



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO HORTÊNCIO/RS. LEI MUNICIPAL Nº 1.795/2022. CARGOS EM COMISSÃO. ATRIBUIÇÕES NÃO RELACIONADAS COM AS DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO PREVISTAS CONSTITUCIONALMENTE. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO.**

1. Cargos em comissão em descompasso com os ditames constitucionais. Violação aos artigos 20, "caput" e § 4º, e 32, "caput", ambos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul; e do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

2. Reconhecimento da inconstitucionalidade material de parte do artigo 19 e Anexo II da Lei Municipal nº 1.795/2022, que "Remunera, acrescenta artigos e consolida o Plano de Carreira dos Servidores Municipais de São José do Hortêncio, bem como o respectivo Quadro de Cargos e dá outras providências",

3. Atribuições fora das hipóteses de direção, chefia ou assessoramento, únicas exceções constitucionalmente previstas para criação de cargos nessa modalidade. Atividades técnicas, operacionais e burocráticas, as quais não exigem especial confiança para seu desempenho.

4. Modulação dos efeitos para postergar a eficácia da decisão.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.**

AÇÃO DIRETA DE ÓRGÃO ESPECIAL  
INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

PROPONENTE

CAMARA DE VEREADORES DE SAO JOSE DO HORTENCIO

REQUERIDO



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

MUNICIPIO DE SAO JOSE DO  
HORTENCIO

REQUERIDO

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

INTERESSADO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, com modulação de efeitos de 180 dias a contar da publicação do acórdão, vencido em parte o Desembargador André Luiz Planella Villarinho, que votava pela modulação de efeitos a contar da sessão de julgamento, e vencidos em parte os Desembargadores Rogério Gesta Leal, Heleno Tregnago Saraiva e Marcelo Lemos Dornelles, que julgavam procedente a ação sem modulação de efeitos.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. ALBERTO DELGADO NETO (PRESIDENTE), DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA, DES. JORGE LUÍS DALL'AGNOL, DES. NELSON ANTONIO MONTEIRO PACHECO, DES. JORGE ALBERTO SCHREINER PESTANA, DES.ª LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO, DES. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO, DES. ROGÉRIO GESTA LEAL, DES.ª FABIANNE BRETON BAISCH, DES.ª VANDERLEI TERESINHA TREMEIA KUBIAK, DES. LEONEL PIRES OHLWEILER, DES.ª LIZETE ANDREIS SEBEN, DES. ANTONIO VINICIUS AMARO DA SILVEIRA, DES. HELENO TREGNAGO SARAIVA, DES.ª LUSMARY FATIMA TURELLY DA SILVA, DES. NIWTON CARPES DA SILVA, DES.ª DEBORAH COLETO ASSUMPÇÃO DE MORAES, DES.ª VIVIAN CRISTINA ANGONESE SPENGLER, DES.ª MARIA DE LOURDES**



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

**GALVÃO BRACCINI DE GONZALEZ, DES. LUCIANO ANDRÉ LOSEKANN, DES. ROBERTO CARVALHO FRAGA, DES. LUIS GUSTAVO PEDROSO LACERDA, DES. GUSTAVO ALBERTO GASTAL DIEFENTHÄLER E DES. MARCELO LEMOS DORNELLES.**

Porto Alegre, 16 de agosto de 2024.

**DES. NEY WIEDEMANN NETO,**

**Relator.**

## **RELATÓRIO**

### **DES. NEY WIEDEMANN NETO (RELATOR)**

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade parcial do artigo 19 e do Anexo II da Lei nº 1.795, de 11 de janeiro de 2022, que *“Remunera, acrescenta artigos e consolida o Plano de Carreira dos Servidores Municipais de São José do Hortêncio, bem como o respectivo Quadro de Cargos e dá outras providências”*, do Município de São José do Hortêncio, especificamente em relação aos cargos em comissão de *Assessor Administrativo e de Assessor de Planejamento*.

Em breves razões, sustenta que as atribuições dos cargos em comissão de assessor administrativo e de assessor de planejamento não correspondem a funções de direção, chefia ou assessoramento, o que demonstra a inconstitucionalidade material dos cargos criados, por estarem em claro descompasso com os requisitos constitucionais pertinentes, como se infere da redação dos artigos 20, *“caput”* e § 4º, e 32, *“caput”*, ambos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, e do artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal, aplicáveis aos Municípios



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

por força do artigo 8º, “*caput*”, da Carta Gaúcha. Acosta jurisprudência. Pugna pela procedência da ação.

