111 e 115, V, da Constituição Estadual.

Com razão.

Este **Eg. Órgão Especial** já enfrentou a matéria anteriormente (ADIn nº 2.002.645-08.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 30.06.16 – Rel. Des. **RICARDO ANAFE**), tendo afirmado, com base em precedente do **Eg. Supremo Tribunal Federal** (AgRg no RE nº 365.365 – v.u. j., de 29.06.07 – Rel. Min. **RICARDO LEWANDOWSKI**), a **possibilidade** de intervenção do **Poder Judiciário** no quadro de servidores públicos dos Municípios, de modo a assegurar que a criação e provimento de cargos em comissão sejam “... *pautados pelo princípio da razoabilidade enquanto parâmetro de valoração dos atos do Poder Público.*”

Ora, se é certo que, por um lado, a **Constituição Estadual** relegou ao **legislador** municipal o poder de regulamentar a proporção de cargos em comissão a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

serem preenchidos por servidores de carreira (“*art. 115, V - os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei*”), também é certo, de outro lado, que tal proporção deve atender aos **princípios** elencados na mesma **Constituição** (“*art. 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público.*”).

Assim, a intervenção do **Poder Judiciário** é admitida justamente para se assegurar que o atendimento ao preceito contido no **art. 115, V**, se dê em **estrita observância** aos princípios consagrados pelo **art. 111**.

Confiram-se as premissas teóricas assentadas por esta **Eg. Corte** no precedente mencionado, nos termos do voto-condutor do Exmo. Des. **RICARDO ANAFE**:

“... a discriminação de número exato de cargos comissionados engessaria a Administração Pública, inviabilizando a boa administração e a busca do atendimento eficaz ao direito do cidadão, na medida em que as necessidades dos diversos entes federativos são diferentes, isto é, um Município com maior número de habitantes necessita de maior número de servidores, dos quais mais diretores, chefes e assessores, sendo certo que do total de cargos de direção, chefia e assessoramento deve haver um percentual reservado aos servidores de carreira, estes titulares de cargos efetivos providos por concurso público.”

(...)

“Não se olvida que abusos são cometidos na criação de cargos de provimento em comissão pelos Municípios, não somente quanto ao número, mas, também, pela falta de observância dos requisitos constitucionais na criação de cargos públicos; entretanto, não se pode dar tratamento igualitário a situações diferentes, vale dizer, não se pode dar o mesmo tratamento a diferentes Municípios, frente aos seus peculiares interesses, sob pena de rompimento da autonomia Municipal (artigo 144 da Constituição do Estado).”

“A propósito, em relação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a atuação da Administração Pública deve ser adequada, na medida justa, ou seja, tem que ser apropriada às necessidades exigidas pela situação concreta. Em outras palavras, tais princípios exigem um equilíbrio entre os meios empregados e o fim almejado pela Administração Pública para atender aos interesses da sociedade.”

“Assim, a reserva de cargos em comissão, em percentual mínimo, aos servidores de carreira, pressupõe um percentual que não pode ser ínfimo e, com isso, distorcer o sentido da norma que estabelece a preferência aos servidores de carreira com o propósito de valorizar a profissionalização no serviço público e a busca da eficiência.”

“Nesta linha de raciocínio, um quadro que possui um grande número de cargos em comissão, quando comparado com os servidores efetivos, em

princípio, representa excesso, ou, esses servidores desempenham funções inerentes aos cargos efetivos, confirmando o desvio de função, o que é mais grave, tendo em vista a afronta à regra do concurso público.”

“Apesar destes atos serem praticados no âmbito da competência discricionária do administrador público, não há nenhum obstáculo para que sofram intervenção do Poder Judiciário, inclusive quanto ao mérito. A criação e provimento de cargos em comissão, assim como todo e qualquer ato administrativo, devem ser pautados pelo princípio da razoabilidade enquanto parâmetro de valoração dos atos do Poder Público.”

Uma vez fixadas essas premissas teóricas, este **Eg. Órgão Especial** debruçou-se sobre os dados relativos àquele caso concreto, concluindo que, em face do **universo total** de cargos públicos existentes na Administração Pública do Município de Osvaldo Cruz, o número de cargos comissionados “puros” não ofenderia os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade.

Confira-se:

“... no caso concreto, considerando que na Municipalidade de Osvaldo Cruz, há 966 (novecentos e sessenta e seis) cargos efetivos (fl. 41) e 87 (oitenta e sete) cargos em comissão (fl. 42) e que, destes, 15% (quinze por cento) devem ser preenchidos por servidores de carreira, nos termos da lei municipal ora impugnada, não se verifica infringência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no patamar fixado.”

