



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000719228

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2161071-79.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor ASSOCIAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONCURSADOS NAS CARREIRAS UNIVERSITÁRIAS E TECNOLÓGICAS NO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE GUARULHOS, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. MÁRCIO BÁRTOLI (COM DECLARAÇÃO), LUIS SOARES DE MELLO, MOACIR PERES, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI E DÉCIO NOTARANGELI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, DÉCIO NOTARANGELI, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES E FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 1º de setembro de 2021.

EVARISTO DOS SANTOS
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADIn nº 2.161.071-79.2020.8.26.0000 – São Paulo

Voto nº **43.642**

Autor: ASSOCIAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONCURSADOS NAS CARREIRAS UNIVERSITÁRIAS E TECNOLÓGICAS NO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE GUARULHOS

Réus: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS E PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS

(Lei nº 6.065/2005)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Art. 61 da Lei Municipal nº 6.065/2005, alterando o art. 87 da Lei nº 4.213/92, reproduzido no art. 1º da Lei Municipal nº 7.652/2017, todas do Município de Guarulhos, ao modificar os requisitos de formação educacional para ocupação da função de Chefe de Seção Técnica.

Princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Violação caracterizada. Ofensa aos arts. 111 e 144 da CE. As Chefias de Seção Técnica de nível superior devem ser preenchidas por servidores com qualificação universitária específica da área, afastando-se, assim, a dicção do inciso II do art. 87 da Lei n. 4.213/92, com redação atualizada pela Lei n. 6.065/05, e do art. 1º da Lei n. 7.562/17. Ofensa, também, ao princípio da igualdade e eficiência.

Ação procedente, em parte.

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** da Associação dos Profissionais Concursados nas Carreiras Universitárias e Tecnológicas no Serviço Público Municipal de Guarulhos contra o Prefeito e o Presidente da Câmara do Município de Guarulhos tendo por objeto o **art. 61 da Lei Municipal nº 6.065/2005**, que alterou o **art. 87 da Lei nº 4.213/92**, reproduzido no **art. 1º da Lei Municipal nº 7.652/2017**, todas do Município de Guarulhos, ao modificar os requisitos de formação educacional para ocupação da função de Chefe de Seção Técnica.

Sustentou, em resumo, a inconstitucionalidade dos artigos impugnados. As mudanças ocorridas na LM 6056/2005 e 7.562/2017 violaram os princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência (art. 111 da CE). Dispositivos permitiram a pessoas sem formação adequada e não integravam carreiras, e detenham formação de nível superior na área respectiva, possam exercer a função de Chefe de Seção Técnica, permitindo-se que a escolha recaia sobre pessoa do gosto pessoal do Chefe do Poder Executivo, sem que se leve em conta a carreira do Servidor nem sua formação acadêmica. Função de confiança em área técnica deve ser usada para a finalidade a que se destina a área técnica e não para a mera ocupação de uma função. A designação de Servidores Públicos que não ocupam cargo de carreira de Nível Universitário nas áreas específicas para ocuparem a função de Chefe de Seção Técnica viola os artigos 37,

incisos I, II e V e artigo 39, caput e § 1º, todos da Constituição da República Federativa do Brasil, em uma interpretação que se fundamenta na totalidade das regras do Sistema Jurídico Constitucional que regulamentam a ocupação de funções de confiança na Administração Pública do Brasil. Violado o art. 115, incisos I, II e V da CE. Necessário dar interpretação conforme, pois, a inconstitucionalidade dos trechos dos artigos 61 da LM 6.065/2005 e 1º da LM 7.652/2017 que determinaram que o requisito de formação educacional para ocupação da função de Chefe de Seção Técnica é o Nível Médio Completo, a redação original do inciso I do artigo 97 da LM 4.213/1992 voltará a ter vigência, devido ao efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade. Daí a liminar e o reconhecimento da inconstitucionalidade (fls. 01/33).

Não concedida a liminar pretendida (fls. 1.085/1.086). Vieram as informações (fls. 1.101/1.107 e 1.113/1.119 – com documentos – fls. 1.120/1.352). Opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 1.356/1.362). Em sessão anterior o I. Des. **MARCIO BARTOLI** apresentou divergência seguida de pedidos de vista dos I. Des. **FERRAZ DE ARRUDA** e **RICARDO ANAFE** quando retirei o feito de pauta.

É o relatório.

2. Procedente, em parte, a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** da Associação dos Profissionais Concursados nas Carreiras Universitárias e Tecnológicas no Serviço Público Municipal de Guarulhos contra o Prefeito e o Presidente da Câmara do Município de Guarulhos tendo por objeto o **art. 61 da Lei Municipal nº 6.065/2005**, que alterou o **art. 87 da Lei nº 4.213/92**, reproduzido no **art. 1º da Lei Municipal nº 7.652/2017**, todas do Município de Guarulhos, ao modificar os requisitos de formação educacional para ocupação da função de Chefe de Seção Técnica.

Assim dispõem os dispositivos impugnados:

(a) Art. 61 da Lei Municipal nº 6.065/2005

"Art. 61. O artigo 87 da Lei nº 4.213, de 1992, passa a vigor com a seguinte redação:

'Artigo 87. As unidades que vierem a constituir o detalhamento da estrutura básica serão dirigidas por ocupantes de função de confiança de direção ou chefia, designados por ato do Prefeito, escolhidos entre os servidores pertencentes aos quadros da Municipalidade, preenchidos os seguintes requisitos:

I - para Chefe de Divisão Técnica: exigência de habilitação de nível universitário;

II - para Chefe de Seção Técnica: exigência de conclusão de nível médio;

III - para Chefe de Divisão Administrativa: exigência de conclusão de nível médio;

IV - para Chefe de Seção Administrativa: exigência de conclusão de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nível médio;

V - para Encarregado de Setor: exigência de conclusão do ensino fundamental.

Parágrafo único. Para o exercício dos cargos com exigência de formação universitária deverá ser apresentada cópia do diploma ou na falta deste admitir-se-á, em caráter provisório, a apresentação de certidão ou certificado de conclusão da graduação.' (NR)" (grifei).

(b) Art. 1º da Lei Municipal nº 7.652/2017

"Art. 1º Ficam instituídas as retribuições pecuniárias para o exercício de chefia de divisões técnicas, divisões administrativas, seções técnicas e seções administrativas da Administração Direta do Município de Guarulhos, cujos valores e requisitos de provimento constam do quadro abaixo:"

<i>Função de Chefia</i>	<i>Referência Salarial</i>	<i>Requisito de Provimento</i>
<i>Chefe de Divisão Técnica</i>	<i>R\$ 7.942,70</i>	<i>Nível Superior Completo</i>
<i>Chefe de Divisão Administrativa</i>	<i>R\$ 7.564,48</i>	<i>Nível Médio Completo</i>
<i>Chefe de Seção Técnica</i>	<i>R\$ 5.252,83</i>	<i>Nível Médio Completo</i>
<i>Chefe de Seção Administrativa</i>	<i>R\$ 3.899,09</i>	<i>Nível Médio Completo</i>

Alegou, em síntese, a inadmissibilidade de se utilizar como requisito para provimento nos cargos de chefia o nível médio completo, quando o correto seria o **nível universitário correspondente a área de atuação da chefia**, violando o art. 115, incisos I, II e V da CE.