Recebida a petição inicial. Ausente pedido liminar – fls. 144/145.

O Procurador-Geral do Estado ofereceu a defesa da norma, nos termos do artigo 95, § 4º, da Constituição Estadual, pugnando pela sua manutenção no ordenamento jurídico, forte no princípio da presunção de constitucionalidade das leis – fls. 174/175.

Notificado, o Prefeito Municipal de São José do Hortêncio apresentou informações às fls. 178/180. Afirmou que, de fato, há irregularidades nas atribuições dos cargos objetos da presente ADI; no entanto, não há motivos para declaração de inconstitucionalidade de tais cargos, pois encaminhou o Projeto de Lei nº 71/2023 para adequação dos cargos, requerendo seja a presente ação suspensa e, em caso de indeferimento deste pleito, julgada improcedente, diante da presunção de constitucionalidade das leis.

A Câmara de Vereadores de São José do Hortêncio deixou transcorrer “*in albis*” o prazo para manifestação – certidão de fl. 185.

A Exma. Desembargadora Laura Louzada Jaccottet, então Relatora desta ação, determinou o encaminhamento dos autos ao Ministério Público para manifestação a respeito da superveniência da Lei Municipal nº 1.945/2023, considerando ser ônus do autor da ação a apresentação de eventual pedido de aditamento, caso considere subsistir a inconstitucionalidade na norma que promoveu a alteração ou revogação – fls. 204/209.

O Ministério Público apresentou parecer no sentido de ser determinado o aditamento da petição inicial – fls. 227/237.

Determinada a intimação do Procurador-Geral de Justiça (fls. 248/249), sobreveio o parecer de fls. 260/266, em que requerida, em aditamento à petição inicial, a procedência integral da ação.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

Vieram-me conclusos os autos por redistribuição.

É o relatório.

## VOTOS

**DES. NEY WIEDEMANN NETO (RELATOR)**

Eminentes Colegas.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade cujo escopo é a declaração de inconstitucionalidade do artigo 19 e Anexo II da Lei Municipal nº 1.795/2022, transcritos a seguir:

***“LEI MUNICIPAL Nº 1.795, DE 11/01/2022.***

*REMUNERA, ACRESCENTA ARTIGOS, E CONSOLIDA O PLANO DE CARREIRA DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE SÃO JOSÉ DO HORTÊNCIO, BEM COMO O RESPECTIVO QUADRO DE CARGOS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.*

*(...)*

***Art. 19. É o seguinte o quadro dos cargos em comissão e funções gratificadas da administração centralizada do Executivo Municipal:***

<i>Nº de Cargos ou Funções Gratificadas</i>	<i>Denominação</i>	<i>CC/FG (Padrão)</i>
<i>04</i>	<i>Assessor Administrativo</i>	<i>01</i>
<i>03</i>	<i>Assessor de Planejamento</i>	<i>04</i>
<i>(...)</i>	<i>(...)</i>	<i>(...)</i>



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

**ANEXO II**

**CARGO: ASSESSOR ADMINISTRATIVO PADRÃO:  
CC-01/FG-01**

**ATRIBUIÇÕES**

*a) Descrição sintética: Prestar assessoramento administrativo para as secretarias municipais; realizar trabalhos no campo da Administração Pública;*

*b) Descrição analítica: assessorar na execução de trabalhos de apoio às secretarias de acordo com a orientação do superior hierárquico, reunir informações necessárias para decisões superiores na área administrativa, propor ações para o aperfeiçoamento do serviço público; guiar veículos do Município quando habilitado e solicitado pelo seu superior hierárquico; executar tarefas afins.*

**Condições de Trabalho:**

*a) Geral: Carga horária semanal de 40 horas.*

**Requisitos para provimento:**

*a) Idade: Mínima de 18;*

*b) Instrução: Ensino Médio Completo*

**CARGO: ASSESSOR DE PLANEJAMENTO**

**PADRÃO: CC-04/FG-4**

**ATRIBUIÇÕES:**

*a) Descrição Sintética: Prestar assessoramento administrativo a dirigentes de órgãos municipais; realizar estudos no campo da Administração Pública;*

*b) Descrição Analítica: Elaborar pareceres fundamentados na legislação ou em pesquisas efetuadas; exarar despachos, interlocutórios ou não, de acordo com a orientação do superior hierárquico; revisar atos e informações antes de*





@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

*submetêlos à apreciação das autoridades superiores; reunir as informações que se fizerem necessárias para decisões importantes na órbita administrativa; estudar a legislação referente ao órgão de trabalho ou de interesse para o mesmo propondo as modificações necessárias; propor a realização de medidas relativas à boa administração de pessoal e de outros aspectos dos serviços públicos; efetuar pesquisas para o aperfeiçoamento dos serviços; supervisionar serviços administrativos em repartições técnicas; guiar veículos do Município quando habilitado e solicitado pelo seu superior hierárquico; executar tarefas afins.*

**Condições de Trabalho:**

a) Geral: Carga horária semanal de 40 horas.

