

Procedimento Administrativo n.º MPMG-0024.09.002955-4

Representado: Município de Olhos D'Água

Representante: Victor Hugo Rena Pereira

Objeto: Leis municipais n.º 093/1998 e n.º 118/1999, que versam sobre cargos comissionados

Espécie: Recomendação (que se expede)

Cargos comissionados. Prescindibilidade da relação de confiança. Desvirtuamento das atribuições de chefia, direção e assessoramento. Inconstitucionalidade.

Excelentíssimo Prefeito Municipal,

1. Preâmbulo.

O Promotor de Justiça Victor Hugo Rena Pereira, no uso de suas atribuições junto à 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Bocaiúva, representou a esta Coordenadoria do Controle de Constitucionalidade, em face da Lei nº 258/2009

do Município de Olhos D'Água, que criou, inconstitucionalmente, o cargo em comissão de Vigilante Municipal.

Após recomendação ministerial, foi informado, através do Ofício Gabinete n.º 038/2010, que esta foi acatada e que a Lei municipal n.º 258/2009 revogada.

Requisitado, o Prefeito Municipal de Olhos D'Água, encaminhou a esta Coordenadoria, cópia das Leis municipais n.º 093/1998 e n.º 118/1999, que, dispondo sobre criação de cargos e dando outras providências, versam também sobre cargos comissionados no âmbito da Administração Pública.

Analisando a legislação municipal carreada aos autos, verifica-se que Leis municipais n.º 093/1998 e n.º 118/1999 padecem de vício de inconstitucionalidade.

Diante disso, esta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade, antes de utilizar a via do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, resolve expedir a presente RECOMENDAÇÃO a Vossa Excelência, objetivando, com isso, que o próprio Poder idealizador da norma impugnada dê solução ao caso, exercendo seu poder de autocontrole da constitucionalidade, tudo nos termos a seguir.

2. Fundamentação.

2.1. DA LEGISLAÇÃO IMPUGNADA.

Eis o teor dos diplomas normativos fustigados:

Lei n.º 093/1998:

“Institui o Plano de Cargos e Salários da Prefeitura Municipal de Olhos D’Água-MG e dá outras providências”

[...]

Art. 4º -

§ 2º - O organograma da Estrutura de cargos em comissão, o número de vagas e o salário respectivo são os estabelecidos nos anexos I, II-A e III-A;

[...].

§ 4º - As atribuições inerentes aos ocupantes de cargos em comissão e efetivos são os designados no Anexo IV desta lei.

[...]

Art. 6º - Os cargos em comissão serão exercidos por pessoas do Quadro Permanente ou não, e, a Assessoria Jurídica e Contábil poderá ser comissionada ou contratada mediante obediência à Lei 8.666/93 e suas alterações.

[...].

ANEXO II - A

CARGOS EM COMISSÃO

CARGOS
CHEFE DE DEPARTAMENTO/GABINETE
CHEFE DE SERVIÇO E ADJUNTOS DE DEP.
RECEPCIONISTA
SECRETÁRIO GERAL
MOTORISTA
ASSESSORIA I
ASSESSORIA II
ASSESSORIA III
ASSESSORIA IV

ANEXO III - A

TABELA SALARIAL - CARGOS EM COMISSÃO

SÍMBOLO	VALOR	CARGO
CC-1	R\$ 195,00	RECEPCIONISTA
CC-2	R\$ 260,00	ASSESSOR III MOTORISTA
CC-3	R\$ 300,00	ASSESSOR II CHEFE DE SERVIÇO
CC-4	R\$ 350,00	SECRETÁRIO GERAL
CC-5	R\$ 540,00	CHEFE DE DEPARTAMENTO GABINETE ASSESSOR 1
CC-6	R\$ 1.200,00	ASSESSOR JURÍDICO E CONTÁBIL

ANEXO IV

CARGOS EM COMISSÃO

1 - SECRETÁRIO DO PREFEITO

- RECEPCIONISTA
- ASSESSORIA

[...]

