

**PROCESSO:** 16847-62860/2016 (EXP-SAA 2338/2015)

**PARECER:** PA nº 39/2016

**INTERESSADO:** PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA

**EMENTA:** CONSTITUCIONAL. CARGO PÚBLICO. PROVIMENTO EM COMISSÃO. Destinam-se os postos de livre nomeação e exoneração apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal. Demonstrabilidade da natureza de direção, chefia ou assessoramento nas próprias legislações instituidoras de tais postos, mediante a descrição das respectivas atribuições. Firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

1. Cuida-se de expediente instaurado a partir de ofício do Procurador-Geral de Justiça, dirigido ao Secretário da Agricultura e Abastecimento, solicitando cópia dos atos normativos que “criaram os cargos de provimento em comissão de Assistente de Gabinete I e Assistente de Gabinete II, lotados naquelas pastas, com a observação de que os cargos de Auxiliar Administrativo, Auxiliar de Gabinete, Auxiliar de Secretário Particular foram redenominados para Assistente de Gabinete I pelo Subanexo 4 do Anexo I da Lei Complementar Estadual nº 1.080/2008, e os cargos de Oficial de Gabinete e Secretária da Diretoria foram redenominados para Assistente de Gabinete II pelo Subanexo 4 do Anexo I da Lei Complementar Estadual nº 1.080/2008” (fl. 2).
2. Revelam os autos, além das respostas encaminhadas ao Ministério Público de São Paulo, mensagens eletrônicas trocadas entre as Chefias de Gabinete da Secretaria de Agricultura e Abastecimento e da Procuradoria Geral do Estado, nas quais se indagou eventual posicionamento desta Instituição no tocante à constitucionalidade da Lei Complementar nº 1.080, de 17 de dezembro de 2008, matéria essa que também foi objeto de questionamento do órgão ministerial (fls. 59-67, 75-78, 80-86, 87-94).
3. Em resposta, a Senhora Subprocuradora Geral do Estado da Área da Consultoria Geral encaminhou minuta padrão para envio ao Ministério Público em resposta aos questionamentos quanto à constitucionalidade da LCE nº 1.080/2008. Na minuta, afirma-se a regularidade do processo legislativo que redundou na edição da lei complementar e a presunção de constitucionalidade de que esta desfruta (fls. 95-96).

4. Ao final, o protocolado foi encaminhado a esta Instituição em razão da ordem manifestada pela Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral no sentido da necessidade de análise mais acurada concernente à proposta de aperfeiçoamento legislativo (fls. 87-88).
5. Assim instruídos, chegam-nos os autos para apreciação e manifestação, *ex vi* do despacho de fl. 104.

#### É o sucinto relato do necessário. Opinamos.

6. A regra para o preenchimento de cargos e empregos na Administração Pública é o concurso público, consoante reza o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal<sup>1</sup>; a exceção, nos termos do mesmo dispositivo, são os cargos declarados em lei de livre provimento.
7. Sucede que não são quaisquer postos de trabalho que podem ser instituídos de livre nomeação e exoneração: o ordenamento constitucional destina tais provimentos “*apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento*” (artigo 37, inciso V, CF<sup>2</sup>).
8. Desse modo, “inexiste possibilidade de ter o legislador infraconstitucional discricionariedade para dispor sobre a natureza do provimento de cargo público que não seja de direção, chefia e assessoramento, pois não tendo tais atribuições há vinculação legislativa, e o provimento de tal cargo é, necessariamente e pelo fundamento constitucional, efetivo”<sup>3</sup>.
9. Como se registrou precisamente no Parecer **PA nº 4/2013**<sup>4</sup>, a doutrina entende que:

“para a viabilidade formal de existir cargo em comissão ou função de confiança, [exige-se] a **necessária e razoável demonstrabilidade da natureza de chefia ou direção** – de algum setor, unidade, área, departamento, divisão, grupamento, turma, seção, equipe, contingente, colegiado, por exemplos – ou ainda de alguma forma ou espécie de assessoramento profissional

---

1 *Verbis*: “Art. 37 [...] 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”.

2 *Verbis*: “Art. 37 [...] 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”.

3 CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 179.

4 De autoria do Procurador do Estado DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR que, por sua vez, citou IVAN BARBOSA RIGOLIN (“Cargo em comissão: se é constitucional a função criada (art. 37, V, da CF), o Judiciário não pode apreciar o mérito da criação”, *in*: Boletim de Direito Administrativo, v.º 19, nº 3, p. 187-197, mar. 2003, p. 191, *apud* Supremo Tribunal Federal, ADI 4.125, Rel.ª. Ministra CÁRMEN LÚCIA, Pleno, julgada em 10.6.2010), nessa parte aprovado superiormente.

e nitidamente caracterizado. Sem tais demonstráveis requisitos, inconstitucional será a criação de cargos em comissão ou funções de confiança”.

10. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da Carta Constitucional, tem exigido que tal demonstração seja levada a efeito na legislação instituidora dos cargos em comissão.
11. Com efeito, diversos julgados, inclusive os proferidos em sede de controle abstrato de constitucionalidade, têm consignado que a criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais vem de exigir a **descrição de suas respectivas atribuições na própria lei**, a permitir o controle efetivo relativamente ao desempenho das atribuições de direção, chefia e assessoramento daqueles postos, como são exemplos os seguintes arestos da Corte Suprema:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CRIAÇÃO DE 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. [...] 5. Agravo regimental DESPROVIDO.

(RE 806436 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-09-2014 PUBLIC 17-09-2014)

Ementa: Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito administrativo. 3. Criação de cargos em comissão por leis municipais. Declaração de inconstitucionalidade pelo TJRS por violação à disposição da Constituição estadual em simetria com a Constituição Federal. **3. É necessário que a legislação demonstre, de forma efetiva, que as atribuições dos cargos a serem criados se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração.** Caráter de direção, chefia e assessoramento. Precedentes do STF 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 656666 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 02-03-2012 PUBLIC 05-03-2012)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. **CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO SEM INDICAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES CORRESPON-**

**DENTES.** PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 752769 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 08/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 23-10-2013 PUBLIC 24-10-2013)

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **CONSTITUCIONAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DA DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES CORRESPONDENTES.** AGRAVO REGIMENTAL QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA Nº 283 DO STF. INCIDÊNCIA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.

(RE 847397 AgR-ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 16-09-2015 PUBLIC 17-09-2015)<sup>5</sup>

12. No julgamento da **ADI nº 4.125** (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Pleno, j. em 10/06/2010), restou expressamente declarada a inconstitucionalidade de dispositivo legal que delegava 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”, porque permitiria, “em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei” (trecho da ementa do julgado).
13. É nessa ordem de ideias que inclinamo-nos a recomendar **alteração legislativa** para a inclusão das atribuições dos cargos em comissão/empregos em confiança nas leis que preveem os respectivos postos.
14. Com isso queremos dizer que, não apenas a Lei Complementar nº 1.080, de 17 de dezembro de 2008, mas, todos os diplomas normativos estaduais que criam ou instituem postos de confiança carecem de aperfeiçoamento legislativo para veicularem as respectivas atribuições que, como já asseverado, só podem destinar-se ao desenvolvimento de competências relacionadas à direção, chefia ou assessoramento.
15. Com efeito, os sistemas retributórios atualmente existentes no âmbito da Administração direta e indireta cuidam de estabelecer apenas os “*requisitos mínimos de escolaridade e experiência profissional*”<sup>6</sup> ou, por vezes, fixam requisitos mínimos de investidura e relegam a ato infralegal a indicação das

5 Os destaques são nossos.

6 Como é exemplo o artigo 5º da LCE nº 1.080/2008, diploma este que rege o plano de carreira de todos os servidores da chamada “área meio” da Administração Pública direta e indireta.

atribuições dos postos de confiança<sup>7</sup>, práticas essas que vão de encontro às balizas assentadas pelo Supremo Tribunal Federal, como já registrado.

16. Já na seara dos outros Poderes, constatamos que as leis instituidoras de Planos de Cargos e Carreiras descrevem ao menos sumariamente as atribuições dos cargos de livre provimento, como é exemplo a LCE nº 1.111, de 25/05/2010 (servidores do Tribunal de Justiça de São Paulo)<sup>8</sup>, LCE nº 1.120, de 29/06/2010 (servidores do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo)<sup>9</sup> e LCE nº 1.118, de 01/06/2010 (servidores do quadro de pessoal do Ministério Público de São Paulo). Interessante, nesta última, notar que a lei apenas estabelece uma “sumária” das atribuições, sendo que o rol completo deverá ser objeto de ato específico do Procurador-Geral de Justiça (art. 4º)<sup>10</sup>.
17. De outra banda, no tocante à aventada necessidade de exoneração de servidores que exercem funções técnicas, supostamente partindo-se da premissa de que haveria vedação quanto à existência de postos de confiança de natureza técnica<sup>11</sup>, temos a dizer que não divisamos tal ordem de interdição na norma constitucional ou nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.
18. Ora, o fato de os postos de confiança desenvolverem atividades de direção, chefia e assessoramento não conduz à ilação de que tais postos prescindem de conhecimentos técnicos para seu desempenho. Como bem sustentou a então Assessoria Jurídica do Governo no **Parecer AJG nº 0717/2014**:

Ressaltamos que muitas vezes é imprescindível para o exercício do cargo em comissão que seu titular tenha conhecimentos técnicos específicos e, até, uma determinada habilitação legal. Nos cargos em comissão de recru-

7 É o caso, por exemplo, das legislações que instituem o plano de carreira das seguintes entidades: JUCESP (LCE nº 1.187, de 28/09/2012), ARTESP (LCE nº 1.267, de 14/07/2015), SPPREV (LCE nº 1.058, de 16/09/2008). Há outras entidades que criam os postos de confiança e sequer elencam os requisitos mínimos de investidura, como é o caso da FAMERP (LCE nº 1.130, de 27/12/2010), ou aquelas que não delegam a ato infralegal a fixação das atribuições dos postos, como é a hipótese do DETRAN (LCE nº 1.195, de 17/01/2013). No caso do DER (Decreto-Lei nº 16.546, de 26/12/1946), sequer logramos identificar o regime jurídico de contratação de seus servidores e a legislação que teria criado os cargos ou empregos em confiança.

8 No subanexo 2 do Anexo VII estão relacionadas as sumárias e os pré-requisitos para os cargos em comissão.

9 No subanexo 2 do Anexo VII estão relacionadas as sumárias e os pré-requisitos para os cargos em comissão.

10 A LCE nº 1.111/2010 veicula disposição semelhante, autorizando ao Presidente do Tribunal de Justiça estabelecer outras atribuições além daquelas previstas na lei (art. 41, *caput*), quer dizer, a lei estabelece um rol mínimo, podendo o dirigente ampliá-la.

11 É o que se depreende do teor da mensagem eletrônica subscrita pelo Chefe de Gabinete da Pasta, dirigida à Chefe de Gabinete desta Instituição, na qual relata as providências que estariam sendo demandadas pelo Ministério Público no bojo do Inquérito Civil nº 710/2003, dentre elas, “a exoneração de todos os funcionários contratados que exercem funções técnicas, mas que foram contratados para exercer funções comissionadas” (fls. 59-61).

tamento restrito ou limitado observa-se tal situação, onde os servidores são necessariamente servidores de carreira, a exemplo dos cargos em comissão exercidos no âmbito da Procuradoria Geral do Estado.

Em geral, a distinção feita pela doutrina e jurisprudência envolvendo este assunto estabelece outro parâmetro de distinção, a dos cargos técnicos ou científicos, que requeiram a aplicação de conhecimentos científicos ou artísticos obtidos em nível superior de ensino ou mesmo os cargos de nível médio para os quais se exige conhecimento técnico ou habilitação legal específica para o seu provimento, dos cargos e empregos cujas atribuições se caracterizam como de natureza burocrática, repetitiva e de pouca ou nenhuma complexidade.

19. Mais a mais, da análise da jurisprudência da Corte Maior, extraímos algumas exigências fundamentais para que seja preservado o princípio do acesso aos cargos e empregos públicos mediante concurso público:

**i) atribuições de chefia, direção ou assessoramento:** nos termos do artigo 37, V, da Constituição Federal, tanto as funções de confiança quanto os cargos em comissão destinam-se apenas a atribuições de direção, chefia e assessoramento;

**ii) relação de confiança:** a cláusula fiduciária caracteriza a livre nomeação, isto é, tem de haver relação de confiança entre o nomeado para cargo em comissão e seu superior hierárquico;

**iii) descrição legal das atribuições:** é necessário que a própria lei defina atribuições compatíveis com o livre provimento e exoneração que caracterizam os cargos em comissão;

**iv) proporcionalidade:** deve haver correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão nos quadros da Administração Pública.<sup>12</sup>

20. Destarte, a análise da regularidade no provimento dos cargos ou empregos em comissão deve ser pautada pelos pressupostos constitucionais acima elencados, e não em razão da natureza técnica destes postos.

21. São, assim, as seguintes conclusões que extraímos do opinativo e alçamos à consideração superior:

(i) Os postos de confiança, de livre provimento, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

(ii) A demonstrabilidade da natureza de direção, chefia e assessoramento deve ser levada a efeito na legislação instituidora de tais postos, mediante a descrição sumária das respectivas atribuições.

12 Além das já referidas neste opinativo, também citamos os seguintes julgados: **ADI 3602**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, j. em 14/04/2011; **ADI 3706**, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, j. em 15/08/2007; **RE 365368 AgR**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, j. em 22/05/2007; **RE 806436 AgR**, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, j. em 02/09/2014; **RE 735788 AgR**, Min. Rel. ROSA WEBER, Primeira Turma, j. em 12/08/2014; **RE 503436 AgR**-segundo, Min. Rel. LUIZ FUX, Primeira Turma, j. em 16/04/2013; **RE 693714 AgR**, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, j. em 11/09/2012.

