



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SECRETARIA DO PLENO

Ofício N° 1345/2017

Vitória, 07 de dezembro de 2017

Exm° (a) Senhor(a),

Encaminho para os devidos fins, cópia do Venerando Acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal Pleno nos autos da **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 0023011-74.2014.8.08.0000** em que é REQUERENTE **PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ES** e REQUERIDOS A **CÂMARA MUNICIPAL DE ITAPEMIRIM E MUNICÍPIO DE ITAPEMIRIM.**

Cordiais Saudações,

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Juliana', is placed above the printed name.

Juliana Vieira Neves Miranda
Diretora do Pleno

Resolução n° 29/2013 - D.J.E.S 28/06/2013

Ao

Exmo. Sr.

Presidente da Câmara Municipal de Itapemirim/ES.

Rua Adiles André, s/n, Serramar- Itapemirim/ES- Cep. 29330-000



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

144
Clem

ACÓRDÃO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 0023011-74.2014.8.08.0000
REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESPÍRITO SANTO
REQUERIDOS: MUNICÍPIO DE ITAPEMIRIM
RELATOR: DESEMBARGADOR FABIO CLEM DE OLIVEIRA

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEIS MUNICIPAIS - CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO - NECESSIDADE DE ATRIBUIÇÕES DE CHEFIA, DIREÇÃO OU ASSESSORAMENTO E RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE SERVIDOR E O SUPERIOR HIERÁRQUICO - OFENSA AO DISPOSTO NO ART. 32, II E V DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E NO ART. 37, II E V DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A constitucionalidade da criação de cargos de provimento em comissão pressupõe que eles tenham atribuições de direção, chefia e assessoramento e que demandem relação de confiança entre o servidor e o superior hierárquico, na forma como estabelece o art. 32, II e V, da Constituição Estadual e o art. 37, II e V, da Constituição Federal. Precedentes do STF.
2. Analisando as atribuições dos cargos criados pelas Leis n° 071/2009 e 152/2013, do Município de Itapemirim, verifica-se que apenas os de Secretário Municipal, Subsecretário, Procurador-Geral, Diretor e Assessor, atendem às normas constitucionais, pois além de possuírem características de direção, chefia e assessoramento, exigem relação de confiança entre o servidor e seu superior hierárquico. Os demais cargos possuem atribuições predominantemente burocráticas e operacionais e não exigem especial vínculo de confiança com a autoridade superior a autorizar a sua criação como cargos de provimento em comissão.
3. Comprovada a criação de cargos de provimento em comissão que não possuem atribuições de chefia, direção e assessoramento, bem como que não exigem relação de confiança entre o servidor e seu superior hierárquico, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade parcial do disposto no art. 1° §1°, §5° e anexos II e III, da Lei Complementar n° 071/2009 e dos arts. 3°, 5°, 7°, 9°, 10°, 11° e anexo I, da Lei Complementar n° 152/2003, do Município de Itapemirim, por violação ao disposto no art. 32, II e V, da Constituição Estadual e no art. 37, II e V, da Constituição Federal.
4. Uma vez declarada a inconstitucionalidade parcial das normas supramencionadas, não se pode admitir que voltem a vigor as normas anteriores por elas revogadas, portadoras dos mesmos vícios, sendo cabível a declaração de inconstitucionalidade em conjunto das normas revogadas a fim de se evitar o efeito repristinatório.
5. Diante da necessidade de se resguardar as situações jurídicas que decorreram das leis impugnadas na presente ação, com relevo os direitos dos servidores ocupantes dos cargos de provimento em comissão que serão extintos em razão da declaração de inconstitucionalidade, deve ser aplicado neste caso a modulação dos efeitos deste julgado, na forma como

Clem

**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO**



Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

prevê o art. 27, da Lei nº 9.868/1999, para que a declaração produza efeitos "ex nunc", após o trânsito em julgado do acórdão.

6. Ação julgada parcialmente procedente para declarar, com efeitos "ex nunc" a inconstitucionalidade do art. 1º §1º e §5º e anexos II e III, da Lei Complementar nº 071/2009 e dos arts. 3º, 5º, 7º, 9º, 10º, 11º e anexo I, da Lei Complementar nº 152/2003, do Município de Itapemirim, com relação à criação dos seguintes cargos de provimento em comissão: 1) Contador Geral; 2) Supervisor de Recursos Humanos; 3) Supervisor de Obrigações Sociais; 4) Coordenador do Polo da Universidade Aberta do Brasil - UAB; 5) Gerente de Apoio Educacional; 6) Gerente de Ensino Fundamental; 7) Gerente de Ensino Infantil; 8) Gerente de Controle Contábil; 9) Gerente de Gestão e Auditoria; 9) Chefe de Divisão; 10) Chefe de Setor; 11) Coordenador do Programa de Defesa do Consumidor; 12) Inspetor do Departamento de Infraestrutura Urbana; 13) Inspetor do Departamento Operacional de Videomonitoramento; 14) Inspetor do Departamento Operacional da Guarda Municipal; 15) Coordenador do CRAS (Centro de Referência de Assistência Social); 16) Coordenador do Bolsa Família; 17) Coordenador do CRAS (Centro de Referência Especializado de Assistência Social); 18) Coordenador do Centro de Convivência; e 19) Coordenador do Abrigo Provisório.