**Requisitos para provimento:**

a) Idade: Mínima de 18;

b) Instrução: Ensino Médio Completo.”.

Pois bem.

Inicialmente, de ser asseverado que, não obstante a edição posterior da Lei nº 1.945/2023, a qual, em análise perfunctória, acarretou em alteração das atribuições dos cargos em comissão de Assessor Administrativo e Assessor de Planejamento (objeto da presente ADI), em verdade se verifica, no cotejo entre as leis, que está-se diante de “*falsa revogação*”, conforme bem apontado pela Ilustre Procuradora-Geral de Justiça, em Exercício, Dra. Josiane Superti Brasil Camejo, pois não houve modificação substancial no conteúdo dos dispositivos impugnados, ou seja, das atribuições dos cargos em comissão inquinados de inconstitucionais.

Para evitar-se desnecessária e fastidiosa tautologia, transcreve-se excerto do parecer:



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

*“... Note-se que, em relação ao cargo em comissão de Assessor Administrativo, houve o mero acréscimo de atribuição genérica e imprecisa (assessorar a tomada de decisões superiores na área administrativa municipal), além da supressão da atribuição de guiar veículos do Município quando habilitado e solicitado pelo seu superior hierárquico, medidas que não têm o condão de adequar as atribuições do cargo em questão às restritas e excepcionais hipóteses constitucionalmente delimitadas para o provimento em comissão.*

*Por sua vez, a descrição das atribuições do cargo de Assessor de Planejamento, a partir da novel redação dada pela Lei Municipal nº 1.945/2023, não difere substancialmente daquelas questionadas quando da propositura do feito. Em verdade, houve apenas ajustes pontuais e insignificantes no texto (a- antes se afirmava incumbir ao cargo exarar despachos, interlocutórios ou não, de acordo com a orientação do superior hierárquico, ao passo que, agora, consta, apenas, exarar despachos; b- antes se afirmava incumbir ao cargo reunir as informações que se fizerem necessárias para decisões importantes na órbita administrativa, sendo que atualmente consta a função de reunir informações que se fizerem necessárias para decisões na órbita administrativa; c- antes se afirmava incumbir ao cargo efetuar pesquisas para o aperfeiçoamento dos serviços enquanto, atualmente, consta a atribuição de efetuar pesquisas para o aperfeiçoamento dos serviços públicos municipais, propondo melhorias), bem como a supressão da atribuição de guiar veículos do Município quando habilitado e solicitado pelo seu superior hierárquico. Quer dizer, essencialmente, as atribuições são as mesmas, apenas com acréscimos de detalhes supérfluos acerca da atuação funcional.”.*

Passo à análise do mérito “*causae*”.





@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

O exame do artigo 19 e anexo II da Lei Municipal nº 1.795/2022, do Município de São José do Hortêncio/RS, permite a inarredável conclusão de que o regramento ofende os artigos 8º, “*caput*”; 20, “*caput*” e § 4º; e 32, “*caput*”, todos da Constituição Estadual; e artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal.

Em consonância com o previsto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, os cargos em comissão são de livre nomeação e livre exoneração pelo administrador, “*in verbis*”:

*“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

*(...)*

*II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”. (grifou-se)*

No mesmo sentido, a Constituição Estadual:

*“Art. 20. A investidura em cargo ou emprego público assim como a admissão de empregados na administração indireta e empresas subsidiárias dependerão de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargos de provimento em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração.*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

(...)

**§ 4.º Os cargos em comissão destinam-se à transmissão das diretrizes políticas para a execução administrativa e ao assessoramento. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 12, de 14/12/95) (grifou-se)**

*Art. 32. Os cargos em comissão, criados por lei em número e com remuneração certos e com atribuições definidas de direção, chefia ou assessoramento, são de livre nomeação e exoneração, observados os requisitos gerais de provimento em cargos estaduais. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 12, de 14/12/95)".*

Veja-se que é de suma importância a adequada interpretação desses dispositivos legais para se evitar uma exegese que desague em inconstitucionalidade. A Carta Magna não deixa ao livre arbítrio do legislador infraconstitucional a instituição de cargos comissionados; de modo diverso, estabelece limite balizador referente às atribuições de: a) direção, b) chefia, e c) assessoramento. Destarte, é materialmente inconstitucional criar cargo em comissão que não se encaixe em uma dessas medidas.