OBS: Os cargos de "Serviço" e "Assessoria" serão criados e regulamentados por Decreto do Executivo, atendendo a necessidade da implantação do Município.

Lei n.º 118/1999:

"Dispõe sobre criação de cargos e dá outras providências."

Art. 1º -

e) Atribuições a serem definidas por Decreto do Poder Executivo Municipal de acordo com o Departamento Municipal de Educação, observada a legislação pertinente;

[...].

Art. 2º - Fica criado o cargo de Supervisor (a) de Ensino em caráter comissionado, sendo que o n.º de vagas, vencimento inicial, atribuições, carga horária, grupo e forma de provimento são os seguintes:

[...].

e) Atribuições a serem definidas por Decreto do Poder Executivo Municipal de acordo com o Departamento Municipal de Educação, observada a legislação pertinente;

[...];

h) Recrutamento - Amplo;

[...].

Art. 3º - Fica criado o cargo de Secretário (a) de Escola Municipal, em caráter comissionado, sendo o n.º de vagas, vencimento inicial,

atribuições, carga horária, grupo e forma de provimento são os seguintes:

[...]

e) Atribuições a serem definidas por Decreto do Poder Executivo Municipal de acordo com o Departamento Municipal de Educação, observada a legislação pertinente;

[...];

h) Recrutamento - Amplo;

[...].

Art. 4º - Fica criado o cargo de Auxiliar de Secretaria de Escola Municipal, em caráter comissionado, sendo que o n.º de vagas, vencimento inicial, atribuições, carga horária, grupo e forma de provimento são os seguintes:

[...].

e) Atribuições a serem definidas por Decreto do Poder Executivo Municipal de acordo com o Departamento Municipal de Educação, observada a legislação pertinente;

[...].

h) Recrutamento - Amplo;

[...].

Art. 5º - Ficam criados os cargos de Chefes Adjuntos do Departamento Municipal de Educação, especificamente para Lazer, Turismo e Desportos, em caráter comissionado, sendo que o n.º de vagas, vencimento inicial, atribuições, carga horária e forma de provimento e subordinação são os mesmos constantes da Lei Municipal de n.º 004/97 que criou o Departamento Municipal de Educação, obedecendo ainda ao seguinte:

[...].

b) Atribuições a serem definidas complementarmente, caso necessário, por Decreto do Chefe do Poder Executivo Municipal, de acordo com o Departamento Municipal de Educação, observada a legislação pertinente;

[...]

e) Recrutamento - Amplo;

[...].

2.2. NORMA MUNICIPAL. CARGOS COMISSIONADOS. INEXISTÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES CONCERNENTES À CHEFIA, ASSESSORAMENTO E DIREÇÃO. PRESCINDIBILIDADE DO REQUISITO DE CONFIANÇA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF.

Divisa-se, no particular, que não podem ser consignados como cargos de provimento em comissão de recrutamento amplo os elencados nas normas ora objurgadas.

A toda evidência, essas criações de cargos comissionados contrapõem-se ao princípio insculpido no art. 21, § 1º, da Constituição Estadual, que consagra a prévia aprovação em concurso público como condição de acesso aos cargos públicos, facultada a livre nomeação apenas para funções relevantes, de direção e assessoramento, cujo exercício reclame, como dito, uma relação de confiança entre nomeante e nomeado.