7. Via de consequência, a fim de se evitar o indesejável efeito repristinatório, declaro a inconstitucionalidade das seguintes normas revogadas: (1) art. 1º da Lei Complementar nº 016/2006; (2) arts. 3º, 4º, 5º e 6º da Lei Complementar nº 027/2006; (3) art. 5º da Lei Complementar nº 032/2007; (4) arts. 1º e 2º, II da Lei Complementar nº 035/2007; (5) art. 1º, I e III da Lei Complementar nº 037/2007; (6) art. 4º da Lei Complementar nº 044/2007; (7) art. 2º da Lei Complementar nº 049/2008; (8) art. 4º da Lei Complementar nº 058/2008; (9) art. 1º, caput e §§ 1º e 2º, 2º e 5º da Lei Complementar nº 033/2007; e (10) art. 2º da Lei Complementar nº 007/2005.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Desembargadores que integram o Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, na conformidade da ata e notas taquigráficas, à unanimidade, julgar parcialmente procedente a ação, nos termos do voto do Eminentíssimo Relator.

Vitória, ES, 16 de 11 de 2017.

PRESIDENTE

RELMANOR



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

148
Clem

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0023011-74.2014.8.08.0000

REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESPÍRITO SANTO

REQUERIDOS: MUNICÍPIO DE ITAPEMIRIM

RELATOR: DESEMBARGADOR FABIO CLEM DE OLIVEIRA

VOTO

Senhor Presidente. A obrigatoriedade do concurso público como regra para a investidura em cargo ou emprego público constitui um instrumento de efetivação dos princípios constitucionais da igualdade, impessoalidade e da moralidade, excepcionado nas seguintes hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal e na Constituição Estadual: a) "nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração" (art. 37, II e V, da CF e art. 32, II e V, da CE); e b) contratações "por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público" (art. 37, IX, da CF e art. 32, IX, da CE).

As leis impugnadas na presente ação direta de inconstitucionalidade têm como fundamento a exceção prevista nos incisos II e V, do art. 37, da Constituição Federal e nos incisos II e V, do art. 32, da Constituição Estadual, na medida em que criam cargos de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração.

Segundo o entendimento proclamado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade da criação de cargos de provimento em comissão pressupõe que eles tenham atribuições de direção, chefia e assessoramento e que demandem relação de confiança entre o servidor o seu superior hierárquico.

Precedentes:

"EMENTA Embargos de declaração em recurso extraordinário. Conversão em agravo regimental, conforme pacífica orientação da Corte. Lei distrital que criou cargos em comissão para funções rotineiras da Administração Pública. Impossibilidade.

1. A decisão ora atacada reflete a



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO**

Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

pacífica jurisprudência da Corte a respeito do tema, a qual reconhece a inconstitucionalidade da criação de cargos em comissão para funções que não exigem o requisito da confiança para seu preenchimento.

[...]

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual é negado provimento."

(RE 376440 ED, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2014, publicado em 14/11/2014)

"EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI MUNICIPAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE CARÁTER DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA OU DIREÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE SERVIDOR NOMEADO E SUPERIOR HIERÁRQUICO. IMPOSSIBILIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. FIXAÇÃO DO MONTANTE DA REMUNERAÇÃO. RESERVA LEGAL. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 05.3.2012.

Esta Corte entende que é inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuam caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandem relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico. Precedentes.

[...]

Agravo regimental conhecido e não provido."

(RE 735788 AgR, Relatora: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 12/08/2014, publicado em 29/08/2014)

"Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEI MUNICIPAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE CARÁTER DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA OU DIREÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE SERVIDOR NOMEADO E SUPERIOR HIERÁRQUICO. INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROVÉRSIA ACERCA DA NATUREZA DAS FUNÇÕES EXERCIDAS PELOS OCUPANTES DOS CARGOS EM COMISSÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPRESCINDIBILIDADE DE REINTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 279 E 280 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO.

I - Esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que é inconstitucional a criação de cargos em comissão que não tenham caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandem relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico. Precedentes.

[...]



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

III - Agravo regimental improvido."

(ARE 753415 AgR, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, publicado em 13/11/2013)

"Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEIS MUNICIPAIS QUE CRIAM CARGOS EM COMISSÃO SEM CARÁTER DE CHEFIA, ASSESSORAMENTO E DIREÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DAS ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 323 DO RISTF C.C. ART. 102, III, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA E DA LEGISLAÇÃO LOCAL. VEDAÇÃO. SÚMULAS N. 279 E 280 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

3. "É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico" (ADI 3.602, Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 7.6.11). No mesmo sentido: AI 656.666-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 5.3.2012 e ADI 3.233, Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe 14.9.2007.