Admite-se a nomeação tão somente de servidores com cargos efetivos para as questionadas **funções de confiança**, destinadas a atribuições de direção, **chefia** e assessoramento, nos termos da Constituição – **art. 37, V, da CF** e **art. 115, V, da CE**, e expressamente dispõem o **art. 61 da Lei nº 6.065/2005** e o **art. 87 da Lei nº 4.213/1995**, ambas do Município de Guarulhos.

Como, em apertadíssima síntese, ressaltou o I. Des. **MÁRCIO BARTOLI**, calcado na lição de **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**, ao admitir "... que as funções gratificadas (ou de confiança, do dizer da Constituição) são reservadas exclusivamente aos servidores ocupantes de cargo efetivo, ainda que sejam lotados em órgão diverso" (grifos no original), e tendo a chefia em questão como subalterna, ponderou ser descabida a pretensão inicial, quando a escolha pelo nível médio decorreu da autonomia política, legislativa e administrativa do Município, após democrática discussão no âmbito legislativo. Lembrando a advertência do Min. **LUÍS ROBERTO BARROSO** no sentido de que, no emprego de princípios constitucionais,

não se substitua o subjetivismo do Legislativo pelo do Judiciário, firmou caber àquele, no controle de constitucionalidade, somente atuar como legislador negativo e não como legislador positivo (aresto do Min. **MOREIRA ALVES**). Daí **concluir**, em interpretação conforme à Constituição aos dispositivos questionados, ser possível "... permitir tão-somente o exercício da função de confiança de Chefe de Seção Técnica por servidores efetivos cujas competências tenham correlação com as atribuições de chefia previstas para a referida função." (grifei).

Como posto pela D. Procuradoria:

"O art. 115, V, da Constituição Estadual, que repete o art. 37, V, da Constituição Federal, ao disciplinar as funções de confiança e os cargos de provimento em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira, teve o escopo de conferir uma profissionalização da administração pública. A Constituição faz, porém, uma distinção entre cargos e funções, embora os dois conceitos estejam vinculados ao desenvolvimento de atividades de direção, chefia e assessoramento."

"De qualquer maneira, a direção da estrutura administrativa permanente deve ser entregue a profissionais especializados, com formação específica e experiência comprovada, oriundos da própria administração e escolhidos com base no princípio do mérito profissional."

"Deve haver correlação entre as atribuições técnicas e gerenciais vinculadas às competências do servidor efetivo, além da natureza da atividade de direção, chefia e assessoramento."

"A estreita relação entre as atividades dos cargos efetivos e das funções de confiança conduz, por critério de razoabilidade, à seguinte conclusão: as Chefias de Seção Técnica de nível superior devem ser preenchidas por servidores com qualificação universitária específica da área, afastando-se, assim, a dicção do inciso II do art. 87 da Lei n. 4.213/92, com redação atualizada pela Lei n. 6.065/05, e do art. 1º da Lei n. 7.562/17."

"Isso porque as funções acrescidas ao 'Chefe de Seção Técnica' de nível universitário – como é o caso daqueles que encabeçam as áreas de assistência social, medicina, engenharia, arquitetura, fisioterapia e jornalismo, por exemplo – pressupõem que o seu ocupante tenha, ao menos, a qualificação profissional exigida para os cargos efetivos incumbidos das atribuições técnico-profissionais que passará a chefiar."

"Nos termos do Anexo I da Lei n. 7.562/2.017, compete à Chefia de Seção Técnica: 'subsidiar o superior hierárquico na elaboração do planejamento orçamentário-financeiro'; 'prestar informações ao superior imediato que o possibilite na emissão de pareceres técnicos em processos administrativos alusivos à unidade'; 'orientar a execução das atividades da seção de acordo com as normas, princípios e critérios estabelecidos'; 'coordenar equipes e recursos, planificar e organizar meios voltados à realização de objetivos organizacionais'; 'atuar no gerenciamento e direcionamento de ações que atendam objetivos e projetos da unidade'; 'fornecer informações para tomada de decisões alinhadas com as diretrizes e objetivos das unidades municipais onde atuam'; 'responsabilizar-se pela

elaboração e coordenação da programação de trabalho para sua unidade'; 'atentar para desempenhos e resultados, orientando e contribuindo para o desenvolvimento contínuo da equipe de trabalho de sua unidade'; 'desenvolver estudos e análises referentes aos processos e atividades de sua unidade'; 'agregar conhecimentos e informações necessários ao desenvolvimento profissional da equipe de sua unidade e atuar, quando couber, no treinamento de sua equipe de trabalho'; 'participar de reuniões, colaborando e subsidiando com dados técnicos e informações de sua unidade'; 'realizar outras atividades relacionadas, quando solicitado pelo chefe imediato' (grifos acrescentados)."

"O servidor desprovido de qualificação de nível superior na área de atuação é incapaz de desempenhar adequadamente as tarefas acima transcritas se a unidade administrativa a ser chefiada for de nível universitário, pois o conhecimento teórico é ferramenta imprescindível ao seu exercício."

"A conclusão ora alcançada não transita pela obrigatoriedade de nível superior para o exercício de função de confiança e o preenchimento de cargo em comissão, mas, pela adequação da habilitação profissional de nível superior com as exigências técnicas das atribuições do 'Chefe de Seção Técnica'. É dizer, examina-se a questão sob o aspecto das funções a serem cumpridas e não sob o óptica do provimento."

"Os dispositivos normativos impugnados ofendem os princípios de razoabilidade e proporcionalidade que devem nortear a Administração Pública e a atividade legislativa e que têm assento no art. 111 da Constituição do Estado, aplicável, como já se disse, aos Municípios em virtude do teor do art. 144 da mesma Carta."

"Considerando que a instituição de função de confiança no quadro de pessoal visa à profissionalização da administração pública, é adequado que o servidor exercente de determinada função tenha qualificação profissional compatível com o plexo de atribuições acoplado por ocasião do seu exercício."

"Milita contra a eficiência e profissionalização administrativa, partidárias da prestação do serviço público com padrão de qualidade, a inexigência de qualificação universitária específica da área para o exercício da função de 'Chefe de Seção Técnica' de nível universitário." (grifei – fls. 1.356/1.362).