É interessante notar que esta **C. Corte não** se limitou a avaliar a razoabilidade, **em tese**, do percentual fixado pela lei local para os cargos em comissão a serem preenchidos por servidores titulares de cargos efetivos.

Em vez disso, houve por bem examinar todas as **informações de fato** trazidas aos autos – máxime o número total de servidores efetivos existentes em Osvaldo Cruz –, levando em conta, pois, o **amplo contexto fático** relativo ao **funcionalismo público** do Poder Executivo Municipal.

Em que pese o entendimento do I. Des. Relator **MÁRCIO BARTOLI, salutar** a medida adotada. Inaceitável que este **C. Órgão Especial** estabeleça o percentual mínimo de **10% (dez por cento)**, repita-se, como pretendido pelo Douto Desembargador Relator, como parâmetro para **todos** os casos análogos. A exegese da norma impugnada deve, com efeito, ser feita mediante a **prudente ponderação** de todos os **dados concretos** existentes nos autos.

Nesse sentido, o magistério de **EROS ROBERTO GRAU**:

“... a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser). Note-se bem que, ao interpretar os

textos normativos, o intérprete toma como objeto de compreensão também a realidade em cujo contexto dá-se a interpretação, no momento histórico em que ela se dá. Além disso, os fatos, elementos do caso, hão de ser também interpretados.”

(...)

“Ademais, vimos que interpretar o direito é concretar a lei em cada caso, ou seja, é aplicar a lei [Gadamer 1991:401]; daí dizermos que o intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado [Gadamer 1991:397]. Ora, sendo a interpretação, concomitantemente, aplicação do direito, deve ser entendida como produção praticado direito, precisamente como a toma Friedrich Müller [1993:145-146], para quem inexistente tensão entre direito e realidade; não existe um terreno composto de elementos normativos, de um lado, e de elementos reais ou empíricos, do outro. Por isso a articulação ser e dever-ser (a relação norma-fato) é mais do que uma questão da filosofia do direito; é uma questão da estrutura da norma jurídica tomada na sua transposição prática, e, por consequência, ao mesmo tempo uma questão da estrutura deste processo de transposição.”

“Isso significa – como linhas acima anotei – que a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada – isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser).”

(...)

“O que incisivamente deve aqui ser afirmado, a partir da metáfora de Kelsen [1979:467], é o fato de a moldura da norma ser, diversamente, moldura do texto, mas não apenas dele; ela é, concomitantemente, moldura do texto e moldura do caso. O intérprete interpreta também o caso, necessariamente, além dos textos, e da realidade – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados, ao empreender a produção prática do direito.” (“Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito” – Ed. Malheiros – 2009 – pp. 88/89 e 97/98).

Sendo assim, mostra-se **recomendável**, para o exame do presente feito, a adoção da metodologia utilizada por este **Eg. Órgão Especial** no caso do Município de Osvaldo Cruz (ADIn nº 2.002.645-08.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 30.06.16 – Rel. Des. **RICARDO ANAFE**), segundo a qual (1) compete ao **Poder Judiciário** averiguar a compatibilidade entre o número de cargos em comissão de um dado ente público e os **princípios da razoabilidade e proporcionalidade**, de modo a resguardar o interesse público; e (2) tal mister deve ser desenvolvido levando-se em conta os **dados concretos** do caso, notadamente o **universo total** de funcionários públicos e as **peculiaridades** do Município.

Nesse sentido, julgamento da ADIn nº 2.036.734-57.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 26.10.16 – Rel. Des. **ARANTES THEODORO**, em que restou assentada a constitucionalidade do percentual de **5%** de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira, estipulado pela **Lei Complementar nº 11/1991**, do Município de Marília. A decisão, considerando razoável o referido percentual, foi

proferida à luz das **circunstâncias específicas** daquele caso, tendo o Exmo. Relator ressaltado que a determinação contida no **art. 115, V, da Constituição Estadual** "**há de levar em conta as peculiaridades da localidade**".

E, à luz dos elementos de convicção trazidos aos autos, de rigor concluir pela **violação** aos princípios da **proporcionalidade, razoabilidade e legalidade** no caso concreto.

Consoante informações prestadas pelo Prefeito Municipal existem, no âmbito do Poder Executivo local, **2.383** cargos efetivos (apenas **1.275** ocupados) e **92** cargos em comissão (apenas **77** ocupados, e dos 77 em comissão, **11 são ocupados por servidores efetivos** - fls. 48).