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento."

(RE 693714 AgR, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/09/2012, publicado em 25/09/2012)

No mesmo sentido é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando"

(Curso de Direito Administrativo, 25ª edição, São Paulo, Malheiros, 2008, pág. 300).

Somente nessas hipóteses excepcionais está autorizada a criação desses cargos, pois sendo de livre nomeação e exoneração, afastam a necessidade do concurso público e a estabilidade, garantias contempladas nas Constituições Federal e



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO**

Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

Estadual, essenciais à impessoalidade e ao bom funcionamento da Administração Pública.

Ressalte-se que as atribuições específicas de direção, chefia ou assessoramento devem estar explicitadas de forma clara pela lei que cria o cargo em comissão, pois não há como presumir a existência dessas atribuições com base apenas na denominação conferida ao cargo.

Eis o teor dos dispositivos legais impugnados:

Lei Complementar nº 071/2009.

"Art. 1º Fica instituída a Estrutura Administrativa Básica da Prefeitura Municipal de Itapemirim, cujos órgãos passam a ser os constantes do Anexo I desta Lei Complementar.

§1º Nas Estruturas Organizacionais das Secretarias Municipais de que trata o "caput" do Art. 1º, ficam criados cargos de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Poder Executivo Municipal, conforme Anexo II desta Lei.

[...]

§5º As atribuições e competências dos órgãos e dos cargos de que trata esta Lei Complementar, são os constantes do Anexo III."

ANEXO II

(A QUE SE REFERE O §1º DO ART. 1º)

QUADRO DE CLASSIFICAÇÃO DOS CARGOS COMMISSIONADOS

(A QUE SE REFERE O ARTIGO 3º)

CÓDIGO	NOMENCLATURA DO CARGO	QUANTITATIVO	VENCIMENTOS (R\$)	PERCENTUAL DE GRATIFICAÇÃO (FUNÇÃO GRATIFICADA)
DCAS I	Secretário Municipal	14	4.550,00	-
	Procurador Geral	01	4.550,00	-
DCAS II	Assessor Executivo de Gabinete	01	3.950,00	-
	Assessor Especial de Assuntos	01	3.950,00	-
	Institucionais	01	3.950,00	-
	Assessor Executivo de Controle Interno	09	3.950,00	-
	Assessor Executivo de Comunicação			
	Assessor Especial de			



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO**

Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

150
Clem

	Gestão Pública Assessor Especial (¹)			
DCAS III	Diretor Geral Contador Geral	15 01	3.100,00 3.100,00	60% 60%
DCAS IV	Diretor de Departamento Subsecretário Municipal Assessor para Assuntos Legislativos	18 01 01	2.250,00	60%
DCAS V	Supervisor de RH Supervisor Obrigações Sociais Assessor Político Pedagógico Coordenador do polo UAB Assessor de Jornalismo e Comunicação Assessor para Assuntos de Licitação Assessor Técnico Captação de Recursos	01 01 01 01 01 01	1.670,00	60%
DCAS VI	Assessor Técnico de Programas de Saúde	04	1.500,00	60%
DCAS VII	Assessor de Gabinete II Gerente de Apoio Educativo Gerente de Ensino Fundamental Gerente de Ensino Infantil Gerente de Controle Contábil e Financeiro Gerente de Gestão e Auditoria Assessor para Assuntos Culturais Assessor Assuntos Fazendários	18 01 01 01 01 01 02	1.350,00	60%
DCAS VIII	Diretor Técnico	04	1.200,00	60%
DCAS IX	Chefe de Divisão	79	950,00	60%
DCAS X	Assessor de Gabinete III	14	750,00	50%
DCAS XI	Assessor de Gabinete IV	35	500,00	50%
DCAS XII	Chefe de Setor	17	680,00	60%



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO**

Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

-	Total Geral	248	-	-
---	-------------	-----	---	---

Lei Complementar nº 152/2013.

Art. 3º Ficam criados os cargos em comissão da Secretaria Municipal de Defesa Social, incorporados a atual estrutura administrativa, na forma que especifica, obedecendo à hierarquização prevista no anexo III do presente regulamento:

- I - Secretário Municipal de Defesa Social;
- II - Assessor Especial Administrativo;
- III - Diretor do Departamento Administrativo;
- IV - Chefe de Divisão de Apoio Administrativo;
- V - Chefe de Divisão de Planejamento e Logística;
- VI - Assessor Especial de Operações;
- VII - Diretor do Departamento da Defesa Civil;
- VIII - Chefe da Divisão Operacional da Defesa Civil;
- IX - Chefe da Divisão de Fiscalização e Controle da Defesa Civil;
- X - Chefe da Divisão do Serviço de Salvamento;
- XI - Diretor do Departamento da Vigilância Patrimonial;
- XII - Diretor Geral do Departamento da Guarda Municipal;
- XIII - Inspetor do Departamento Operacional da Infra Estrutura Urbana (GMI);
- XIV - Inspetor do Departamento Operacional de Vídeo-Monitoramento (GMI);
- XV - Inspetor do Departamento Operacional da Guarda Municipal (GMI);
- XVI - Diretor Geral de Defesa Social;
- XVII - Chefe da Divisão Operacional - Sede;
- XVIII - Chefe da Divisão Operacional - Litoral;
- XIX - Chefe da Divisão Operacional - Interior.