Se, por um lado, a norma questionada é resultado de opção do ente federativo que se deu em consonância com a autonomia política, legislativa e administrativa asseguradas pelas Constituições Estadual e Federal aos municípios, da mesma origem e com igual peso, preceitos implantaram o controle de constitucionalidade dessas normas pelo Poder Judiciário (art. 97 c.c. art. 102, I, "a" da CF e art. 74, VI, c.c. art. 90 da CE).

Em resumo, sujeitam-se os atos legislativos ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Daí, em tese, perfeitamente possível a presente demanda.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Possível, de outra parte, invocar princípios constitucionais como o da razoabilidade e da proporcionalidade no controle de constitucionalidade.

Relevante citar a evolução dessa aplicação na lição de **LUÍS ROBERTO BARROSO**:

"Como visto, a razoabilidade surge, nos Estados Unidos, como um princípio constitucional que servia de parâmetro para o judicial review (controle de constitucionalidade). Na Alemanha, ao revés, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se no âmbito do direito administrativo, funcionando como limitador à discricionariedade administrativa. É natural que lá não tenha surgido como um princípio constitucional de controle da legislação. É que até a segunda metade do século XX, como visto, vigorava na Europa continental a ideia de que a soberania popular se exercia por via da supremacia do Parlamento, sendo o poder do legislador juridicamente ilimitado. Como consequência, não era possível conceber o princípio da proporcionalidade como fundamento de controle judicial da atuação do Parlamento, mas apenas dos atos administrativos. Somente após a Lei Fundamental de 1949 esse quadro se alterou."

*"A partir de então, a ideia de proporcionalidade passou a ter fundamento constitucional, colhido no princípio do Estado de direito, convertendo-se o princípio da reserva legal em princípio da reserva de lei proporcional. Na Alemanha, a exemplo dos Estados Unidos, subjacente ao princípio da proporcionalidade, estava a ideia de uma **relação racional entre os meios e os fins, tanto na sua aplicação à esfera legislativa quanto na administrativa.**" ("Curso de Direito Constitucional contemporâneo" – Editora Saraiva – 2013 – 4ª Ed. – p. 278/279).*

E acrescenta:

"Não cabe ao Judiciário impor a realização das melhores políticas, em sua própria visão, mas tão somente o bloqueio de opções que sejam manifestamente incompatíveis com a ordem constitucional" (op. cit – p. 283).

DALTON SANTOS MORAIS, aludindo à obra acima, assim se manifestou a propósito:

*"Além da inconstitucionalidade decorrente de violação a dispositivos constitucionais expressos, outro vício material de inconstitucionalidade que preocupa sobremaneira a doutrina constitucionalista atual recai sobre o **excesso de poder legislativo, violador do princípio constitucional implícito da proporcionalidade/razoabilidade.**"*

(...)

*"A proporcionalidade e a razoabilidade são princípios que não estão expressos na Constituição, mas são valiosos instrumentos de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público por permitirem o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por **funcionar como a medida***

com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para melhor realização do fim constitucional nela embutido."

(...)

"O autor [Luis Roberto Barroso] enumera as máximas segundo as quais se permite que o princípio da razoabilidade fundamente a invalidade de atos contrários à Constituição: 1) quando não se tenha adequação entre a norma e o caso concreto; 2) a medida não seja necessária, havendo outra que irá trazer menos prejuízo e terá mesmo resultado; 3) quando não haja proporcionalidade em sentido estrito, tendo com a utilização da medida proporções maiores de perda do que de ganhos quando se chegar ao fim." ("Controle de Constitucionalidade" – 2010 – Ed. JusPodvim – p. 71/72).

RODOLFO LUIS VIGO tece comentários sobre o posicionamento majoritário da doutrina jurídica contemporânea frente aos princípios gerais do direito:

"... acreditamos finalmente que o núcleo mais numeroso de juristas se inclina na atualidade a uma posição mais eclética, enquanto admitem a existência dos PGD [princípios gerais do direito] indicados no direito positivo e também outros princípios que se encontram fora deste, ou seja, que sintetizam e harmonizam as contribuições dos positivistas e dos metapositivistas; assim, por exemplo, assinalemos Federico de Castro y Bravo, Recaséns Siches, Castán Tobeñas, Legaz y Lacambra, Rivacoba y Rivacoba, Fernández Galiano, Mans Puigarnau, Gardella, Goldschmidt, Reale, Mouchet, Zorraquín Becú, Marienhoff, Borda, Linares etc." ("Interpretação jurídica – Do modelo juspositivista-legalista do séc. XIX às nossas perspectivas" – Editora RT - 2ª Ed. – 2010 – p. 127).

E reflete:

"Quanto à caracterização que fez o positivismo normativista do direito, pode-se dizer que já há várias décadas entrou em crise; talvez falte um modelo substituto que seja suficientemente desenvolvido e aceito. De qualquer modo, pelo lado da doutrina, insistiu-se desde distintas vertentes com propostas de hermenêutica jurídica que superam a identificação do direito com a lei e suas consequências – a capacidade de resposta antecipada e completa do legislador, a ideia de que a função interpretativa é neutra ante os valores e sujeita a um silogismo formal estrito, ou que o intérprete é fiel à norma legal ou a seu criador. Exemplifiquemos aquelas propostas superadoras com a nova retórica de Perelman, a jurisprudência de princípios de Esser, a arte dialética de Villey, a tópica de Viehweg, o logos do humano de Recaséns Siches, a teoria da controvérsia de Giuliani, a hermenêutica existencial de Gadamer, a argumentação juridicamente razoável de Kriele, o tópico da hermenêutica de Müller, entre outros pensadores. E é indubitável que nessa prédica atual contra o modelo interpretativo da dogmática, os princípios gerais do direito têm um papel importante a cumprir." (grifei – op. cit. – p. 139).

A inclusão de princípios explícitos e implícitos (não escritos) à



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Constituição no "**bloco de constitucionalidade**" é admitida seguramente no **Colendo Supremo Tribunal Federal**:

"... existindo disposição explícita, cumpre à Corte Excelsa aferir a constitucionalidade de um ato jurídico à luz das normas e dos princípios escritos na constituição. Mas não havendo disposição expressa, resta ao Judiciário enfrentar o tema da constitucionalidade numa perspectiva constitucional global, porque não são apenas as normas e princípios escritos nas constituições que servem de parâmetro para verificar a compatibilidade vertical das leis e dos atos normativos perante a Lex Mater de 1988, mas também os princípios implícitos" (ADIn nº 595/ES, Rel. Min. **CELSO DE MELLO**, j. em 18.02.02; DJ de 26.02.02 p. 21; ADIn nº 1.129/PA - Rel. Min. **CELSO DE MELLO**, j. em 28.02.02, DJ de 07.03.02, p.7; ADIn nº 1.510/SC 0 Rel. Min. **CELSO DE MELLO**, j. em 28.02.02, DJ de 07.03.02, p. 10 e ADIn nº 905/DF - Rel. Min. **CELSO DE MELLO**, j. em 07.02.02, DJ de 13.03.02 - *in* - "Curso de Direito Constitucional" - 14ª Ed - 2021 - **UADI LAMMÊGO BULOS** - Cap. 5, p. 184).