Não podemos olvidar que constitui uma das principais características dos cargos em comissão a livre nomeação e exoneração dos servidores comissionados. Assim assevera Jessé Torres Pereira Junior, citando Celso Antônio Bandeira de Mello:

Quanto ao cargo em comissão, preleciona que 'quer unicamente dizer que é predisposto a receber ocupante que nele não obterá fixidez. Sua permanência será sempre instável... é possível que alguém continue indefinidamente em um cargo em comissão – bastando para tanto que nunca seja desligado dele pela autoridade superior a cuja confiança deva responder –, sem que com isto ganhe qualquer direito à persistência no cargo. Juridicamente, o cargo em comissão não comporta qualquer garantia de permanência porque é de confiança. O que pode ocorrer é a sucessão de autoridades que

considerem o ocupante de cargo em comissão como de confiança e por isso o mantenham nele.¹

Portanto, as normas ora fustigadas se afastaram dos direcionamentos doutrinários concedidos ao cargo em comissão, na medida em que equiparam atribuições meramente técnicas e rotineiras a vínculos de natureza comissionada.

Segundo autorizada doutrina:

No que respeita aos cargos em comissão, a Emenda 19 adotou uma segunda ordem de providência, cuja finalidade, intui-se, é a de conter a multiplicação desses cargos em todos os níveis da organização administrativa. Doravante, os cargos em comissão devem corresponder tão-só a atribuições de direção, chefia e assessoramento. Isto é, aos cargos em comissão estará reservado o nível decisório da hierarquia administrativa. Mais uma razão para que seus ocupantes sejam profissionais qualificados e conhecedores dos misteres da atividade administrativa pública. Serão os responsáveis pela pertinência das decisões de política administrativa do serviço público, com sustentação técnica.²

E mais:

O titular de cargo em comissão mantém vínculo profissional e funcional temporário com as atribuições do cargo; são dirigentes e assessores cuja investidura durará enquanto for íntegra a relação de confiança que gerou o comissionamento; exaurida a relação, são exoneráveis ao critério da autoridade competente.³

O Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, confirmou o entendimento segundo o qual:

¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 503p. p. 89.

² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 503p. p. 91.

³ ob. cit. p. 89.

O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra a Lei 1.939/98, do Estado de Mato Grosso, que dispõe sobre criação de cargos em comissão do Tribunal de Contas estadual e ao Ministério Público a ele vinculado, para declarar a inconstitucionalidade dos seus artigos 1º (na parte em que altera a redação dos artigos 3º e 14 e seu parágrafo único da Lei estadual 1.464/93); 2º; 3º e 7º, e do seu Anexo I, item I, quando trata do grupo operacional III; do seu Anexo II, quando trata do grupo operacional III; do seu Anexo VI, Tabela III, quando trata do grupo operacional III; do seu Anexo VIII, quando trata do grupo operacional III do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado. Asseverando que os cargos criados possuem atribuições meramente técnicas, portanto, sem caráter de assessoramento, chefia ou direção, entendeu-se caracterizada, na espécie, a ofensa ao inciso II do art. 37, da CF, que exige, para investidura em cargo público, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão, a prévia aprovação em concurso público de provas, ou de provas e títulos, bem como ao seu inciso V, que estabelece que 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.⁴ (grifo nosso)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEIS 6.600/1998 (ART. 1º, CAPUT E INCISOS I E II), 7.679/2004 E 7.696/2004 E LEI COMPLEMENTAR 57/2003 (ART. 5º), DO ESTADO DA PARAÍBA – CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO – I – Admissibilidade de aditamento do pedido na Ação Direta de Inconstitucionalidade para declarar inconstitucional norma editada durante o curso da ação. Circunstância em que se constata a alteração da norma impugnada por outra apenas para alterar a denominação de cargos na administração judicial estadual; alteração legislativa que não torna prejudicado o pedido na ação direta. II – Ofende o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal norma que cria cargos em comissão cujas atribuições não se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração, que informa a investidura em comissão. Necessidade de demonstração efetiva, pelo legislador estadual, da adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público. Precedentes.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3706/MS. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. 15.8.2007.

Ação julgada procedente.⁵ (STF – ADI 3233 – PB – TP – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJU 14.09.2007 – p. 00030) (grifo nosso)

O propósito dos cargos comissionados, dessa forma, é o de assentar, em cargos relevantes, no comando superior da Administração, pessoas com simetria política e ideológica, para o exercício de funções especiais.