[...]

Art. 5º Ficam criados os cargos em comissão pertencentes a estrutura administrativa da Secretaria Municipal de Assistência Social e Cidadania, que passará a vigorar, na forma que especifica, com os cargos abaixo relacionados, obedecendo a hierarquização prevista no Anexo IV do presente regulamento:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

- I - Secretário Municipal de Assistência Social e Cidadania;
- II - Assessor Especial em Assistência Social;
- III - Subsecretário dos Direitos do Cidadão;
- IV - Subsecretário de Assistência Social;
- V - Diretor Geral do Departamento da Casa do Cidadão;
- VI - Diretor Geral do Departamento de Proteção Básica;
- VII - Diretor Geral do Departamento de Proteção Especial;
- VIII - Chefe da Divisão de Atendimento ao Cidadão;
- IX - Diretor do Departamento de Controle, Monitoramento e Avaliação;
- X - Chefe da Divisão do Setor de Pessoal;
- XI - Chefe da Divisão Administrativa e Financeira;
- XII - Diretor do Departamento de Serviços Básicos;
- XIII - Coordenador do CRAS;
- XIV - Diretor do Departamento de Administração do Bolsa Família;
- XV - Coordenador do Bolsa Família;
- XVI - Diretor do Departamento de Administração do CREAS, e do Centro de Convivência e de Serviços de Média e Alta Complexidades;
- XVII - Coordenador do CREAS;
- XVIII - Coordenador do Centro de Convivência;
- XIX - Diretor do Departamento de Abrigamento Provisório;
- XX - Coordenador do Abrigo Provisório.

[...]

Art. 7º Fica criado o cargo em comissão pertencente a estrutura administrativa da Secretaria Municipal de Turismo, que passará a vigorar, na forma que especifica, com a inclusão do cargo abaixo relacionado, obedecendo a hierarquização prevista em lei e em conformidade com o Anexo V:

- I - Subsecretário Municipal de Desenvolvimento Turístico;
- II - Assessor Especial de Cerimonial;
- III - Diretor do Departamento de Projetos do Turismo;
- IV - Chefe da Divisão de Apoio Turístico;
- V - Diretor do Departamento de Atenção ao Turista;
- VI - Chefe de Divisão do Departamento Administrativo.

[...]

151
JCM



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO**

Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

Art. 9º Ficam criados os cargos em comissão da Secretaria Municipal de Cultura, incorporados à atual estrutura administrativa, na forma que especifica, obedecendo a hierarquização prevista no Anexo VI do presente regulamento:

- I - Secretário Municipal de Cultura;
- II - Subsecretário de Gestão do Patrimônio Histórico Material e Imaterial;
- III - Assessor Especial para Assuntos do Patrimônio Histórico;
- IV - Diretor Geral do Departamento de Captação de Recursos destinados à Cultura;
- V - Diretor do Departamento de Promoção e Difusão Cultural;
- VI - Diretor do Departamento de Eventos Culturais;
- VII - Chefe da Divisão de Promoção Cultural.

Art. 10 Ficam criados na estrutura administrativa da Secretaria Municipal de Transportes, que passará a vigorar, na forma que especifica, os cargos de provimento comissionados abaixo relacionados, obedecendo a hierarquização prevista em lei:

- I - Assessor Especial de Controle de Veículos Leves e Pesados;
- II - Diretor de Controle de Almoarifado de Peças e Equipamentos da SEMTRA;
- III - Chefe de Divisão de Serviços Mecânicos de Máquinas Pesadas;
- IV - Chefe de Divisão de Serviços Mecânicos de Veículos Leves.

Art. 11 Fica criado na estrutura administrativa da Secretaria Municipal de Governo, que passará a vigorar, na forma que especifica, os cargos de provimento comissionados abaixo relacionados, obedecendo a hierarquização prevista em lei:

- I - Assessor Especial Legislativo;
- II - Diretor de Departamento de Gestão Pública."

Analisando as atribuições dos cargos comissionados criados pelas Leis impugnadas nesta ação, verifica-se que os cargos de Secretário Municipal, Subsecretário, Procurador-Geral, Diretor e Assessor, atendem às normas constitucionais supramencionadas, pois além de possuírem características de direção, chefia e assessoramento, exigem relação de confiança entre o



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

servidor e seu superior hierárquico.