Quanto à possibilidade de reconhecer inconstitucionalidades invocando princípios constitucionais, como os acima referidos, já se pronunciou, reiteradas vezes, o **Eg. Supremo Tribunal Federal** (ADI 5542 ED - julgado em 16.06.20 - DJe de 03.07.20 - Tribunal Pleno - Rel. Min. **ROBERTO BARROSO**; ADI 2667 - Tribunal Pleno - julgado em 05.10.20 - DJe de 16.10.20 - Rel. Min. **CELSO DE MELLO**; ADI nº 3.145/DF - Dje de 25.10.19 - Rel. Min. **LUIZ FUX**; ADI nº 4.125/TO - Dje de 10.06.10 - Rel. Min. **CÁRMEN LÚCIA**; ADI nº 6.031/DF - Dje de 15.04.20 - Rel. Min. **CÁRMEN LÚCIA**; ADI nº 2.667/DF - Dje de 10.06.20 - Rel. Min. **CELSO DE MELLO**; RE nº 266.994/SP - Dje de 21.05.04 - Rel. Min. **MAURÍCIO CORRÊA**; RE nº 1.249.715/SP - Dje de 04.11.20 - Rel. Min. **GILMAR MENDES**, dentre inúmeros outros arestos no mesmo sentido).

No âmbito dessa Augusta Corte, a orientação é a de estar autorizado o Judiciário a julgar a constitucionalidade de uma lei mediante critérios de razoabilidade e proporcionalidade, para aferir o cumprimento da finalidade constitucional vinculada latente (ADIn nº 2195399-35.2020.8.26.0000 - v.u. j. de 05.05.21 - Rel. Des. **FERREIRA RODRIGUES** e ADIn nº 2.070.913-75.2020.8.26.0000 - por expressiva maioria de votos - Declaração de voto vencedor de minha lavra - j. de 18.08.21, dentre inúmeros outros arestos).

Mas também outros princípios constitucionais relativos à Administração Pública se prestam a tanto, como também firme a orientação desse C. Órgão Especial (ADIn nº 2195357-83.2020.8.26.0000 - v.u. j. de 07.04.21 - Rel. Des. **RENATO SARTORELLI** e ADIn nº 2195182-89.2020.8.26.0000 - v.u. j. de 05.05.21 - Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI** dentre outros arestos no mesmo sentido).

Diante de todas essas considerações, após longa ponderação diante dos princípios constitucionais invocados, cuidadoso exame das normas legais invocada,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pretensões efetuadas e fundamentos invocados pelas divergências, em rápida síntese, **não** se afigurou, **igualitário, razoável ou eficaz** em manifesta afronta ao interesse público que animou a criação dessas funções comissionadas, atribuir a chefia de Seção Técnica a quem não tenha a escolaridade exigidas dos servidores que irá chefiar.

Observe-se que Seções Técnicas se espalham por toda a estrutura da Prefeitura, desde o Gabinete do Prefeito (Anexo I da Estrutura das Unidades de Execução da Chefia de Gabinete da Lei n 7.550/17 – fl. 295) passando por todas as Secretarias (Anexo II), Estruturas das Unidades de Execução das Coordenadorias Municipais (Anexo III), até a Controladoria Geral do Município (Anexo IV do mesmo diploma legal – fl. 347),

De outra banda, no Quadro de Servidores Públicos da Prefeitura de Guarulhos inúmeros os Cargos de Nível Superior (art. 179 da Lei nº 7.550/17 - fls. 138/139) e de Empregos Público de Nível Superior (art. 209 da lei 7.550/17 - fls. 229/230) que exercem suas atividades nas mais variadas Seções Técnicas da estrutura da Prefeitura.

Ora, inadmissível que um Chefe de Seção Técnica da área da saúde, por exemplo, possa exercer tal função sem possuir a formação universitária exigida aos médicos que lá prestam serviços (curso superior completo em Medicina – § 2º do art. 247, Lei 7.550/17 - fl. 195). Da mesma forma se um Chefe de Seção Técnica de engenharia ou jornalismo não possuir diploma de nível superior nas respectivas áreas em que prestam serviços engenheiros civis (curso superior completo de Engenharia Civil - parág. único do art. 232, Lei 7.550/17 - fl. 178) ou jornalistas (curso superior completo em Comunicação Social ou de Jornalismo - parág. Único do art. 246 da Lei 7.550/17 - fl. 194).

As funções de chefia pressupõem, no mínimo, que o servidor a ocupar o cargo **tenha a mesma escolaridade** exigida a seus subalternos. E assim deve ser quanto a qualquer Chefe das Seções Técnicas que contem com servidores que, para o exercício de seus cargos, seja exigido curso superior completo.

E essa exigência se impõe do cotejo entre o grau de escolaridade aqui questionado e as funções atribuídas aos chefes. Necessária **equivalência**, inclusive por imposição do princípio de **eficácia** da administração.

Assim não fosse, difícil ou quase impossível exigir ao chefe de uma referida Seção Técnicas, (e, de igual modo, a cada um de todas as outras seções nessas condições –, com qualificação superior ou universitária), o cumprimento de **função expressamente** a eles atribuída pelo Anexo III, item X tanto da Lei nº 7.550. de 19.04.17 quanto da 7.562, de 29.05.17:

"X. agregar conhecimentos e informações necessários ao desenvolvimento profissional da equipe de sua unidade e atuar, quando couber, no treinamento de sua equipe de trabalho" - fl. 416 ou 1.267).

Identifica-se uma **razoável** correlação entre as **atribuições** previstas para a função de confiança (em especial a acima identificada) e o equivalente curso superior exigido pela lei ao servidor público efetivo que na seção irá prestar serviços.

Perfeitamente razoável exigir do chefe, ao qual se impõem conhecimentos, informações, condições de efetivamente desenvolver profissionalmente a equipe a ele subalterna ou ainda ter a capacidade de a treinar, o mesmo curso superior dos servidores que compõe essa equipe.

Como o chefe pode fornecer conhecimentos e informações e acompanhar o desenvolvimento profissional de sua equipe ou mesmo treiná-la, se, por mais capaz e inteligente que seja, não tiver o nível universitário exigido para os componentes da equipe que a ele cabe esses encargos? Como discutir ou exigir procedimentos próprios à função de engenheiro, médico, arquiteto, enfermeiro, jornalista, ou qualquer outro titular de curso superior exatamente na área de atuação da Seção Técnica que irá chefiar?