Portanto, inconstitucional será toda a legislação que abrigar, sem a exigência de concurso público e em detrimento do erário, cargos em comissão para funções meramente técnicas, administrativas, ordinárias ou subalternas, de modo a permitir o ingresso na máquina pública de pessoas simpáticas à Administração.

Tais posicionamentos – doutrinário e jurisprudencial – têm sua razão de ser no texto constitucional, que dispõe, em seu inciso V, do artigo 37 da Constituição da República, com redação ofertada pela EC n.º 19/98:

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:

[...]

V - 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; (grifo nosso)

Em obediência estrita a essas diretrizes, estabelece o art. 23 da Constituição do Estado de Minas Gerais:

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3233-PB. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. 14.9.2007

Art. 23. 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. (*Caput* com redação dada pelo art. 5º da Emenda à Constituição nº 49, de 13/6/2001.) (Grifo nosso)

Com efeito, da análise das normas em comento, infere-se que não se compatibilizam, em sua totalidade, com o quanto assentado no art. 23 da CEMG/89, na medida em que esta cláusula constitucional determina que tais cargos comissionados são direcionados tão-somente para as atribuições de assessoramento, chefia e direção.

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou 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.

Nesse sentido, o STF editou a Súmula 685: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.” [...] Ressalte-se que, a alteração da redação do inciso V, do artigo 37, pela EC nº 19/98, determinando que as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargos efetivos, 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 [...].⁶

Ao estabelecer que os cargos em comissão somente poderiam ser direcionados à direção, chefia e assessoramento, a Constituição da República, assim como a Constituição Estadual, vinculou o legislador infraconstitucional, que não

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 331/333

conta com a faculdade de criá-los com atribuições da sua conveniência. Devem estas ser previstas e especificadas em lei e ter aqueles objetivos.

Nesse diapasão, as normas impugnadas fomentam a investidura em cargos públicos (cargos em comissão) sem o imprescindível certame concursal, transformando, por via oblíqua, a regra (investidura por concurso público) em exceção.

Sob outra perspectiva, o cargo em comissão, pela própria natureza, carece de relação de fidúcia que necessariamente existirá entre a autoridade nomeante e o agente nomeado. Por isso, a criação de cargo de provimento em comissão por meio de lei não está vinculada unicamente ao livre talante do legislador, sem qualquer critério. Deve, isto sim, obedecer às normas e princípios insculpidos na Constituição da República e, por conseguinte, na Constituição Estadual.

Em consequência, impõe-se reconhecer que se mostram inadequados os provimentos em comissão de cargos cujas atribuições são meramente técnicas ou subalternas, com exclusivo fundamento na relação de confiança.

Portanto, normas que criam cargos públicos de provimento em comissão, cuja natureza das atribuições a serem exercidas não se caracterizam, a toda evidência, como estritamente de chefia, direção e assessoramento, padecem parcialmente do vício de inconstitucionalidade, uma vez que afrontam os princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da razoabilidade e da eficiência, insculpidos no artigo 37 da Constituição da República e reproduzidos no artigo 13 da Constituição Estadual de Minas Gerais.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim firmou entendimento:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA - CARGOS TÉCNICOS EM COMISSÃO - AFRONTA AO ART. 23 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - IMPOSSIBILIDADE. PEDIDOS JULGADOS PROCEDENTES.⁷