Ressalte-se que os cargos de Diretor e Assessor, apesar de possuírem denominações variadas, como por exemplo Diretor-Geral, Diretor de Departamento, Assessor de Gabinete, Assessor Executivo, dentre outras, todos possuem atribuições que atendem às exigências previstas nas Constituições Federal e Estadual para sua criação.

Todavia, os cargos de Contador Geral, Supervisor de Recursos Humanos, Supervisor de Obrigações Sociais, Coordenador do Polo da Universidade Aberta do Brasil - UAB, Gerente de Apoio Educacional, Gerente de Ensino Fundamental, Gerente de Ensino Infantil, Gerente de Controle Contábil, Gerente de Gestão e Auditoria, Chefe de Divisão, Chefe de Setor, Coordenador do Programa de Defesa do Consumidor, Inspetor do Departamento de Infraestrutura Urbana, Inspetor do Departamento Operacional de Videomonitoramento, Inspetor do Departamento Operacional da Guarda Municipal, Coordenador do CRAS (Centro de Referência de Assistência Social), Coordenador do Bolsa Família, Coordenador do CREAS (Centro de Referência Especializado de Assistência Social), Coordenador do Centro de Convivência e Coordenador do Abrigo Provisório, foram criados em desacordo com as regras constitucionais.

Apesar das denominações dos referidos cargos indicarem, em tese, o exercício de funções de chefia, direção ou assessoramento, as atividades a eles inerentes, descritas no anexo III, da Lei Complementar nº 071/2009 e no anexo I, da Lei Complementar nº 152/2013, revelam que possuem atribuições predominantemente burocráticas e operacionais, bem como que não exigem especial vínculo de confiança com a autoridade hierarquicamente superior a autorizar a sua criação como cargos de provimento em comissão.

Com exceção do cargo de Assessor, que tem por atribuição auxiliar diretamente a autoridade nomeante em assuntos técnicos, bem como no planejamento, coordenação e controle das atividades exercidas em determinado órgão ou setor,

752
Jr



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO**

Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

os cargos de Chefe e Diretor possuem atribuições semelhantes e pressupõem que seus ocupantes tenham poder decisório, com margem de discricionariedade que lhes permita definir a forma como serão conduzidos os trabalhos de determinado órgão ou setor da Administração Pública, com a finalidade de cumprir as diretrizes políticas e administrativas estabelecidas pela autoridade hierarquicamente superior, responsável pela sua nomeação.

Evidente que não se desconhece a necessidade dos órgãos públicos terem suas respectivas chefias. Entretanto, isso não significa que todos os cargos que possuem atribuições de coordenar, fiscalizar ou supervisionar o trabalho de uma equipe, devam ser comissionados.

Com relação ao cargo de Contador Geral, verifica-se que possui as atribuições de realizar a contabilidade do Município de Itapemirim, controlar a execução orçamentária, escriturar as operações contábeis, patrimoniais e financeiras, elaborar balancetes mensais e anuais, bem como a prestação de contas do Município, atividades que não se enquadram no conceito de chefia, direção e assessoramento.

O mesmo se aplica ao cargo de Gerente de Controle Contábil, cuja a atribuição é realizar a contabilidade da Secretaria Municipal de Educação.

O Tribunal Pleno deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, no julgamento da ADI nº 100110005624, tratando especificamente da criação do cargo de Contador como sendo de provimento em comissão, decidiu, à unanimidade, pela sua inconstitucionalidade.

Eis a ementa do referido julgado:

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. CRIAÇÃO DE CARGOS COMISSIONADOS DE CONTADOR-TESOUREIRO. ATRIBUIÇÕES QUE NÃO SE AMOLDAM ÀS DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO. INVIABILIDADE. MODULAÇÃO DE EFEITOS. PEDIDO INICIAL JULGADO PROCEDENTE, estabelecendo-se, como termo inicial



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

153
CJ

dos efeitos da decisão colegiada a data do trânsito em julgado do acórdão respectivo.

1. O regramento contido no art. 32, II e V, da Constituição Estadual - que, em verdade, nada faz senão aplicar, por simetria, a normatização contida no art. 37, II e V, da CF/88 - institui, como regra, o concurso para o provimento de cargos públicos. Os cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração, por sua vez, constituem exceção a essa regra geral, ficando restritos às funções de direção, chefia e assessoramento.

2. As atribuições estabelecidas para o cargo de contador-tesoureiro, criado pelo art. 4º, caput e incisos, da Lei n.º 3.611/2009 do Município de Guaçuí, não se amoldam a esse perfil constitucional, circunstância essa que enseja a inconstitucionalidade material do dispositivo.

[...]

4. Pedido inicial julgado procedente, estabelecendo-se, como termo inicial dos efeitos da decisão colegiada a data do trânsito em julgado do acórdão respectivo."