Veja-se que a função de direção está intimamente ligada à administração de projetos e trabalhos. A autoridade nomeante passa ao diretor a função de coordenar e gerir um empreendimento.

Já a chefia, comumente confundida com a direção, está intimamente ligada à gestão de pessoas. Aqui, o titular do cargo não terá a incumbência de coordenar um projeto, mas sim de coordenar as pessoas envolvidas. A autoridade nomeante é a chefia mediata, ao passo que o titular de cargo em comissão é a chefia imediata, com a possibilidade de contato pessoal e diário com seus subordinados,



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

transmitindo as diretrizes da chefia mediata. Acrescento, por oportuno, que não é toda e qualquer função de chefia que precisa ser desempenhada por comissionado, mas somente as indispensáveis à Administração Superior de cada esfera estatal.

O assessoramento, por sua vez, é técnico e exige habilidade em área de conhecimento específico. A autoridade nomeante tem esse profissional à sua disposição para lhe prestar auxílio em áreas que o administrador desconhece. Nesse aspecto é exigido nível de escolaridade compatível.

A atribuição de “**cargo de confiança**” exige um cuidado maior na escolha do seu titular, uma vez que, diferentemente dos cargos efetivos ou das funções comissionadas, o cargo em comissão traz para o seio da Administração Pública indivíduo que não participou de certame para o seu ingresso, não foi avaliado através de concurso de provas ou de provas e títulos. A avaliação da adequação da pessoa para assumir cargo em comissão é feita quase sempre por um único gestor público, de acordo com seus parâmetros pessoais. De forma diametralmente oposta, o servidor efetivo foi escolhido através de critérios objetivos, privilegiando o princípio da impessoalidade.

Assim sendo, o cargo em comissão é situação excepcional e precária, e não a regra na Administração Pública. Embora o ordenamento jurídico não estabeleça referenciais numéricos, é patente que a vontade do constituinte era de atribuir caráter de exceção quando se reporta ao fato de que os cargos em comento “*destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento*”.

Os cargos em comissão demandam um nível de confiança também excepcional. É evidente que confiabilidade é característica



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

exigida de todos os agentes públicos. O que pretendo dizer é que o cargo comissionado exige que seu titular esteja na órbita da extrema confiança do administrador público que lhe promove a nomeação. Acrescento que confiança não se confunde com afeição pessoal. Portanto, são somente cargos cujas funções requeiram autonomia do administrador para nomear e exonerar livremente quando vínculo de confiança for quebrado, ou quando a atuação do servidor não lhe for mais conveniente por qualquer motivo.

Embora o administrador tenha a liberdade discricionária para nomeação, o deve fazer nos limites impostos pela lei. Já a lei tem a função de criar os cargos em comissão e estabelecer suas atribuições e requisitos, que deverão ser observados pela autoridade nomeante.

Por sua vez, a lei não pode ser arbitrária, devendo obedecer aos limites impostos na Constituição Federal, conforme entende o Supremo Tribunal Federal:

*“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AUSÊNCIA DE ENQUADRAMENTO NO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. Estando o acórdão proferido pelo Tribunal de origem em consonância com a Constituição Federal, descabe determinar o processamento do extraordinário. A criação de cargos em comissão tem como limite o exercício das funções de direção, chefia e assessoramento, nos termos do artigo 37, inciso V, da Carta da República. (...) (ARE 1048406 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 17/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-285 DIVULG 11-12-2017 PUBLIC 12-12-2017)”. (grifou-se).*

*“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

*DE LEI. CRIAÇÃO DE CARGO COMISSIONADO SEM CARÁTER DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA OU DIREÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULAS 279 E 280/STF. “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, Rel. Min. Joaquim Barbosa). (...) (RE 820442 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 28/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 20-11-2014 PUBLIC 21-11-2014)”. (grifou-se)*

O Pretório Excelso, em sede de repercussão geral, no que se refere aos requisitos para a criação de cargos em comissão, reafirmando sua jurisprudência, fixou a seguinte tese:

*“a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;*

*b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;*

*c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e*

*d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.*

*(RE 1041210 RG, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 27/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 21-05-2019 PUBLIC 22-05-2019)”.*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

No caso em comento, percebe-se que não são atividades de assessoramento, chefia ou direção propriamente ditas, ou seja, funções estratégicas para a Administração Pública. Outrossim, verifica-se que as atribuições dos cargos ora em análise possuem cunho burocrático, voltadas a questões administrativas, além de organização administrativa, próprias de cargos criados para servidores efetivos.

