



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

**Registro: 2022.0000190571**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2168985-63.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CARAGUATATUBA.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, AROLDO VIOTTI, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN E MOACIR PERES.

São Paulo, 16 de março de 2022.

**FERREIRA RODRIGUES**  
**RELATOR**  
**ASSINATURA ELETRÔNICA**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

Voto n. 36.411

Ação direta de inconstitucionalidade nº 2168985-63.2021.8.26.0000

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

Requeridos: Prefeito e Presidente da Câmara Municipal de Caraguatatuba.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Questionamento de validade do inciso XIII do artigo 3º da Lei nº 782, de 10 de setembro de 1999, incluído pela Lei nº 1.652, de 18 de março de 2009, do Município de Caraguatatuba. Dispositivo que permite a contratação de técnicos esportivos e professores de educação física para desenvolvimento de projetos esportivos, sem concurso público. Alegação de ofensa às disposições dos artigos 111, 115, inciso II, e 144 da Constituição Estadual. Reconhecimento. Situação que não se enquadra nas exceções envolvendo cargos em comissão (Tema 1.010 do STF) ou contratações temporárias (ADI 890). Investidura ilegítima. Conforme Tema 308 do STF “a Constituição de 1988 reprovava severamente as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público”. Posicionamento que deve prevalecer, mesmo diante dos argumentos contrários do Prefeito Municipal; primeiro porque o ato normativo é expresso ao dispor sobre a contratação de técnicos esportivos e professores de educação física, e não sobre “seleção de projetos de interesse público”; e depois porque a autonomia conferida aos municípios para organização de suas atividades, inclusive para promover e estimular o desporto amador (artigos 217, 264 e 266 da Constituição da República), não tem o condão de afastar as normas constitucionais de observância obrigatória, sobretudo nessa área de investidura em cargo ou emprego público. Ação julgada procedente, sem modulação, mas assegurada a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé pelos contratados.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, tendo por objeto o inciso XIII do artigo 3º da Lei nº 782, de 10 de setembro de 1999, incluído pela Lei nº 1.652, de 18 de março de 2009, do Município de Caraguatatuba, que estabelece a possibilidade de contratação de técnicos esportivos e professores de educação física para o exercício de função pública (em sua acepção ampla), sem realização de concurso público. O autor alega ofensa às disposições dos artigos 111, 115, inciso II, e 144 da Constituição Estadual, e dos artigos 22, inciso XXIV, 29, caput, e artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

Não consta pedido de liminar.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

O Prefeito Municipal e o Presidente da Câmara foram notificados, mas somente o primeiro apresentou informações (fls. 142/149).

A ilustre Procuradoria-Geral do Estado foi citada (fl. 139), mas não se manifestou nos autos (fl. 166).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, com as considerações de fls. 172/178, opinou pela procedência do pedido.

É o relatório.

O dispositivo acoimado de inconstitucional é aquele constante do documento de fl. 159, redigido da seguinte forma, com destaque em negrito:

**LEI N. 782, DE 10 DE SETEMBRO DE 1999** (com a alteração introduzida pela Lei n. 1.652, de 18 de março de 2009).

Art. 1º. Fica instituído o Conselho Municipal de Esportes e Recreação – C.M.E.R., instância colegiada Municipal do sistema descentralizado e participativo da Comunidade Desportiva, de caráter permanente, com funções deliberativas, normativas, fiscalizadoras e consultivas, constituindo-se num órgão colegiado, composto por membros representantes do Poder Público e a sociedade civil legalmente organizada, conforme previsto no art. 224, inciso IV, da Lei Orgânica do Município de Caraguatatuba.

Art. 2º. O Conselho Municipal de Esportes e Recreação – C.M.E.R tem como objetivos básicos o estabelecimento, acompanhamento, controle e avaliação da Política Municipal de Esportes e Recreação.

Art. 3º. O Conselho Municipal de Esportes e Recreação, no exercício de suas funções, observará os seguintes princípios:

**XIII – prover recursos para contratar Técnicos Esportivos e Professores de Educação Física, devidamente registrados no Conselho Regional de Educação Física, para desenvolverem projetos esportivos aprovados pelo C.M.E.R.”.**

Vê-se, daí, que o dispositivo impugnado alude expressamente à possibilidade de **contratação de pessoal** (Técnicos Esportivos e Professores de Educação Física) para desenvolvimento de projetos esportivos, **sem realização de concurso público** e, pior, sem a **criação dos respectivos cargos** (com essa atribuição específica), daí o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, por ofensa às disposições dos artigos 111 e 115, inciso II, da Constituição Estadual:

“Art. 111. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

.....