(TJES, Classe: Direta de Inconstitucionalidade, 100110005624, Relator: RONALDO GONÇALVES DE SOUSA, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 16/02/2012, Data da Publicação no Diário: 15/03/2012)

O cargo de Supervisor de Recursos Humanos possui as atribuições de recrutar e selecionar servidores, acompanhar as etapas necessárias à realização de concurso público, manter atualizada a relação de cargos, empregos e funções, bem como a relação de postos de trabalho providos e vagos, dentre outras atividades eminentemente burocráticas.

O Supervisor de Obrigações Sociais tem como atribuição principal orientar e supervisionar a elaboração de documentos necessários para o cumprimento das exigências legais relacionadas às obrigações sociais e manter seu superior hierárquico informado a respeito do cumprimento destas obrigações.

O Coordenador do Polo da Universidade Aberta do Brasil - UAB, tem a função de colaborar com a implantação e o funcionamento do Programa



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

Universidade Aberta do Brasil, criado pelo Ministério da Educação para oferecer cursos de educação superior a distância, atuando como um intermediador entre os alunos e as instituições de ensino que ofertarão os cursos, bem como na organização e no desenvolvimento das atividades a serem realizadas, não possuindo nenhuma função de chefia, direção ou assessoramento.

Os cargos de Gerente de Apoio Educacional, Gerente de Ensino Fundamental e Gerente de Ensino Infantil, possuem as atribuições de orientar, coordenar e supervisionar a execução de planos, programas e projetos pedagógicos relacionados ao ensino municipal, atividades estas que são típicas do cargo de Pedagogo, a teor do disposto no art. 64, da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), e também não se caracterizam como funções de chefia direção ou assessoramento.

Em relação ao cargo de Gerente de Gestão e Auditoria, que integra a estrutura da Secretaria Municipal de Educação, as leis impugnadas sequer definem quais seriam as suas atribuições, fato que, por si só, demonstra sua inconstitucionalidade.

Nesse sentido:

"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."

(STF - RE: 806436 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 02/09/2014, Primeira



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO
DJe-180 DIVULG 16-09-2014 PUBLIC 17-09-2014)

Os cargos de Chefe de Divisão e Chefe de Setor, apesar da denominação, não possuem nenhuma atribuição de chefia.

Chefe é aquele que, por definição, possui autoridade sobre outros servidores, que chefia determinado órgão, departamento ou setor integrante da estrutura administrativa de uma Pessoa Jurídica, seja ela de Direito Público ou Privado.

Todavia, as atribuições dos cargos supramencionados não indicam o exercício de nenhuma autoridade sobre outros servidores, mas apenas a realização de trabalhos operacionais e burocráticos de forma individual pelo ocupante do cargo.

Dentre as atividades atribuídas aos Chefes de Divisão e Chefes de Setor estão as de receber, classificar, guardar e conservar documentos, elaborar correspondências em geral, levantar dados estatísticos, realizar a manutenção de equipamentos e programas na área de informática, prestar serviços burocráticos nas áreas de fiscalização tributária, cobrança de impostos, cobrança de dívida ativa, registro imobiliário, controle patrimonial, arquivo municipal, controle de pessoal, registro funcional de servidor, elaboração de folha de pagamento, organizar a distribuição, manutenção e conservação da frota de veículos do município, supervisionar o fornecimento de merenda escolar, organizar o cadastro de fornecedores, manter atualizado o cadastro de materiais de uso corrente, cumprir as orientações dos diretores das Secretarias Municipais em que atuam e participar do planejamento e execução das ações desenvolvidas nas áreas de educação, saúde, esporte, cultura, lazer, agricultura, meio ambiente, assistência social, obras públicas e transporte, dentre outras.

Em relação aos cargos de Inspetor do Departamento de Infraestrutura Urbana, Inspetor de Departamento Operacional de Videomonitoramento e

Handwritten signature



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO**

Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

Inspetor do Departamento Operacional da Guarda Municipal, possuem as atribuições de assegurar a realização dos serviços de responsabilidade da Diretoria a que estão subordinados, propor melhorias, dividir o trabalho dos servidores do setor e controlar os resultados pretendidos, apresentar ao superior hierárquico relatório das atividades exercidas, organizar e manter atualizados os registros das atividades do Departamento, dentre outras funções estritamente operacionais e burocráticas.

Por fim, os cargos de Coordenador do Bolsa Família, Coordenador do CRAS (Centro de Referência de Assistência Social), Coordenador do CREAS (Centro de Referência Especializado de Assistência Social), Coordenador do Centro de Convivência e Coordenador do Abrigo Provisório, tem como atividades principais executar e acompanhar o Programa Bolsa Família, desenvolver atividades de acompanhamento e orientação de famílias e indivíduos que vivem em situação de vulnerabilidade, facilitando o seu acesso aos programas sociais, promover o convívio sociofamiliar, promover a realização de atividades culturais, esportivas e recreativas, realizar atividades voltadas para a melhoria da qualidade de vida de pessoas na terceira idade e coordenar o serviço de acolhimento institucional de crianças e adolescentes em abrigos.