Aqui, não há necessidade de vínculo de confiança qualificada entre a autoridade nomeante e o agente escolhido para a função, característica essa inerente aos cargos em comissão.

Repise-se, atribuir cargo de confiança a funções permanentes e meramente burocráticas são uma violação nítida à ordem constitucional, que é o que ocorre no dispositivo legal impugnado, com o intuito de ludibriar a exigência de concurso público. Portanto, a declaração de inconstitucionalidade material dos dispositivos legais impugnados é medida que se faz necessária, ante a violação aos artigos 20, *caput* e §4º, e 32, *caput*, ambos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul; e do artigo 37, inciso II e V, da Constituição Federal; e do princípio da impessoalidade.

Nesse sentido é o entendimento de longa data deste Órgão. A título exemplificativo, colaciona-se as seguintes ementas:

*“EMENTA: CONSTITUCIONAL. CARGO EM COMISSÃO. INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS. TEMA 1.010, STF. PARTES DO ARTIGO 190 E DO ANEXO ÚNICO, LEI Nº 415/05, MUNICÍPIO DE LINHA NOVA. O Estado de Direito apresenta como princípio fundamental o respeito à igualdade, traduzindo, naquilo que diz respeito aos cargos públicos, na sua livre acessibilidade, o que está posto, com todas as*





@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

*letras, no artigo 20, Constituição Estadual de 1989, em simetria com o que dispõe a Constituição Federal e seu artigo 37, II. Por isso, regra é o provimento dos cargos públicos mediante concurso público, abrindo-se exceção apenas nas hipóteses que a Constituição Estadual, artigo 32, declina em caráter *numerus clausus*, na esteira do que dispõe o artigo 37, V, da Carta Federal, afigurando-se **inconstitucional a criação do cargo em comissão de Secretário Municipal da Câmara de Vereadores, pela Lei Municipal nº 415/05, do Município de Linha Nova, sem que corresponda, a efetiva hipótese de direção, chefia ou assessoramento, na esteira da definição traçada no Tema 1.010, STF, o que enseja arbitrária geração de cargos não correspondentes aos ditames constitucionais, desvaliosa, de resto, a nomenclatura não correspondente à realidade. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.**" (Direta de Inconstitucionalidade, Nº 70085526382, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em: 13-05-2022) (grifou-se)*

*"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE CHARQUEADAS. LEI MUNICIPAL Nº 2.945/17. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. CARGOS CUJAS ATRIBUIÇÕES NÃO COADUNAM COM A DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO. VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE VERIFICADA. A investidura em cargo público, de regra, dá-se pela prévia aprovação em concurso público, ressalvada a possibilidade de nomeações para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, destinados a atribuições de direção, chefia e assessoramento. Conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.041.210: a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

*burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir. Situação dos autos em que os cargos de Assessores Administrativos, Assessores de Unidade e Assessores Executivos instituídos pela lei municipal padecem de vício de inconstitucionalidade por se constituírem em atividades meramente burocráticas, não envolvendo atribuições de chefia, direção ou assessoramento, tampouco a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado. Inconstitucionalidade da norma municipal verificada por ofensa à Constituição Estadual e Federal, com diferimento de seus efeitos. JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.”. (Direta de Inconstitucionalidade, Nº 70084842442, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, julgado em: 11-06-2021) (grifou-se)*

*“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL Nº. 4.584, de 13.02.2017 DO MUNICÍPIO DE VIAMÃO. CARGO EM COMISSÃO DESTINADO AO DESEMPENHO DE ATIVIDADES TÉCNICAS E BUROCRÁTICAS. ATRIBUIÇÕES NÃO RELACIONADAS COM AS DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO. AUSÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES DE ALGUNS CARGOS. AFRONTA AOS ARTIGOS 8º, CAPUT, 20, CAPUT, E § 4º, E 32, CAPUT, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL C/C ARTIGO 37, INCISOS II E V DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Verificada a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei Municipal n. 4.584/2017 na criação*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