Art. 115. Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigado o cumprimento das seguintes normas:

...

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração”.

Essa ressalva, contida na parte final do inciso II, no que diz respeito à livre nomeação para os cargos em comissão, refere-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Essa é a lição de Hely Lopes Meirelles, para quem, cargo em comissão "é o que só admite provimento em caráter provisório, destinando-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. A instituição de tais cargos é permanente, mas o seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito a continuidade na função, mesmo porque a exerce por confiança do superior hierárquico, daí a livre nomeação e exoneração" ('Direito Administrativo Brasileiro', Malheiros Editores/SP, 30ª ed., pág. 405).

Não é o caso dos Técnicos Esportivos e Professores de Educação Física contratados para desenvolvimento de projetos esportivos, pois tais atividades não envolvem "planejamento de ações com amplo espectro de discricionariedade e tomada de decisões políticas", expressão adotada pelo Procurador-Geral da República, e incorporada no voto do relator no Recurso Extraordinário 1.041.210 (Tema 1.010) para indicar o verdadeiro significado e abrangência dos cargos de direção, chefia e assessoramento.

A norma impugnada também não está abrangida pela hipótese do artigo 115, inciso X, da Constituição Estadual.

Por constituir exceção ao postulado do concurso público, a contratação temporária pressupõe, necessariamente, que o serviço a ser prestado revista-se do caráter de temporiedade e de excepcionalidade, ou seja, esse tipo de contratação não pode abranger "aqueles serviços permanentes que estão a cargo do Estado nem aqueles de natureza previsível, para os quais a Administração Pública deve alocar, de forma planejada, os cargos públicos para isso suficientes, a serem providos pela forma regular do concurso público, sob pena de desídia e ineficiência administrativa" (ADI 890/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 06.02.2004).

Sobre essa questão, aliás, o Supremo Tribunal Federal, em 09/04/2014, apreciando o Tema 612 da Repercussão Geral reconhecida no RE nº 658.026 (Rel. Min. Dias Toffoli) firmou tese no sentido de que "para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) que o prazo de contratação seja predeterminado; c) a



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração**” (RE 658.026, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 01/11/2012, sob rito da repercussão geral).

A lei impugnada, portanto, não se enquadra nas exceções envolvendo cargos em comissão (Tema 1.010 do STF) ou contratações temporárias (ADI 890).

O caso, na verdade, é de **investidura ilegítima**, pois conforme Tema 308 da Suprema Corte **“a Constituição de 1988 reprová severamente as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público, cominando a sua nulidade e impondo sanções à autoridade responsável”**, daí o reconhecimento de procedência da ação.

É o posicionamento que deve prevalecer, **mesmo diante dos argumentos contrários do Prefeito Municipal** (fls. 142/149); primeiro porque o ato normativo é expresso ao dispor sobre a **contratação** de técnicos esportivos e professores de educação física, e não sobre **“seleção de projetos de interesse público”**; e depois porque a autonomia conferida aos municípios para organização de suas atividades, inclusive para promover e estimular o desporto amador (artigos 217, 264 e 266 da Constituição da República), **não tem o condão de afastar as normas constitucionais de observância obrigatória**, sobretudo nessa área de investidura em cargo ou emprego público.

Por fim, embora não exista **nenhuma excepcionalidade** que justifique a concessão de modulação dos efeitos do julgado (artigo 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999), é de ser reconhecida a **irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé** pelos servidores contratados, **até a data deste julgamento**, não “por desamor ou menosprezo à lei, mas por ser impossível desconhecer o valor adquirido por certas situações de fato constituídas sem dolo, mas eivadas de infrações legais a seu tempo não percebidas ou decretadas” (Miguel Reale, in “Revogação e Anulamento do Ato Administrativo”, Forense, 1968, p. 83).

Conforme já decidiu este C. Órgão Especial, não se afigura lógico ou razoável exigir a reposição dos valores pagos *“com esteio na legislação ora tida por inconstitucional, máxime porque se trata de verbas de caráter alimentício, percebidas de boa-fé, afigurando-se, portanto, irrepetíveis”* (ADIN nº 2128351-35.2015.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 09/12/2015).

Ante o exposto, **julgo procedente a ação** para declarar a inconstitucionalidade do inciso XIII do artigo 3º da Lei nº 782, de 10 de setembro de 1999, incluído pela Lei nº 1.652, de 18 de março de 2009, do Município de



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Caraguatatuba, sem modulação, mas assegurada a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé pelos contratados, até a data deste julgamento.

**FERREIRA RODRIGUES**  
Relator