Destarte, comprovada a criação de cargos de provimento em comissão que não possuem atribuições de chefia, direção e assessoramento, bem como que não exigem relação de confiança entre o servidor e seu superior hierárquico, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade parcial do disposto no art. 1º §1º, §5º e anexos II e III, da Lei Complementar nº 071/2009 e dos arts. 3º, 5º, 7º, 9º, 10º, 11º e anexo I, da Lei Complementar nº 152/2003, do Município de Itapemirim, por violação ao disposto no art. 32, II e V, da Constituição Estadual e no art. 37, II e V, da Constituição Federal.

Ressalte-se que uma vez declarada a inconstitucionalidade parcial das normas



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

supramencionadas, não se pode admitir que voltem a viger as normas anteriores por elas revogadas, portadoras dos mesmos vícios, sendo cabível a declaração de inconstitucionalidade em conjunto das normas revogadas a fim de se evitar o efeito repristinatório.

Nesse sentido vem decidindo este Egrégio Tribunal Pleno, conforme verifica-se pelos seguintes precedentes:

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - TAXA DE EXPEDIENTE - MUNICÍPIO DE PINHEIROS/ES - TABELA V, ITEM i, NÚMERO 1, DA LEI MUNICIPAL Nº 714/2002 - DIREITO DE PETIÇÃO E OBTENÇÃO DE CERTIDÃO - INTERESSE PESSOAL - COBRANÇA - INCONSTITUCIONALIDADE - EFEITO REPRISTINATÓRIO - NORMA ANTERIOR COM AO MESMO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO.

[...]

5. Por derradeiro, uma vez declarada a inconstitucionalidade da norma em exame, não se pode admitir que volte a viger norma anterior portadora dos mesmos vícios, qual seja, a Tabela IV, item I, número 1, da Lei nº 714/2002 do Município de Pinheiros, o que configuraria o indesejável efeito repristinatório. 6. Representação julgada parcialmente".

(TJES, Classe: Direta de Inconstitucionalidade, 100160058739, Relator : MANOEL ALVES RABELO, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 06/04/2017, Data da Publicação no Diário: 17/04/2017)

"ACÓRDÃO EMENTA: REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL Nº 1.156/2016 - REVOGAÇÃO DA LEI MUNICIPAL N. 1.103/2015 - UTILIZAÇÃO DOS DEPÓSITOS JUDICIAIS E ADMINISTRATIVOS EM DINHEIRO - INICIATIVA DE LEI DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO - PROJETO DE LEI ORIUNDO DO PODER LEGISLATIVO - VÍCIO FORMAL - RECONHECIDO - NULIDADE IMPORTARÁ EM EFEITO REPRISTINATÓRIO INDESEJADO - DECLARAÇÃO DE NULIDADE CONJUNTA DA LEI REVOGADA - EXCEPCIONALIDADE CONFIGURADA - REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.

[...]

5. Ocorre que, a declaração de inconstitucionalidade da norma revogadora, ora impugnada, gerará efeito repristinatório em relação à norma revogada, vez que a Lei n.

155
Clem



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO**

Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

1.1013/2015 do Município de Anchieta voltará a produzir efeitos, porquanto a doutrina nos ensina que o direito pátrio adotou, como regra, a teoria das nulidades para as decisões que declaram a inconstitucionalidade da norma.

6. No entanto, o excelso Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente suspenso os efeitos das leis estaduais que reproduziram o conteúdo da Lei Complementar Federal n. 151/2015 e, via de consequência, autorizaram seus respectivos Estados a usar 70% (setenta por cento) dos depósitos judiciais e administrativos em dinheiro referentes aos processos em que são partes. A título de exemplificação, esta matéria já foi levada à apreciação da Corte Constitucional por meio das seguintes Ações Diretas de Inconstitucionalidade: ADI 5.455 (Alagoas), ADI 5.456 (Rio Grande do Sul), ADI 5.457 (Amazonas), ADI 5.458 (Goiás), ADI 5.459 (Mato Grosso do Sul), ADI 5.353 (Minas Gerais), ADI 5.365 (Paraíba), ADI 5.409 (Bahia), ADI 5.072 (Rio de Janeiro), ADI 5.099 (Paraná).

7. A despeito de cada uma das ADIs supramencionadas estarem em estágio distinto de julgamento - a depender do rito adotado pelo respectivo eminente Relator -, identifiquei o deferimento de medidas cautelares na ADI 5.353/MG (Rel. Min. Teori Zavascki), na ADI 5.365 MC/PB (Rel. Min. Luís Roberto Barroso) e ADI 5409 MC-Ref/BA (Rel. Min. Edson Fachin), sinalizando no sentido de que o e. STF tende a considerar inconstitucionais os diplomas legislativos estaduais que versem acerca dos depósitos judiciais, vez que a competência para a regulamentação de tal matéria seria da União (ADI 3458, Rel. Min. Eros Grau; DJe de 16/5/08; ADI 3125, Rel. Min. Ayres Britto; DJe de 18/6/10; e ADI 2909, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 11/6/10).