*de cargos com provimento por comissão, cujas atribuições permitem concluir que são destinados ao desempenho de funções técnicas e burocráticas. CARGO DE ASSESSOR JURÍDICO DO GABINETE DO PREFEITO. Entendimento desse Órgão Especial de que as atribuições do cargo são compatíveis aos cargos em comissão, por serem de direção, chefia e assessoramento. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. UNÂNIME.”. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70076460302, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, julgado em 11/06/2018) (grifou-se)*

Por oportuno, acredito ser pertinente a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, nos moldes do artigo 27 da Lei nº 9.868/99:

*“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”.*

Tendo em conta os reflexos que a declaração de inconstitucionalidade terá na esfera patrimonial dos nomeados, assim como o impacto no serviço público do município de São José do Hortêncio, entendo adequada a modulação dos efeitos desta decisão para que os produza a partir de 180 (cento e oitenta) dias, contados da publicação deste acórdão.

Diante do exposto, julgo **procedente** a ação direta de inconstitucionalidade, para declarar inconstitucional parte do artigo 19 e



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

Anexo II da Lei Municipal nº 1.795/2022, do Município de São José do Hortêncio/RS.

Por fim, adoto o entendimento deste Órgão Especial, em diferir a eficácia da presente decisão por **180 (cento e oitenta) dias**, a contar da sua publicação, a fim de permitir a manutenção da prestação do serviço.

#### DES. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO

Vênia ao eminente Relator, divirjo em parte do voto-condutor.

O eminente Relator está, uma vez julgada procedente a ADI, modulando os seus efeitos *“por 180 (cento e oitenta) dias, a contar da sua publicação, a fim de permitir a manutenção da prestação do serviço”*.

Sabido que a modulação de efeitos em sede de ADI é a exceção, não a regra. No caso, data vênia, postergar por 06 meses a “validade” de uma norma manifestamente inconstitucional como a ora declarada não deve prevalecer, porque já reconhecido que além da previsão genérica das atividades dos cargos (mérito da ADI, ao qual adiro), as atividades são de cunho burocrático, não afetando, por conseguinte, a entrega esperada da máquina pública municipal.

Por outro lado, embora não seja possível asseverar, com a certeza necessária, se os quatro assessores administrativos e os três assessores de planejamento foram nomeados/empossados, não há como ignorar que, considerando a data da norma questionada, que remonta a janeiro de 2022, é possível que tal tenha ocorrido. Assim, a não modulação acabaria por gerar um novo problema, consistente nos efeitos dos valores percebidos pelos assessores até a atualidade.

Assim, ainda que em caráter de exceção, mas com base em critérios de razoabilidade e proporcionalidade atrelados ao caso concreto, **divirjo em parte** do eminente Relator para determinar que a



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

declaração de inconstitucionalidade opere efeitos a contar desta sessão de julgamento.

### DES. ROGÉRIO GESTA LEAL

Eminentes Colegas, peço vênia para divergir parcialmente do voto do Ilustrado Relator neste feito, pelas razões que passo a declinar.

O douto Relator propõe a procedência da presente ação direta de inconstitucionalidade para os efeitos de declarar inconstitucional parte do artigo 19, Anexo II, da Lei Municipal nº 1.795/2022, do Município de São José do Hortêncio/RS, pelo fato de que tal normativa estaria por atribuir cargo de confiança a funções permanentes e meramente burocráticas, o que configura violação à ordem constitucional com o intuito de ludibriar a exigência de concurso público, no que concordo enquanto mérito.

Divirjo, todavia, sobre a modulação dos efeitos desta decisão proposta no voto, em face do disposto no art.27, da Lei nº9.868/99, haja vista que as condições e possibilidades de restrição dos efeitos, ou da eficácia temporal, da decisão judicial sob comento, reclama existirem razões de segurança jurídica ou de **excepcional** interesse social, o que, salvo melhor juízo, não restou evidenciado nos autos.

Sabe-se que, em regra, a decisão judicial no sentido da inconstitucionalidade de uma lei gera resultados desde sua publicação, corporificando o chamado efeito *ex tunc*, de tal modo que é como se a lei nunca tivesse existido, e isto porque esta violou de forma fatal o sistema jurídico como um todo.<sup>1</sup> Tanto é que exige a norma de regência citada quórum qualificado (maioria de

---

<sup>1</sup> O Min. Gilmar Mendes lembra que o vício que atinge ato normativo incompatível com o texto constitucional é de nulidade absoluta, e não relativa, razão pela qual, em tese: (i) a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem natureza declaratória; (ii) a questão pode ser conhecida de



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

dois terços), e requisitos materiais específicos (segurança jurídica ou de **excepcional** interesse social), sob pena de banalizarmos comportamentos predatórios daquele sistema e seu controle jurisdicional.