Confiram-se precedentes deste **C. Órgão Especial** na linha do que aqui se propõe:

*"E justamente por isso, o constituinte federal estabeleceu que **funções de confiança** devem ser preenchidas por **funcionários efetivos**, enquanto os cargos comissionados também devem ser ocupados pelos de carreira em percentual mínimo estabelecido em lei (artigos 37, inciso V, da CF/88 e 115, inciso V, da CE). A ideia é atingir o máximo de profissionalização possível com funcionários de carreira, selecionados em concurso de provas e títulos, atingindo-se nível de excelência e eficiência com o cada vez mais apertado orçamento público."*

*"Em razão de todo o exposto, conclui-se que: a-) não é possível a criação de cargos comissionados sem a previsão de suas atribuições no próprio corpo da lei com clareza, **bem como, de escolaridade compatível com a exigência de assessoramento de alto nível, não reservada para pessoas com formação apenas na Educação Básica (fundamental e médio); b-) para atribuições de baixa complexidade e de menor nível de escolaridade, não cabe designação em comissão ou função de confiança.**" (grifei – ADIn nº 2.176.592-98.2019.8.26.0000 – v.u. j. de 24.06.20 – Rel. Des. JACOB VALENTE).*

Se para o servidor se exige curso superior em determinada área, a quem o irá chefiar cabível idêntica qualificação. Haverá melhor desempenho no serviço público em questão se chefe e chefiados apresentarem igual grau de conhecimento teórico e prático. Melhor será travado o diálogo entre eles, facilitando o cumprimento da atribuição imposta ao chefe, aprimorando o desempenho do serviço público (princípio da igualdade, princípio da razoabilidade ou proporcionalidade e princípio da eficácia).

Caracterizada afronta aos **arts. 111, 115, incisos I, II e V e 144 da Constituição Estadual**, necessária declaração de nulidade parcial da norma sem redução do texto (ADIn nº 2.121.255-32.2016.8.26.0000 - v.u. j. de 07.12.16 - Rel. Des.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

FERREIRA RODRIGUES).

Nesse sentido ensina **DALTON SANTOS MORAIS**:

*"... com a finalidade de preservar a constitucionalidade de dada disposição legal sem a redução do seu texto, a **decisão estiver relacionada à necessidade de exclusão de interpretações do ato normativo impugnado que não tenham fundamento constitucional, deve-se utilizar a declaração de nulidade sem redução do texto** para a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de tais hipóteses de incidência do ato normativo sob julgamento, sem que se produza qualquer alteração expressa no seu texto legal."* (grifei - "Controle de Constitucionalidade" - Ed. Podivm - 2010 - p. 293).

E ainda, **GILMAR FERREIRA MENDES** e **PAULO GUSTAVO GONET BRANCO**:

"... enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal." (grifei - "Curso de Direito Constitucional" - 13ª ed. - Ed. Saraiva - 2018 - p. 1.462).

De forma semelhante prelecionam **GEORGES ABOUD** ("Processo Constitucional Brasileiro" - Ed. Revista dos Tribunais - 2020 - p. 662) e **INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIERO** ("Curso de Direito Constitucional" - Ed. Saraiva - 2020 - p. 1.327).

Em síntese: fixando os diplomas impugnados a **escolaridade** para chefias de natureza técnica - *conclusão de nível médio ou nível médio completo* - **ainda que se trate de Chefias Técnica de nível superior**, compostas, portanto, por profissionais com essa qualificação, como assistentes sociais, médicos, engenheiros, arquitetos, fisioterapeutas, enfermeiros e jornalistas, por exemplo, **não** se afigura **razoável**, à luz dos preceitos constitucionais já acima mencionados, *data maxima venia*, subsistam essas normas quando dessas últimas chefias - Chefias de Seções Técnicas de nível superior - se trate, **justifica-se** a exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas **hipóteses de aplicação** do programa normativo, **sem** que ocorra alteração expressa do texto legal.

E assim se procede, **não** para reduzir a validade dos dispositivos, que restam com plena força normativa, mas, tão somente para afastar **o âmbito de suas aplicações** - **não incidência**, pela inconstitucionalidade apontada -, nas hipóteses de Seções Técnicas de nível superior.

Restringe-se, portanto, a aplicação da lei como posta, apenas os casos de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

chefias em Seções Técnicas que não sejam de nível superior.

Entenda-se por Chefia Técnica de nível superior a Chefia Técnica em que seus servidores devem comprovar curso superior completo na especialidade exigida pela lei. Consequentemente, por simples decorrência dessa circunstância, aos respectivos chefes, para o exercício dessa função comissionada, é exigida igual escolaridade que a de seus chefiados.

A questão é muito semelhante aos casos em que a determinação legislativa, de iniciativa parlamentar, atingia, por exemplo, todos os estabelecimentos de ensino de determinado município, e o Órgão Especial, para salvaguardar a constitucionalidade do preceito, excluía de sua incidência, as escolas estaduais e federais (razoabilidade no atendimento ao princípio da separação de poderes). Assim, inúmeras vezes, decidiu esse **C. Órgão Especial**.

Destarte, é caso de se reconhecer, **em parte, a inconstitucionalidade** do **inciso II do art. 87 da Lei nº 4.213/92**, com redação atualizada pela **Lei nº 6.065/05**, e do **art. 1º da Lei nº 7.562/17**, ambas do Município de Guarulhos, por afronta aos **arts. 115, incisos I, II e V e 144 da Constituição Estadual, sem redução de texto**, para que os preceitos acima referidos não se apliquem às Chefias de Seção Técnica, em que seus servidores devam comprovar nível superior, nos termos da lei, sendo preenchidas por servidores com qualificação universitária específica da área.

3. Julgo procedente, em parte, a ação.

EVARISTO DOS SANTOS
Relator
(assinado eletronicamente)



DECLARAÇÃO DE VOTO

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº
2161071-79.2020.8.26.0000

São Paulo

Requerente: Associação dos Profissionais
Concursados nas Carreiras Universitárias e
Tecnológicas no Serviço Público Municipal de
Guarulhos

43.246

1. Adotado o relatório constante do voto do E.
Relator, ousou divergir da posição de Sua Excelência.

Em seu voto, o E. Desembargador Evaristo dos
Santos reconhece, “**em parte, a inconstitucionalidade do inciso II**



do art. 87 da Lei nº 4.213/92, com redação atualizada pela Lei nº 6.065/05, e do art. 1º da Lei nº 7.562/17, ambas do Município de Guarulhos, por afronta aos arts. 115, incisos I, II e V e 144 da Constituição Estadual, sem redução de texto, para que os preceitos acima referidos não se apliquem às Chefias de Seção Técnica, em que seus servidores devam comprovar nível superior, nos termos da lei, sendo preenchidas por servidores com qualificação universitária específica da área.”