(iii) São exigências fundamentais para que seja preservado o princípio do acesso aos cargos e empregos públicos mediante concurso público: (a) atribuições de chefia, direção ou assessoramento; (b) relação de confiança; (c) descrição legal das atribuições; (d) proporcionalidade.

(iv) A análise da regularidade no provimento dos cargos ou empregos em comissão deve ser pautada pelos pressupostos constitucionais, e não em razão da natureza técnica destes postos.

(v) É recomendável alteração legislativa para a inclusão das atribuições dos cargos em comissão/empregos em confiança nos diplomas normativos que preveem os respectivos postos no âmbito da Administração direta e indireta.

22. São as considerações que entendemos pertinentes na análise do caso *sub examine* e propomos, ao final da tramitação deste expediente, seja dada ciência do processado à Secretaria de Planejamento e Gestão para avaliação do quanto recomendado no item 13 deste opinativo.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 21 de junho de 2016.

**SUZANA SOO SUN LEE**

Procuradora do Estado

OAB/SP nº 227.865

**PROCESSO: GDOC nº 16847-62860/2016**

**PARECER PA nº 39/2016**

**INTERESSADO: PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA**

De acordo com o **Parecer PA nº 39/2016**.

Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.

P.A., em 21 de junho de 2016.

**DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR**

Procurador do Estado respondendo pelo expediente  
da Procuradoria Administrativa

OAB/SP nº 245.540

**PROCESSO nº: 16847-62860/2016**

**INTERESSADO: PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA**

**ASSUNTO: ENCAMINHA PROTOCOLADO. Nº 120.900/2014 MP SOLICITA CÓPIA DO ATO NORMATIVO QUE CRIARAM OS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ASSISTENTE DE GABINETE I E ASSISTENTE DE GABINETE II DA LEI Nº 1.080, DE 17/12/2008 – ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI.**

1. Manifesto minha concordância com o **Parecer PA nº 39/2016**, que conclui por recomendar a alteração da Lei Complementar Estadual nº 1.080, de 17 de dezembro de 2008, para incluir a descrição das atribuições dos cargos em comissão e empregos em confiança ali criados, adaptando-a à orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal.
2. Às razões expostas no parecer acrescento a informação de que o Estado de São Paulo tem sido instado a contestar várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade questionando leis instituidoras de Planos de Cargos e Carreiras que não descrevem as atribuições dos cargos de livre provimento. Cito como exemplo a ADI 2104514-14.2016.8.26.0000 que pretende ver declarada a inconstitucionalidade das Leis estaduais nº 7.821/92, 7.823/92, 8.901/94 e 9.114/95, e a ADI 2240254-75.2015.8.26.0000, que impugna a Lei Complementar estadual nº 1.211, de 27 de setembro de 2013, a qual inclusive já foi julgada procedente pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, em 01.06.2016.<sup>1</sup>
3. Tratando-se de assunto de extrema importância para a Administração do Estado de São Paulo, proponho a aprovação do parecer e o encaminhamento deste expediente à Secretaria de Planejamento e Gestão com recomendação de ser efetuado levantamento da legislação estadual que disponha sobre Planos de Cargos e Carreiras, visando sua adequação à orientação ora traçada.

SubG-Consultoria, 14 de julho de 2016.

**CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO**

Subprocuradora Geral do Estado  
Consultoria Geral

---

<sup>1</sup> De se apontar que as razões de decidir pela inconstitucionalidade dessa lei abarcaram outros argumentos além da ausência de descrição, no texto da lei, da descrição das atribuições dos empregos em confiança.

**PROCESSO: 16847-62860/2016**

**INTERESSADO: PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA**

**ASSUNTO: ENCAMINHA PROTOCOLADO. Nº 120.900/2014 MP SOLICITA CÓPIA DO ATO NORMATIVO QUE CRIARAM OS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ASSISTENTE DE GABINETE I E ASSISTENTE DE GABINETE II DA LEI Nº 1.080, DE 17/12/2008**

1. Aprovo o **Parecer PA nº 39/2016**, por seus próprios e jurídicos fundamentos.
2. Retornem os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para prosseguimento, com o envio do presente à Secretaria de Planejamento e Gestão, para ciência, com a recomendação de ser efetuado levantamento da legislação estadual que disponha sobre Planos de Cargos e Carreiras, objetivando sua adequação à orientação ora traçada.

GPG, em 18 de julho de 2016.

**ELIVAL DA SILVA RAMOS**

PROCURADOR GERAL DO ESTADO