Assim, admitindo-se a validade do índice de **10%** estabelecido pela lei local – correspondente a apenas **10** (9,2) dos **92** cargos em comissão –, ter-se-ia um total de **82 cargos comissionados puros**.

Como facilmente se percebe, o número se revela **irrisório e atentatório** à regra do **concurso público** e aos princípios da **legalidade e moralidade**.

Ademais, segundo consta, atualmente **11** cargos em comissão dos **77** efetivamente ocupados, estão tomados por **servidores efetivos**, o que corresponde ao percentual aproximado de **14%** (fls. 48). Situação demonstra a desproporcionalidade do percentual fixado.

Como bem acrescentou a D. Procuradoria:

"A partir da interpretação do art. 1º do diploma impugnado, se constata que 90% (noventa por cento) dos cargos de provimento em comissão, no âmbito do Poder Executivo, poderão ser preenchidos por servidores puramente comissionados e somente 10% (dez por cento) serão ocupados por servidores de carreira."

"Dessa forma, abstraindo-se a quantidade, em primeira análise, poder-se-ia cogitar obediência ao disposto no art. 115, V, da Constituição Estadual, porquanto se visualiza no ente em comento diploma tendente a dar cumprimento ao comando constitucional apontado."

"Contudo, a partir de uma interpretação acurada da ratio essendi do art. 115, V, da CE, a inteligência supramencionada revela-se errônea, pois ao rever percentual diminuto de postos comissionados a serem preenchidos por servidores de carreira, conforme acima mencionado, tornaram mera ficção os dispositivos indicados por representarem evidente esvaziamento de seus comandos, havendo, portanto, notória violação aos arts. 111 e 115, V, da Carta Paulista, por afronta evidente à razoabilidade, à proporcionalidade, à moralidade e burla implícita à excepcionalidade do provimento em comissão quando do preenchimento de postos na estrutura da Administração." (fls. 118/119).



Em suma, de rigor concluir pela **procedência** da presente ação.

c) Quanto à modulação

Em razão da natureza da matéria em análise, de rigor a **retroação** dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, a partir do início de sua vigência deles – efeito *ex tunc*.

Com isso, **retorna-se** ao estado de **omissão legislativa** na Estância Turística de Olímpia.

Dessa forma, na linha do que vem decidindo este **Eg. Órgão Especial** (a exemplo da já mencionada ADIn nº 2.111.908-72.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 19.10.16 – Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI**), impende fixar-se o **prazo de 180 (dias)**, contados da data do julgamento, para a edição de nova lei disciplinando a matéria. Caso seja mantida a omissão legislativa além do prazo fixado, fica estabelecido o percentual mínimo de **50% (cinquenta por cento)** para o preenchimento dos cargos em comissão por servidores públicos efetivos.

Essa a orientação pacífica deste **Eg. Órgão Especial** em casos análogos (ADIn nº 0.187.539-61.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 02.04.14 – Rel. Des. **ANTONIO VILENILSON** e ADIn nº 2.030.082-92.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 30.07.14 – Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI**, ADIn nº 2.038641-67.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 03.08.16 – Rel. Des. **MOACIR PERES**; ADIn nº 2.127.177-54.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 19.10.16 – Rel. Des. **FRANCISCO CASCONI**; ADIn nº 2.100.853-27.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 19.10.16 – Rel. Des. **JOÃO CARLOS SALETTI**, dentre inúmeros outros arestos).

Evidenciada a afronta do dispositivo municipal aos **arts. 111 e 115, V, da Constituição Estadual**.

Daí a procedência da ação para declarar a **inconstitucionalidade** do o § 2º, do **art. 9º da Lei Complementar nº 138 de 11.03.14**, alterado pelo **art. 1º da Lei Complementar nº 168 de 12.11.15**, da Estância Turística de Olímpia.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Acompanho o I. Des. Relator quanto à preliminar, No mais, pelo meu voto, julgo procedente a ação, com modulação.

EVARISTO DOS SANTOS
Desembargador
(assinado eletronicamente)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	18	Acórdãos Eletrônicos	MARCIO ORLANDO BARTOLI	596E3AF
19	22	Declarações de Votos	FERNANDO ANTONIO FERREIRA RODRIGUES	5A65F78
23	29	Declarações de Votos	GETULIO EVARISTO DOS SANTOS NETO	59B849A

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 2243120-22.2016.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.