

# REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.041.210/SP: A DISCUSSÃO QUANTO AOS REQUISITOS PARA CRIAÇÃO DOS CARGOS EM COMISSÃO, COM A FIXAÇÃO DE TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

---

## *GENERAL REPERCUSSION IN EXTRAORDINARY APPEAL 1,041,210/SP: THE DISCUSSION REGARDING THE REQUIREMENTS FOR THE CREATION OF COMMISSION POSITIONS, WITH THE SETTING OF THE THESIS BY THE FEDERAL SUPREME COURT*

**ANTONIO CARLOS ALVES PINTO SERRANO**

Doutorando e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do corpo dirigente do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro – IDASAN e do Instituto Brasileiro de Contas Públicas – IBCONTAS. Chefe de Gabinete do Conselheiro João Antonio junto ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo.  
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-9669-7823>].  
serrano.acaps@gmail.com

Recebido em: 16.02.2022 | Received: Fev. 16<sup>th</sup>, 2022  
Aceito em: 22.04.2022 | Accepted: Apr. 22<sup>th</sup>, 2022

**ÁREA DO DIREITO:** Administrativo

**RESUMO:** Comentário sobre os requisitos indicados pela Suprema Corte como condições de criação de cargos em comissão. Requisitos estabelecidos pela Constituição Federal. Estrita observância para que se legitime o regime excepcional de livre nomeação e exoneração. Julgamento com reconhecimento de repercussão geral e reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cargos em comissão – Constituição Federal brasileira – Requisitos objetivos e subjetivos.

**ABSTRACT:** Comment on the requirements indicated by the Supreme Court as conditions for the creation of commission positions. Requirements established by the Federal Constitution. Strict compliance to legitimize the exceptional regime of free appointment and dismissal. Judgment with recognition of general repercussion and reaffirmation of the Court's jurisprudence on the subject.

**KEYWORDS:** Commission positions – Brazilian Federal Constitution – Objective and subjective requirements.

SUMÁRIO: 1. Resumo do julgamento. 2. Comentários sobre o julgamento. Referências.

O<sup>1</sup> Supremo Tribunal Federal, em julgamento virtual inserido em discussão no dia 07 de setembro de 2018 e termo final de manifestação dos ministros fixado em 27 de setembro do mesmo ano, decidiu, por maioria, a constitucionalidade da questão, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestou o Ministro Gilmar Mendes, cujo resultado ora se apresenta com a seguinte ementa:

“Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.041.210 São Paulo

Relator: Min. Dias toffoli

Recte.(s): Sebastião Alves de Almeida

Adv.(a/s): Procurador-geral do Município de Guarulhos

Recdo.(a/s): Ministério Público do Estado de São Paulo

Proc.(a/s)(es): Procurador-geral de Justiça do Estado de São Paulo

Ementa

Criação de cargos em comissão. Requisitos estabelecidos pela Constituição Federal. Estrita observância para que se legitime o regime excepcional de livre nomeação e exoneração. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema.

1. A criação de cargos em comissão é exceção à regra de ingresso no serviço público mediante concurso público de provas ou provas e títulos e somente se justifica quando presentes os pressupostos constitucionais para sua instituição.

2. Consoante a jurisprudência da Corte, a criação de cargos em comissão pressupõe: a) que os cargos se destinem ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) que o número de cargos comissionados criados guarde proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os institui; e d) que as atribuições dos cargos em comissão estejam descritas de forma clara e objetiva na própria lei que os cria.

3. Há repercussão geral da matéria constitucional aventada, ratificando-se a pacífica jurisprudência do Tribunal sobre o tema. Em consequência disso, nega-se provimento ao recurso extraordinário.

- 
1. Como citar esse artigo/*How to cite this article*: SERRANO, Antonio Carlos Alves Pinto. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.041.210/SP: a discussão quanto aos requisitos para criação dos cargos em comissão, com a fixação de tese pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 6, v. 22, p. 347-357, jul.-set. 2022.

a composição da estrutura administrativa analisada, procede-se ao estudo do postulado da proporcionalidade em sentido estrito. Nessa fase, examina-se se o princípio a ser cumprido pelo legislador (P1), somado à medida escolhida para atingir essa finalidade (M1), resulta maior que os princípios colidentes. Vejamos.

O princípio escolhido seria a garantia da segurança pessoal do gestor na escolha de quem dirige seu departamento, a chefia, e lhe assessora, uma vez que responde pessoalmente por falhas na administração desse sistema. Assim, o valor atribuído ao legislador está bem definido. A medida escolhida deve de fato ser a de livre provimento e livre exoneração, uma vez que esse aspecto de controle é fundamental para poder exercer seu comando de gestor. Por outro lado, visualiza-se a colisão com outros princípios, como o princípio da equidade, que norteia a contratação por concurso público.

Diante do cenário exposto, é realizada a ponderação e consequente decisão. Resultando  $P1 + M1 > P2, P3$ , a escolha legislativa, está dentro do postulado da proporcionalidade em sentido estrito.

Os requisitos formais também devem estar presentes na formulação da norma, como a indicação das atribuições dos cargos em comissão, justamente para com isso poder o gestor ser orientado quanto à sua indicação e para que possam os órgãos de controle apurar a eficiência na indicação proposta.

Assim, dentro dos postulados de sopesamento apresentados, entendo ser correto o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da Lei Municipal 7.430/2015 por ausência de requisitos previstos no texto do artigo 37, incisos I, II e V, da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Discrecionariade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Marcondes. Ato administrativo e procedimento administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 5.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; Rev. Técnica Cláudio Di Cicco. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

- CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade administrativa e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Marcondes. Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. *Revista Internacional de Direito Público – RIDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan.-jun. 2017.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Contribuição ao revigoreamento da teoria do ato administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.); SERRANO, Antonio Carlos Alves Pinto (Org.). *Estudos contemporâneos sobre a teoria dos atos administrativos*. Curitiba: CRV, 2018.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018.
- MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: RT, 2014. v. 5.
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.
- NUNES, Silvio Gabriel Serrano. As origens do constitucionalismo calvinista e o direito de resistência: a legalidade bíblica do profeta em John Knox e o contratualismo secular do jurista em Théodore de Bèze. Tese (Doutorado em Filosofia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, São Paulo, 2017.
- SERRANO, Antonio Carlos Alves Pinto. Simetria constitucional e o Tribunal de Contas do Município de São Paulo: o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 346 e 4.776 de São Paulo. *Revista de Direito Administrativo e*

*Infraestrutura* | RDAI, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 291-300, 2021. Disponível em: [https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/401\_].

SERRANO, Antonio Carlos Alves Pinto. A responsabilidade objetiva do Estado e o livre exercício de informar: Recurso extraordinário 1.209.429 de São Paulo. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* | RDAI, São Paulo, v. 6, n. 20, p. 391-402, 2022. Disponível em: [https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/rdai20serrano].

SERRANO, Juliana Salinas. O Princípio da moralidade administrativa e o nepotismo político. In: CAMMAROSANO: Márcio (Coord.). *Controle da administração pública: temas atuais*. São Paulo: Verbatim, 2015.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FDT, 1997.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina*. São Paulo: Alameda, 2017. Edição do Kindle.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Tribunais de Contas do Estado Democrático e os desafios do controle externo*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

SILVA FILHO, João Antonio. *O sujeito oculto do crime: considerações sobre a teoria do domínio do fato*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2017.

TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. Trad. Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008.



## PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Administrativo

### Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Apontamentos sobre os agentes públicos, de Celso Antônio Bandeira de Mello – RDAI 20/461-494.