2. Inicialmente, com todo respeito ao entendimento diverso, considero que não cabe ao Poder Judiciário definir, sem que haja qualquer contrariedade à Constituição Estadual, **o nível de escolaridade de servidor público compatível com as necessidades internas do Poder Executivo Municipal de Guarulhos**. Trata-se de escolha política efetivada por lei, cujo projeto foi devidamente deflagrado pelo Prefeito Municipal e aprovado legítima e democraticamente pela Câmara. Logo, ousou divergir da conclusão do E. Relator no sentido de que *“se para o servidor se exige curso superior em determinada área, a quem o irá chefiar cabível idêntica qualificação”*, por entender, reitero, que se cuida de uma avaliação **política**, pautada pela realidade local.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não vejo autorização constitucional dada a este Órgão Especial para atuar como **legislador positivo** e, a pretexto de interpretar as normas questionadas na ação direta, modificar seu texto e exigir, nas hipóteses delineadas no voto do E. Relator, que as Chefias de Seção Técnica sejam preenchidas por servidores com qualificação **universitária**, se o legislador previu expressa e claramente a exigência de **nível médio**. Consoante se demonstrará neste voto, proponho restringir a abrangência do método de controle conforme à Constituição, em respeito à autonomia legislativa, política e administrativa do Município.

A requerente da ação direta é uma associação que defende os profissionais concursados nas **carreiras universitárias** e tecnológicas no serviço público municipal de Guarulhos. O seu inconformismo com a opção política que prevaleceu no Parlamento local e a contrariedade de tal opção aos seus interesses estatutários não podem ser confundidos com inconstitucionalidade.

Apesar de ter participado do julgamento dos precedentes citados pelo E. Relator, observo que vários deles se relacionavam também a cargos de provimento **em comissão** com



atribuições meramente operacionais, burocráticas ou técnicas, o que motivou a minha posição convergente naquelas ocasiões. De toda sorte, convém promover o debate neste Órgão Especial em relação ao método de controle de constitucionalidade da *interpretação conforme* e aos limites do Poder Judiciário na sua utilização, quando se trata de requisitos legais para o exercício de funções de confiança, fixados por critérios políticos.

3. Registradas essas ponderações iniciais, reputo importante lembrar que os dispositivos legais atacados na inicial disciplinam **funções de confiança**, com incumbências a serem desempenhadas sempre por servidores com cargos efetivos, consoante preconizado pelos próprios artigos 61 da Lei nº 6.065/2005 e 87 da Lei nº 4213/1992, ambas do Município de Guarulhos.

A propósito, o artigo 115, V, da Constituição Estadual reproduz o quanto previsto no artigo 37, V, da Constituição Federal e disciplina as funções de confiança, nos seguintes termos: *“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).

José dos Santos Carvalho Filho leciona acerca dessa espécie de função: “*Cargo público é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente. A função pública é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos. Nesse sentido, fala-se em função de apoio, função de direção, função técnica. No sistema funcional, determinadas funções são suscetíveis de remuneração. É muito confusa a nomenclatura referente a tais situações. Em geral, emprega-se a expressão função gratificada, que, na verdade, indica uma gratificação de função, ou seja, uma função especial, fora da rotina administrativa e normalmente de caráter técnico ou de direção, cujo exercício depende da confiança da autoridade superior. Em virtude da especificidade da atribuição, o servidor percebe um plus em acréscimo a seu vencimento. Trata-se, pois, de vantagem*



pecuniária. A Constituição, no art. 37, V, utilizou a expressão 'funções de confiança', que, na verdade, é marcada por evidente imprecisão. A análise do dispositivo demonstra que se pretendeu aludir às já mencionadas funções gratificadas. A expressão é vaga e inexata porque existem várias outras funções de confiança atribuídas a situações funcionais diversas, como é o caso das relacionadas a cargos em comissão. A confusão se completa com a expressão 'funções comissionadas', usada às vezes para indicar cargos em comissão. A falta de uniformidade impera nesse aspecto. Vale a pena registrar, desde logo, que cargos em comissão podem ser ocupados por pessoas que não pertencem aos quadros funcionais da Administração, ao passo que as funções gratificadas (ou de confiança, no dizer da Constituição) são reservadas exclusivamente aos servidores ocupantes de cargo efetivo, ainda que sejam lotados em órgão diverso. A exigência consta do já citado art. 37, V, da CF. Todo cargo tem função, porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha a predeterminação das tarefas do servidor. Mas nem toda função pressupõe a existência do cargo. O titular do cargo se

caracteriza como servidor público estatutário.”¹

Conquanto não se possa exigir, de acordo com a sobredita doutrina de **José dos Santos Carvalho Filho**, reserva da função de confiança exclusivamente a servidores efetivos lotados no mesmo órgão, é indubitável a necessidade de que haja uma **correlação entre as atribuições previstas para a função de confiança e as competências do servidor efetivo que a executa**, conforme reconhecido pela doutrina e em precedente deste Órgão Especial². Confira-se a lição doutrinária:

“Essa característica de adição ou acoplamento às atribuições de natureza técnica do cargo efetivo só tem realmente consistência se as atribuições do cargo efetivo do servidor mantiverem correlação com as atribuições de direção, chefia e assessoramento de unidade administrativa cujas competências incluam as atividades próprias do cargo efetivo. Não havendo essa estreita correlação entre as competências da unidade organizacional, as atribuições do cargo efetivo, e as atribuições de direção, chefia e assessoramento, estaremos diante

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011. Pgs. 566-567. [edição digital]

² TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2060417-84.2020.8.26.0000; Relator (a): Márcio Bartoli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 07/10/2020; Data de Registro: 08/10/2020



*de um conjunto de atribuições distintas que constituem, de fato, outro cargo. O conceito de função, portanto, é inconcebível sem a correlação entre as atribuições técnicas e gerenciais vinculadas às competências de uma unidade organizacional. Essa correlação permite que a experiência adquirida ao longo da vida funcional de um servidor, no exercício de suas atribuições em atividades técnicas, se constitua em elemento relevante, para que possa se habilitar para o exercício de uma função gerencial. Nessa perspectiva, a função gerencial torna-se um prolongamento, por acoplamento, da atividade técnica.*³

4. No caso dos autos, a função de confiança a que se referem os dispositivos legais em debate possui evidente **caráter de chefia subalterna** (chefia de seção), conferindo a seus exercentes as seguintes atribuições: *“subsidiar o superior hierárquico na elaboração do planejamento orçamentário-financeiro; prestar informações ao superior imediato que o possibilite na emissão de pareceres técnicos em processos administrativos alusivos à unidade; orientar a execução das atividades da seção de acordo com as normas, princípios e critérios estabelecidos;*