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei do Município de Patrocínio. Exercício das atividades de Defensor Público pelo Procurador Geral do Município. Criação de cargos comissionados de pedagogo e encarregados de serviços. Inconstitucionalidade. Defensoria Pública. Instituição prevista apenas no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal. Organização a cargo de lei complementar. Cargos de carreira a serem providos mediante concurso público. Vedação do exercício da advocacia aos Defensores Públicos. Encarregados de serviço e pedagogos. Funções de natureza profissional. Cargos subalternos ou eminentemente técnicos que integram a estrutura da administração. Ausência de fidúcia. Cargos de provimento efetivo mediante concurso. Normas declaradas inconstitucionais. Representação acolhida. - Os cargos públicos de encarregados de serviço e pedagogos encerram funções de natureza profissional - subalternas, no caso dos encarregados de serviços, e eminentemente técnicas, no caso dos pedagogos -, integrantes da estrutura da Administração Municipal. Em ambas as hipóteses não há atribuição de assessoramento, chefia ou direção e tampouco há que se falar em fidúcia, atributo característico dos cargos em comissão. Não se tratam, pois, de cargos de livre nomeação e exoneração, mas de cargos de provimento efetivo, cuja investidura só pode se dar, conforme comando constitucional (artigo 37, V, Constituição Federal, e artigo 23, da Constituição Estadual), por meio de concurso público. - Conquanto a prestação de assistência jurídica gratuita não seja exclusividade dos Defensores Públicos e nem monopólio da União e dos Estados, a Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, será criada apenas em nível federal e estadual (e no Distrito Federal), com normas gerais prescritas em lei complementar, exigindo organização própria, em cargos de carreira,

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.08.476681-5/000 - RELATOR: DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL – J. 09.09.2009 DJ 30.10.2009

providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais (artigo 134 da CF e artigo 130 da CE).⁸ (grifo nosso)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS DO MUNICÍPIO DE BURITIZEIRO. QUADRO DE SERVIDORES MUNICIPAIS. CRIAÇÃO DE CARGOS COMISSIONADOS. ATRIBUIÇÕES. PREVISÃO APENAS PARCIAL EM LEI. INCONSTITUCIONALIDADE. CARGOS DESTINADOS AO DESEMPENHO DE ATIVIDADES ROTINEIRAS DA ADMINISTRAÇÃO. PROVIMENTO AMPLO. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE RESERVADA PARA CARGOS EM COMISSÃO DESTINADOS ÀS ATRIBUIÇÕES DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO. CONFLITO COM O PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. REPRESENTAÇÃO ACOLHIDA. - Em relação às funções de confiança, restrita às atribuições de direção, chefia e assessoramento, o provimento se dará exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo. Quanto aos cargos em comissão, conquanto não se exija concurso público ou provimento exclusivo por servidores de carreira - a ressalva prevista na parte final do artigo 21, § 1º, e do artigo 23, da Constituição Mineira, prevê apenas que a lei que vier a disciplinar esse dispositivo, em nível estadual e municipal, assegure que um mínimo de cargos em comissão seja ocupado por servidores de carreira -, estão esses cargos igualmente reservados para atribuições de chefia, direção e assessoramento.- Ao dispor que as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, bem como os cargos em comissão, dependerão de lei, que estabelecerá os casos, condições e (para as funções de confiança) os percentuais mínimos de provimento por servidores concursados, a Constituição Estadual está a exigir que a lei que institua o cargo comissionado preveja, também, suas atribuições, que devem ser necessariamente de direção, chefia e assessoramento. (TJMG - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.09.508357-2/000 - COMARCA DE PIRAPORA - REQUERENTE(S): PROCURADOR GERAL JUSTIÇA ESTADO MINAS GERAIS - REQUERIDO(A)(S): PREFEITO MUNICIPAL DE BURITIZEIRO, CÂMARA MUNICIPAL DE BURITIZEIRO - RELATOR: EXMO. SR. DES. HERCULANO RODRIGUES)

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.09.489872-3/000 - RELATOR: DES. HERCULANO RODRIGUES – J. 09.09.2009 DJ 27.11.2009

Vale, ainda, quanto a esse último julgado colacionado, registrar importante trecho do voto do Relator:

No caso em tela, as Leis Municipais números 1.143/07 e 1.098/06, criam diversos cargos em comissão, de natureza duvidosa, e não especificam suas atribuições. Já a Lei nº 1.073/05, em seu Anexo V, descreve as atribuições de apenas alguns dos cargos criados. Quanto aos demais, deixa a fixação das atribuições a cargo de Decreto Municipal a ser editado - ato administrativo, e não lei em sentido estrito (material).