É verdade que antes da vigência da Lei nº9.868/99, o controle de constitucionalidade das normas já sofria mitigação no Supremo Tribunal Federal - STF, sob o argumento de que, em certas situações, seria possível desconsiderar alguns, e não todos, os efeitos da norma a ser declarada inconstitucional.<sup>2</sup> Entretanto, reconhecia a E. Corte que vige entre nós, como baluarte de estabilidade do ordenamento jurídico, a premissa da constitucionalidade plena e definitiva da lei, ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia *ex tunc*; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, a opção é o reconhecimento da recepção incondicional ou a da perda de vigência desde a data da Constituição.

Em data mais recente, a mesma Corte teve oportunidade de dizer que:

*Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).<sup>3</sup>*

E andou bem o STF em tais decisões, relativizando os efeitos proferidos de suas decisões em sede de controle difuso e abstrato de constitucionalidade, cujos efeitos são, em regra, repito, *ex tunc*. Ao aplicar os efeitos *ex nunc* (para o futuro),

---

ofício; (iii) não há prazo prescricional para a impugnação do ato; (iv) o vício de inconstitucionalidade não pode ser convalidado. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2018.

<sup>2</sup> Conforme decisão do STF nos autos do RE nº14.776, Relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, publicada no DJ de 19/06/1998.

<sup>3</sup> RE nº364.304-AgR, Relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgado em 03/10/2006, publicada DJ de 06/11/2006. Grifos nosso.





@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

e ainda valendo-se da interpretação conforme a Carta Magna, e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem sido possível ao Poder Judiciário brasileiro conciliar o controle de constitucionalidade e os primados de segurança jurídica, boa-fé ou excepcional interesse social para suas decisões.

Mas a pergunta que faço aqui, é qual o gravame social ou grande insegurança jurídica que implica a IMEDIATA eficácia do reconhecimento/declaração de inconstitucionalidade da criação de 04 cargos de assessor administrativo e 03 cargos de assessor de planejamento do Município de São José do Hortêncio, os quais nem sabemos se contaram com nomeação, posse e exercício?

E mesmo que já empossados e no exercício de funções, tendo praticado atos institucionais, poder-se-ia tão somente declarar a inconstitucionalidade com efeitos imediatos, e reconhecer a eficácia e validade de eventuais atos praticados, adotando para tanto a teoria do funcionário de fato, já aceita pelo STF<sup>4</sup>, protegendo relações jurídicas dos administrados que, de boa-fé, entabularam fatos e atos praticados por aqueles funcionários.

A questão central aqui é o limite que se deve dar ao fundamento/argumento consequencialista da modulação no controle de constitucionalidade, como bem assevera Fábio Martins de Andrade:

*É inegável que o argumento consequencialista pode (e deve) ser levado em conta na tomada das decisões judiciais. A depender da área jurídica e das particularidades de cada situação submetida ao exame do Poder Judiciário – e do Supremo – diferentes graus de importância podem ser atribuídos a tais argumentos. De qualquer modo, sempre terão um peso menor e servirão para corroborar ou reforçar os argumentos jurídicos centrais sobre os quais o debate se alicerça. Sua possível aplicação deve ser cogitada somente em situações excepcionalíssimas, quando a atribuição do tradicional efeito “ex tunc” (efeito retroativo) à declaração de inconstitucionalidade conduz a uma situação ainda mais*

---

<sup>4</sup> Nos autos da Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº27.033, relatoria do Min. Celso de Mello, publicada no DJE de 14/12/2007.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

*afastada da 'vontade constitucional' em razão do vácuo que pode ser criado em alguns casos.<sup>5</sup>*

Por todos estes argumentos, rogando vênia ao Culto Relator, voto pela procedência da presente ação direta de inconstitucionalidade para os efeitos de declarar inconstitucional parte do artigo 19, Anexo II, da Lei Municipal nº 1.795/2022, referida pelo voto matriz, do Município de São José do Hortêncio/RS, sem modulação de efeitos.

#### DES. HELENO TREGNAGO SARAIVA

Eminentes Colegas:

Peço vênia ao Desembargador Relator para acompanhar a divergência lançada pelo Des. Rogério Gesta Leal.