³ GRAEF, Aldino. Cargos em comissão e funções de confiança: diferenças conceituais e práticas. Revista de Políticas Públicas e Gestão Governamental Vol. 7 – No 2 Jul/Dez 2008. Acesso em: <https://drive.google.com/file/d/0BxnWe4FQdTbST2FwcHB1bDhPcFU/edit> - visita em 5 de março de 2021, grifado.



coordenar equipes e recursos, planificar e organizar meios voltados à realização de objetivos organizacionais; atuar no gerenciamento e direcionamento de ações que atendam objetivos e projetos da unidade; fornecer informações para tomada de decisões alinhadas com as diretrizes e objetivos das unidades municipais onde atuam; responsabilizar-se pela elaboração e coordenação da programação de trabalho para sua unidade; atentar para desempenhos e resultados, orientando e contribuindo para o desenvolvimento contínuo da equipe de trabalho de sua unidade; desenvolver estudos e análises referentes aos processos e atividades de sua unidade; agregar conhecimentos e informações necessários ao desenvolvimento profissional da equipe de sua unidade e atuar, quando couber, no treinamento de sua equipe de trabalho; participar de reuniões, colaborando e subsidiando com dados técnicos e informações de sua unidade; e realizar outras atividades relacionadas, quando solicitado pelo chefe imediato (cf. fls. 1267).

Percebe-se que as funções previstas (i) ostentam natureza de chefia subalterna e (ii) estão nitidamente correlacionadas com as atividades técnicas e de coordenação das respectivas unidades e cargos efetivos que os compõem, na



Prefeitura de Guarulhos.

No entanto, a requerente trouxe aos autos elementos indicativos de que as normas questionadas têm servido de base para que a função de Chefe de Seção Técnica seja desempenhada por servidores de **fora das áreas de atuação** da respectiva seção técnica.

Pela leitura das leis guarulhenses em questão, reconhece-se que seus textos realmente dão margem a essa interpretação, que colide nitidamente com a natureza constitucional da função de confiança disposta no artigo 115, V, da Constituição do Estado.

Por tais fundamentos, impõe-se a adoção da interpretação conforme à Constituição para que se defina como válido tão-somente o exercício da função de confiança de Chefe de Seção Técnica por servidores efetivos cujas competências tenham correlação com as atribuições de chefia previstas em lei para a função de confiança.

Nessa hipótese, o método de controle - ou a técnica de interpretação - conforme à Constituição é plenamente aplicável, visto que se confrontou o Poder Judiciário com a



interpretação de normas **plurívocas**.

Veja-se, nesse tocante, a doutrina de **Gilmar Mendes**: “Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador.** A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada intenção do legislador, ou evita investigá-la, se **a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto.** Muitas vezes, porém, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir. Como todo tipo de linguagem, os textos normativos normalmente padecem de certa **indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações.** Assim, é possível entender, como o faz Rui Medeiros, que 'a problemática dos limites da interpretação conforme à Constituição está indissociavelmente ligada ao tema dos limites



da interpretação em geral'. A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto. O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de self-restraint ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei⁴.

5. Aqui, portanto, se chega à fronteira constitucional da competência do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade. Isso porque os artigos 61 da Lei nº 6065/2005, 1º da Lei Municipal nº 7.652/2017 e 87, *caput* e inciso I, da Lei nº 4.213/1992, definiram que **a escolaridade exigida para o exercente da Chefia de Seção Técnica é o nível médio.**

Essa opção feita pelo ente federativo se deu em consonância com a autonomia **política**, **legislativa** e

⁴ Mendes, Gilmar Ferreira; Gonet Branco, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional** – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 1521, grifado.



administrativa⁵ assegurada pelas Constituições Estadual e Federal aos municípios.

E não prospera, de acordo com a presente divergência, a tese de que o estabelecimento do nível médio como requisito legal e a atribuição da chefia a quem não possua a escolaridade exigida dos subordinados, tenham manifestamente violado a razoabilidade, impessoalidade, moralidade ou eficiência.

Nada nos autos sinaliza a finalidade de favorecimentos pessoais com a edição da lei. Tampouco se pode afirmar que a redução do grau de escolaridade, por si, colide com a probidade na administração. Não é incomum que servidores públicos exercentes de certo posto administrativo por muitos anos, ainda que não possuidores de nível universitário, estejam habilitados e possuam a experiência necessária para exercer a função de chefia com seriedade, probidade, eficiência, comprometimento e cuidado com o interesse público. Por outro lado, a depender das particularidades de um determinado órgão da

⁵ 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-organizam por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição”



administração deste ou de outro ente federativo, é possível que se chegue à conclusão, **política**, de que formação universitária específica é imprescindível ao bom desempenho das atividades de chefia, direção ou assessoramento.

De qualquer forma, **eventual opinião pessoal do julgador a respeito do grau de qualificação mais apropriado para a função administrativa de confiança** não é suficiente para afastar a escolha, **política**, do nível de escolaridade estabelecido em lei para a chefia subalterna em questão. Se essa opção foi exercida dentre aquelas possíveis e legítimas, não comporta intervenção do Poder Judiciário.

6. No que concerne à razoabilidade, costumeiramente aduzida no âmbito do controle de constitucionalidade, vale lembrar que o princípio também se encontra previsto no artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo (*“Artigo 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, interesse público e eficiência”*).

Na lição de **Luís Roberto Barroso**: “O



princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada; e (ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão. (...) Ao produzir normas jurídicas, o Estado normalmente atuará em face de circunstâncias concretas, e se destinará à realização de determinados fins a serem atingidos pelo emprego de dados meios. Assim, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disto, hão de se levar também em conta os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre tais elementos. Como foi mencionado, na tentativa de dar mais substância ao princípio, a doutrina alemã o decompôs em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Estes são os



*elementos da razoabilidade do ato, por vezes referida como razoabilidade interna, que diz respeito à **existência de uma relação racional e proporcional entre os motivos, meios e fins a ele subjacentes**. Inclui-se aí a razoabilidade técnica da medida. (...) Além da adequação entre o meio empregado e o fim perseguido – isto é, a idoneidade da medida para produzir o resultado visado –, a ideia de razoabilidade compõem-se ainda de mais dois elementos. De um lado, a necessidade ou exigibilidade da medida, que impõe verificar a inexistência de meios menos gravoso para a consecução dos fins visados. Sendo possível conter certo dano ambiental por meio da instalação de um filtro próprio numa fábrica, será ilegítimo, por irrazoável, interditar o estabelecimento e paralisar a produção, esvaziando a liberdade econômica do agente. Nesse caso, a razoabilidade se expressa através do princípio da vedação do excesso. Por fim, a razoabilidade deve embutir, ainda, a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, consistente na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima. Se o Poder Público, por exemplo, eletrificar certo monumento de modo a que um adolescente sofra uma descarga elétrica que o incapacite ou*

mate quando for pichá-lo, a absoluta falta de proporcionalidade entre o bem jurídico protegido – o patrimônio público – e o bem jurídico sacrificado – a vida – torna inválida a providência. O princípio da proporcionalidade é utilizado, também, com frequência, como instrumento de ponderação entre valores constitucionais contrapostos, aí incluídas as colisões de direitos fundamentais e as colisões entre estes e interesses coletivos. (...) Em resumo, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha”⁶.