No tocante aos cargos comissionados cujas atribuições estão descritas na Lei nº 1.073/05, a simples leitura do texto legal nos permite constatar, sem maior esforço - seja pelas atribuições dos cargos, propriamente ditas, seja pela escolaridade exigida para o provimento -, que não possuem eles a natureza de cargos de confiança, de chefia, direção e assessoramento. É o caso dos cargos de Assessor de Planejamento Estratégico, Assessor de Comunicação Social, Assessor de Assuntos Municipais, Assessor de Controle Interno, Assessor de Gabinete, Assessor de Informações e Estatística, Coordenador de Creche, Gerente Pedagógico e Assessor de Transporte do Gabinete. Esses nada mais são do que cargos destinados ao desempenho de atividades subalternas, rotineiras da Administração, maquiados com denominações impróprias, de chefia, direção e assessoramento.

As atividades a que se refere a Lei são próprias da estrutura da Administração Municipal. Em todas as hipóteses mencionadas não há atribuição de assessoramento, chefia ou direção e tampouco há que se falar em fidúcia, atributo característico dos cargos em comissão. Não se tratam, portanto, de cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração, mas de cargos ou funções cujo provimento deve se dar por servidores efetivos, conforme comando constitucional (artigos 21, § 1º e 23, da Constituição Mineira).

Quanto ao cargo de Assessor Jurídico, verifica-se, pelas atribuições e pela formação exigida para o provimento, tratar-se de atividade própria de procurador municipal, eminentemente técnica, para a qual - à exceção do cargo de Procurador-Geral, este, tipicamente, um cargo de confiança - se exige concurso público. [grifo nosso]

Além dos precedentes já transcritos, cumpre asseverar que, recentemente, no julgamento da ADI 3.602/GO, o Supremo Tribunal Federal manteve o mesmo entendimento:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, II E V. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. LEI 15.224/2005 DO ESTADO DE GOIÁS. INCONSTITUCIONALIDADE.

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, tais como os cargos de Perito Médico-Psiquiátrico, Perito Médico-Clínico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação.

Ofensa ao artigo 37, II e V da Constituição federal.

Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV do art. 16-A da lei 15.224/2005 do Estado de Goiás, bem como do Anexo I da mesma lei, na parte em que cria os cargos em comissão mencionados.⁹

E, especificamente, quanto ao cargo de **Assessor Jurídico**, assim se pronunciou o e. Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 500, DE 10 DE MARÇO DE 2009, DO ESTADO DE RONDÔNIA. ERRO MATERIAL NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO PARCIAL REJEITADA. MÉRITO. CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Conhece-se integralmente da ação direta de inconstitucionalidade se, da leitura do inteiro teor da petição inicial, se infere que o pedido

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3602/GO. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. J. 14.4.2011. DJ 07.06.2011.

contém manifesto erro material quanto à indicação da norma impugnada. **2. A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da Constituição Federal.** Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos. **3. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes.** 4. Ação que se julga procedente.¹⁰ (grifamos).

Dessarte, não resta dúvida que os cargos acima transcritos violam o inciso V do art. 37 da Constituição da República e o art. 23 da Constituição Estadual.

2.3 DEFINIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES CONCERNENTES AOS CARGOS EM COMISSÃO. NECESSIDADE DE LEI EM SENTIDO ESTRITO.

Observa-se, analisando as normas fustigadas, que há previsão de alguns cargos em comissão sem a discriminação das atribuições a eles inerentes, além da previsão da especificação por meio de decreto emanado do Poder Executivo.