É o voto.

#### DES. MARCELO LEMOS DORNELLES

Com a máxima *venia* do eminente Relator, **divirjo parcialmente** do seu voto.

Isso porque, em que pese julgue necessário declarar inconstitucional parte do art. 19, Anexo II, da Lei Municipal nº 1.795/2022, do Município de São José do Hortêncio/RS, entendo relevante ressaltar que a decisão judicial que declara a inconstitucionalidade de um dispositivo legal produz efeitos *ex tunc*, sendo, por isso, de resultado imediato a contar de sua publicação.

Para modular os efeitos de tal decisão, entretanto, o art. 27 da Lei nº 9.868/1999<sup>6</sup> exige a presença de *excepcional interesse social* ou

<sup>5</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. *A ADC 18, a modulação e o dilema do STF*. In *Jornal Valor Econômico*, edição de 10/082008, p.E2. Grifos nosso.

<sup>6</sup> **Art. 27.** Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de **segurança jurídica** ou de **excepcional interesse social**, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros,



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

razões suficientes de *segurança jurídica*, elementos estes que devem ser angariados a partir da análise das particularidades do caso concreto, o que, na hipótese em julgamento, não vislumbro, já que as atividades dos cargos são, consoante apontado no mérito da *quaestio* pelo eminente Relator, de cunho burocrático, voltadas a questões administrativas “*próprias de cargos criados para servidores efetivos*”, de modo que não identifique prejuízo acentuado na entrega do serviço público com a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal. Assim, ao meu juízo, não há o necessário *excepcional interesse social* para modular os efeitos da decisão por 180 (cento e oitenta) dias.

No ponto, aliás, adiro aos fundamentos empregados pelo nobre Desembargador Rogério Gesta Leal ao asseverar que inexistente “*gravame social ou grande insegurança jurídica que implica a IMEDIATA eficácia do reconhecimento/declaração de inconstitucionalidade da criação de 04 cargos de assessor administrativo e 03 cargos de assessor de planejamento do Município de São José do Hortêncio*”, de modo que não há, nas particularidades do caso concreto, a necessidade de aplicação do mecanismo da modulação de efeitos.

Por tais fundamentos, divergindo em parte do eminente Relator, **julgo procedente** a ação, para declarar inconstitucional parte do art. 19, Anexo II, da Lei Municipal nº 1.795/2022, do Município de São José do Hortêncio/RS, **sem modulação de efeitos**.

**OS DEMAIS DESEMBARGADORES VOTARAM DE ACORDO COM O RELATOR.**

---

restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.




@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

NWN

Nº 70085783777 (Nº CNJ: 0005477-91.2023.8.21.7000)  
2023/CÍVEL

**DES. ALBERTO DELGADO NETO** - Presidente - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70085783777: JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, COM MODULAÇÃO DE EFEITOS DE 180 DIAS A CONTAR DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO, VENCIDO EM PARTE O DESEMBARGADOR ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO, QUE VOTAVA PELA MODULAÇÃO DE EFEITOS A CONTAR DA SESSÃO DE JULGAMENTO, E VENCIDOS EM PARTE OS DESEMBARGADORES ROGÉRIO GESTA LEAL, HELENO TREGNAGO SARAIVA E MARCELO LEMOS DORNELLES, QUE JULGAVAM PROCEDENTE A AÇÃO SEM MODULAÇÃO DE EFEITOS.

	<p>Este é um documento eletrônico assinado digitalmente conforme Lei Federal no 11.419/2006 de 19/12/2006, art. 1o, parágrafo 2o, inciso III.</p> <p>Signatário: NEY WIEDEMANN NETO Nº de Série do certificado: 08D96B2A4C178652 Data e hora da assinatura: 29/08/2024 15:54:47</p> <p>Signatário: Rogerio Gesta Leal Data e hora da assinatura: 29/08/2024 16:21:08</p> <p>Signatário: André Luiz Planella Villarinho Data e hora da assinatura: 03/09/2024 17:21:28</p> <p>Signatário: Marcelo Lemos Dornelles Data e hora da assinatura: 30/08/2024 16:50:58</p> <p>Signatário: Heleno Tregnago Saraiva Data e hora da assinatura: 02/09/2024 15:38:55</p> <p>Para conferência do conteúdo deste documento, acesse o endereço <a href="http://www.tjrs.jus.br/verificadocs/">http://www.tjrs.jus.br/verificadocs/</a> e digite o seguinte número verificador:</p>
---	--