No caso em julgamento, os Vereadores de Guarulhos e o Chefe do Poder Executivo, ao iniciar o projeto de lei e aplicar os vetos que entendeu cabíveis, debateram o conteúdo da nova exigência e assim decidiram modificar a lei,

⁶ *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* – São Paulo: Saraiva, 2009, págs. 255/261 – destacado.



democraticamente, por meio do devido processo legislativo. Presume-se que foram, então, analisadas e discutidas as **necessidades internas do próprio funcionamento da administração.**

De mais a mais, nada concreto nos autos indica a inadequação entre a necessidade, **política**, da nova exigência de escolaridade e o fim buscado por ela, no contexto da reestruturação administrativa efetuada no âmbito local. Reitera-se que não há espaço para o Judiciário intervir, - sem competência para tanto e sem, obviamente, conhecer as demandas, peculiaridades e a estrutura internas do Poder Executivo local -, para apontar que a administração ou o interesse público primário sairão perdendo com tal escolha política. Essa conclusão excede os limites do controle judicial abstrato de constitucionalidade.

Sem que haja incompatibilidade, na forma ou no conteúdo, com normas constitucionais, não é papel do Judiciário interferir na administração do Município para dizer qual o nível de escolaridade mais eficiente para a função específica de Chefe de Seção Técnica, menos ainda por meio de *interpretação conforme à Constituição*, que, se aplicada nesse particular, representará



verdadeira modificação do texto legal.

Com efeito, pela simples leitura dos textos legais, percebe-se que as normas possuem redação clara, de sentido unívoco: “***exigência de conclusão de nível médio***” para a função de confiança Chefe de Seção Técnica.

Não se vislumbra, portanto, qualquer possibilidade de aplicação das técnicas de interpretação conforme à Constituição ou de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, eis que tal controle é possível apenas dentro dos limites da expressão literal do texto e destinado a casos diversos, já avaliados neste voto.

Restando unívocos e determinados os textos legais impugnados **quanto ao requisito de escolaridade**, é inviável o manejo dessas técnicas decisórias, sob pena de se ultrapassar o limite da interpretação judicial, alterando-se o significado e corrigindo-se texto legal democraticamente editado, sem máculas formais ou materiais, em clara usurpação, pelo Poder Judiciário, da atividade legislativa.

A propósito, já decidiu o **Supremo Tribunal Federal** acerca da vedação à atuação da Corte Constitucional



como legislador positivo, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade:

*“Ação direta de inconstitucionalidade. Medida Liminar. Argüição de inconstitucionalidade da expressão "um terço" do inciso I e do inciso II do § 2º, do § 3º e do § 4º do artigo 47 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, ou quando não, do artigo 47, incisos I, III, V e VI, exceto suas alíneas "a" e "b" de seu § 1º, em suas partes marcadas em negrito, bem como dos incisos e parágrafos do artigo 19 da Instrução nº 35 - CLASSE 12ª - DISTRITO FEDERAL, aprovada pela Resolução nº 20.106/98 do TSE que reproduziram os da citada Lei 9.504/97 atacados. - Em se tratando de instrução do TSE que se limita a reproduzir dispositivos da Lei 9.504/97 também impugnados, a argüição relativa a essa instrução se situa apenas mediatamente no âmbito da constitucionalidade, razão por que não se conhece da presente ação nesse ponto. - **Quanto ao primeiro pedido alternativo sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.504/97 impugnados, a declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade***



jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo. - No tocante ao segundo pedido alternativo, não se podendo, nesta ação, examinar a constitucionalidade, ou não, do sistema de distribuição de honorários com base no critério da proporcionalidade para a propaganda eleitoral de todos os mandatos eletivos ou de apenas alguns deles, há impossibilidade jurídica de se examinar, sob qualquer ângulo que seja ligado a esse critério, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados nesse pedido alternativo. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.” (ADI 1822, Relator(a): MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/1998, DJ 10-12-1999 PP-00003 EMENT VOL-01975-01 PP-00068 RTJ VOL-00172-02 PP-00425, grifado).

E este colegiado já assentou reiteradamente que **é inadmissível a substituição do subjetivismo dos representantes eleitos pelo povo pelo subjetivismo do Poder Judiciário**, nos seguintes termos do voto do **E. Desembargador Luiz Ambra**: “(...) **em se tratando de ato político, com base no discricionarismo da pública administração, a rigor não**



admitiria contrasteamento pelo 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**'⁷.*

Se os diversos argumentos, ponderações e defesas de cunho político constantes da inicial, oferecida pela

Associação dos Profissionais Concursados nas Carreiras

⁷ ADIN nº 2003606-17.2014.8.26.0000 (Suzano), grifado. Nesse sentido, ver também: Agravos Regimentais nºs 2004618-66.2014.8.26.0000/50001 (São Sebastião); 2013380-71.2014.8.26.0000/50000 (Salto); e 2006115-18.2014.8.26.0000/50001 (Araras).



Universitárias de Guarulhos, não prevaleceram nas fases de discussão, aprovação e sanção da lei, em debate parlamentar e democrático sobre o grau de escolaridade exigido para a função de confiança em apreço, não é o Poder Judiciário que deve substituir a vontade popular representada na opção feita pelos Vereadores e Prefeito Municipal.

7. Ante o exposto, por este voto, julga-se parcialmente procedente o pedido, para que seja dada interpretação conforme à Constituição ao inciso II do artigo 87 da Lei nº 4.213/92, com redação atualizada pela Lei nº 6.065/05, e ao artigo 1º da Lei nº 7.562/17, todas do Município de Guarulhos, com o propósito de permitir tão-somente o exercício da função de confiança de Chefe de Seção Técnica por servidores efetivos cujas competências tenham correlação com as atribuições de chefia previstas para a referida função.

Márcio Bartoli



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	13	Acórdãos Eletrônicos	GETULIO EVARISTO DOS SANTOS NETO	16C12BB8
14	38	Declarações de Votos	MARCIO ORLANDO BARTOLI	16C13EA5

Para conferir o original acesse o site:
<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 2161071-79.2020.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.