É cediço que as atribuições específicas de direção, chefia ou assessoramento não de estar explicitadas de forma clara e incontroversa na lei que institui o cargo em comissão.

Nesse esteira, cristalina lição de Marçal Justen Filho:

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4261-RO. Pleno. Rel. Min. AYRES BRITTO. 02.08.2010.

Somente a lei pode criar o cargo público, entendido como um conjunto inter-relacionado de competências, direitos e deveres atribuídos a um indivíduo. Essa é a regra geral consagrada no art. 48, X, da Constituição, que comporta uma ressalva à hipótese do art. 84, VI, b. Esse dispositivo permite ao Chefe do Executivo promover a extinção de cargo público, por meio de ato administrativo.

A criação e a disciplina do cargo público faz-se necessariamente por lei no sentido de que a lei deverá contemplar a disciplina essencial e indispensável. Isso significa estabelecer o núcleo das competências, dos poderes, dos deveres, dos direitos, do modo da investidura e das condições do exercício das atividades. Portanto, não basta uma lei estabelecer, de modo simplista, que ‘fica criado o cargo de servidor público’.

Exige-se que a lei promova a discriminação das competências e a inserção dessa posição jurídica no âmbito da organização administrativa, determinando as regras que dão identidade e diferenciam a referida posição jurídica.¹¹

Nesse sentido, inúmeros julgados dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e do Rio Grande do Sul:

Ação direta de inconstitucionalidade. Leis municipais criando cargos de provimento em comissão que não expressam atribuições de assessoramento, chefia e direção de nível superior. Revogação. Perda do objeto. Decreto que, por delegação de lei municipal, fixa as atribuições dos cargos de provimento em comissão e de provimento efetivo. Inadmissibilidade. Matéria reservada à lei. Inconstitucionalidade reconhecida.¹²

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 2609/2005 DO MUNICÍPIO DE CANGUÇU. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO SEM PREVISÃO DAS ATRIBUIÇÕES. INCONSTITUCIONALIDADE. Apresenta-se inconstitucional a disposição de Lei Municipal que cria cargo em comissão sem estabelecer as respectivas atribuições do respectivo cargo. A tentativa

¹¹ Justen Filho, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 848

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. ADI 994092253756 SP, Órgão Especial, Rel. Boris Kauffmann, 14-07-2010, v.u., DJe 04-10-2010.

da municipalidade de suprir a omissão através de decreto não tem o efeito de sanar a inconstitucionalidade, porquanto há necessidade das atribuições do cargo vir também dispostas por lei. Inconstitucionalidade por violação do artigo 32 da Constituição Estadual.¹³

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO MUNICÍPIO DE SARANDI QUE CRIA DIVERSOS CARGOS EM COMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 1) À criação de cargos comissionados, indispensável que suas atribuições estejam especificadas em lei, não se convalidando através de regulamentação posterior por meio de ato administrativo. 2) Caso concreto em que as atribuições dos cargos não se coadunam com as funções de direção, chefia ou assessoramento, as quais, pelo texto constitucional, são determinantes para a criação dos cargos em comissão. ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME.¹⁴

Vale destacar o voto proferido pela Relatora da ADI n.º 4.125/TO, Ministra Cármen Lúcia, o seguinte trecho:

Se a caracterização de determinado cargo dá-se pelas atribuições que lhes são conferidas, dúvidas não remanescem de que essas alterações importariam, reflexamente, na criação de novos cargos. Daí a inconstitucionalidade das expressões ‘atribuições’, ‘denominações’ e ‘especificações’ de cargos contidas no art. 8º da Lei n. 1.950/2008.

Como se vê, é indispensável a especificação em lei em sentido estrito das atribuições dos cargos comissionados por ela instituídos.