8. Verificando esta situação de incongruência da Lei revogada com a Constituição Federal e a Constituição Estadual nas suas normas de reprodução obrigatória, é cabível a declaração, em conjunto e de imediato, da Lei n. 1.103/2015 do Município de Anchieta. Assim não fosse, estaríamos diante do que a jurisprudência da Suprema Corte definiu como "efeito repristinatório indesejado", já que a norma revogada por aquela ora declarada inconstitucional também possui vícios que impedem a manutenção no ordenamento jurídico.

9. Representação de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar inconstitucional a Lei n. 1.156/2016 e, sob pena de configurar efeito repristinatório indesejado,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 1.103/2015, ambas do Município de Anchieta".

(TJES, Classe: Direta de Inconstitucionalidade, 100160040877, Relator: FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 06/03/2017, Data da Publicação no Diário: 09/03/2017)

Diante disso, também devem ser declaradas inconstitucionais, na forma pleiteada na inicial (fls. 07 e verso), as seguintes normas:

(1) art. 1º da Lei Complementar nº 016/2006; (2) arts. 3º, 4º, 5º e 6º da Lei Complementar nº 027/2006; (3) art. 5º da Lei Complementar nº 032/2007; (4) arts. 1º e 2º, II da Lei Complementar nº 035/2007; (5) art. 1º, I e III da Lei Complementar nº 037/2007; (6) art. 4º da Lei Complementar nº 044/2007; (7) art. 2º da Lei Complementar nº 049/2008; (8) art. 4º da Lei Complementar nº 058/2008; (9) art. 1º, caput e §§ 1º e 2º, 2º e 5º da Lei Complementar nº 033/2007; e (10) art. 2º da Lei Complementar nº 007/2005.

Outrossim, diante da necessidade de se resguardar as situações jurídicas que decorreram das leis impugnadas na presente ação, com relevo os direitos dos servidores ocupantes dos cargos de provimento em comissão que serão extintos em razão da declaração de inconstitucionalidade, deve ser aplicado neste caso a modulação dos efeitos deste julgado, na forma como prevê o art. 27, da Lei nº 9.868/1999, para que a declaração produza efeitos "ex nunc", após o trânsito em julgado do acórdão.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a pretensão deduzida na inicial para declarar, com efeitos "ex nunc" - a partir do trânsito em julgado, a inconstitucionalidade parcial do disposto no art. 1º §1º, §5º e anexos II e III, da Lei Complementar nº 071/2009 e dos arts. 3º, 5º, 7º, 9º, 10º, 11º e anexo I, da Lei Complementar nº 152/2003, do Município de Itapemirim, com relação à criação dos seguintes cargos de provimento em comissão:

1) Contador Geral; 2) Supervisor de

156
Clem



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Desembargador Fabio Clem de Oliveira

Recursos Humanos; 3) Supervisor de Obrigações Sociais; 4) Coordenador do Polo da Universidade Aberta do Brasil - UAB; 5) Gerente de Apoio Educacional; 6) Gerente de Ensino Fundamental; 7) Gerente de Ensino Infantil; 8) Gerente de Controle Contábil; 9) Gerente de Gestão e Auditoria; 9) Chefe de Divisão; 10) Chefe de Setor; 11) Coordenador do Programa de Defesa do Consumidor; 12) Inspetor do Departamento de Infraestrutura Urbana; 13) Inspetor do Departamento Operacional de Videomonitoramento; 14) Inspetor do Departamento Operacional da Guarda Municipal; 15) Coordenador do CRAS (Centro de Referência de Assistência Social); 16) Coordenador do Bolsa Família; 17) Coordenador do CREAS (Centro de Referência Especializado de Assistência Social); 18) Coordenador do Centro de Convivência; e 19) Coordenador do Abrigo Provisório.

Via de consequência, a fim de se evitar o indesejável efeito repristinatório, declaro a inconstitucionalidade das seguintes normas revogadas:

(1) art. 1º da Lei Complementar nº 016/2006; (2) arts. 3º, 4º, 5º e 6º da Lei Complementar nº 027/2006; (3) art. 5º da Lei Complementar nº 032/2007; (4) arts. 1º e 2º, II da Lei Complementar nº 035/2007; (5) art. 1º, I e III da Lei Complementar nº 037/2007; (6) art. 4º da Lei Complementar nº 044/2007; (7) art. 2º da Lei Complementar nº 049/2008; (8) art. 4º da Lei Complementar nº 058/2008; (9) art. 1º, caput e §§ 1º e 2º, 2º e 5º da Lei Complementar nº 033/2007; e (10) art. 2º da Lei Complementar nº 007/2005.

É como voto.

Desembargador Fabio Clem de Oliveira
Relator