3. Conclusão.

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. ADI n.º 70022601256 Tribunal Pleno. Rel. Des. Guinther Spode, j. 04-08-2008

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. ADI n.º 70031460298. Tribunal Pleno. Rel. Des. José Aquino Flores de Carvalho, j. 14-12-2009

Ante o exposto, considerando as inconstitucionalidades dos dispositivos legais vergastados;

Considerando, outrossim, que ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, sendo que para tanto é seu dever constitucional o combate às leis e atos normativos inconstitucionais, consoante se extrai do art. 129, IV, da Constituição da República/88; art. 120, IV, da Constituição do Estado de Minas Gerais; art. 25, I, da Lei Federal n.º 8.625/93 e, ainda, dos artigos 66, I e 69, II, da Lei Complementar estadual n.º 34/94;

Considerando, também, a possibilidade do autocontrole da constitucionalidade pelo próprio Poder idealizador da norma impugnada, na sua condição de canal legítimo para a adequação do sistema infraconstitucional aos ditames constitucionais;

Considerando, por fim, que a *recomendação* é um dos mais úteis instrumentos de atuação do Ministério Público, nos termos do art. 27, I, parágrafo único, e IV da Lei Federal n.º 8.625/93;

Esta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade expede a presente RECOMENDAÇÃO a Vossa Excelência, nos termos e condições abaixo fixadas:

- a) adequar a redação do art. 6º da Lei municipal n.º 093/1998, decotando a expressão “e, a Assessoria Jurídica e Contábil poderá ser

comissionada ou contratada mediante obediência à Lei 8.666/93 e suas alterações”, visto que se trata de cargo eminentemente técnico que, sendo em comissão, deve ser provido por meio de recrutamento restrito e que não configura caso de inexigibilidade de licitação, matéria esta pertinente a lei específica, cujas normas estejam delimitadas pela norma geral (competência constitucional concorrente para legislar), no caso a Lei federal 8.666/93;

- b) revogar os cargos de Chefe de Departamento/Gabinete, Chefe de Serviço e Adjuntos de Dep., Recepcionista, Secretário Geral, Motorista, Assessoria I, Assessoria II, Assessoria III, Assessoria IV, Assessor Jurídico e Contábil, Secretário do Prefeito, todos previstos nos Anexos II-A, III-A e Anexo IV da Lei municipal n.º 093/1998 ou torná-los de recrutamento RESTRITO;
- c) revogar do Anexo IV da Lei n.º 093/1998 a observação de que *“os cargos de “Serviço” e Assessoria” serão criados e regulamentados por Decreto do Executivo, atendendo a necessidade da implantação do Município”,* pois a criação de cargos e de suas atribuições deve obedecer ao princípio da legalidade estrita;
- d) revogar as alíneas “e” dos arts. 1º, 2º, 3º e 4º e a alínea “b” do art. 5º, todos da Lei municipal n.º 118/1999, visto que a criação de cargos e de suas atribuições deve obedecer ao princípio da legalidade estrita;
- e) revogar as alíneas “h” dos arts. 2º, 3º, 4º e 5º da Lei municipal n.º 118/1999 ou tornar o recrutamento dos cargos neles previstos para RESTRITO.

Fixa-se, nos termos do inciso IV, parágrafo único, do art. 27, da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data do recebimento desta, para que Vossa Excelência cumpra, em sendo esse o entendimento, a presente recomendação, nos termos da disposição anterior.

Na ocasião, também nos termos do disposto no inciso IV, parágrafo único, do art. 27, da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, requisita-se diretamente ao Excelentíssimo Prefeito Municipal:

- a) a divulgação adequada e imediata da presente recomendação;

- b) informações por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, contados a partir do vencimento do prazo de 30 (trinta) dias acima fixado, sobre o posicionamento jurídico do Poder Público municipal acerca da recomendação, juntamente com a cópia autenticada das normas ora fustigadas com a respectiva certidão de vigência.

Belo Horizonte, 01 de março de 2013.

MARCOS PEREIRA ANJO COUTINHO
Promotor de Justiça
ASSESSOR ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE