

**Procedimento Administrativo** n.º MPMG-0024.08.001142-2

**Representado:** Município de Novorizonte

**Objeto:** Inconstitucionalidade da Lei Complementar n.º 009/2011

**Espécie:** Recomendação (que se expede)

---

**Lei Complementar Municipal. Cargos em comissão de recrutamento amplo. Não fixação do percentual mínimo dos cargos comissionados a serem ocupados por servidores de carreira. PSF. Contratação temporária. Inconstitucionalidade.**

**Excelentíssimo Prefeito Municipal,**

## **1 Preâmbulo**

Foram requisitadas, *ex officio*, por esta Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade, cópia da lei municipal – caso existente, e respectiva certidão de vigência – que regulamentaria, no âmbito do Município de Novorizonte, a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, CR/88).

Enviados os documentos solicitados, constatou-se, primeiramente, a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Municipal n.º 002/1997 e da Lei Complementar n.º 007/2007, tendo sido expedida a recomendação de fls. 161/194.

Recebida a recomendação, o Município informou que a Lei Complementar n.º 007/2007 foi revogada pela Lei Complementar n.º 009/2011.

Contudo, tal diploma legal também incorre em inconstitucionalidade!

Assim, 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, resolve expedir NOVA RECOMENDAÇÃO a Vossa Excelência, objetivando, com isso, que o próprio Poder elaborador da norma impugnada dê solução ao caso, exercendo seu poder de autocontrole da constitucionalidade, tudo nos termos a seguir.

## 2 Da fundamentação

### 2.1 Dos textos legais a merecer reparos

Eis o teor dos dispositivos legais eivados de inconstitucionalidade:

#### **LEI COMPLEMENTAR N.º 009/2008:**

[...]

Art. 13 - [...]

I - cargos de provimento em comissão, regidos pela legislação estatutária e de recrutamento amplo.

[...]

Art. 42 - Fica instituído o Programa de Saúde da Família - PSF -, bem como o Programa de Inclusão Digital, constituído pelos cargos/funções, integrantes do Anexo VII, desta Lei, que define Cargos Transitórios para atendimento a Convênios.

§ 1º Este Programa terá vigência e aplicação até que os governos, do Estado e Federal, mantenham subvenções ou repasses para a sua realização.

§ 2º - Cessados os repasses ou as subvenções, estes programas e seus cargos /funções serão extintos, de ofício, e os ocupantes dos Cargos/Funções retornarão aos seus cargos de origem se pertencentes ao Quadro de Pessoal Permanente ou terão seus contratos rescindidos se simplesmente contratados.

[...]

Art. 61 - Fica o Executivo Municipal autorizado a contratar, em caráter excepcional e temporariamente, o pessoal necessário ao andamento das atividades administrativas da Prefeitura, desde que justificadamente e através de processo seletivo prévio.

[...]

## Anexo II

Nível	Variação Salarial	Cargos que integram o nível
CC-1	R\$ 2.060,00	Chefe de Gabinete; Procurador Municipal; (...)

## Anexo VI

[...]

### **Chefe de Gabinete**

Código: CHGAB

Trabalho que resulta em fazer desenvolver expediente relacionados com o encaminhamento de pessoas, elaborar agendas, receber e expedir correspondências, coordenar a atividade política do chefe imediato, representa-lo quando determinado.

[...]

### **Motorista do Gabinete**

Código: MOGAB

Trabalho que consiste em fazer conduzir veículo, abrangidos pela categoria de sua CNH, manipulando o comando de marchas e direção, transportando servidores, autoridades e pessoas em geral, sob as ordens exclusivas do Prefeito Municipal; Manter o veículo em condições de conservação e funcionamento, providenciando conserto, abastecimento, lubrificação, limpeza e troca de peças; Atender às normas de segurança e higiene do trabalho, vistoriar todo o veículo, verificando o estado dos pneus, o nível de combustível, água e óleo do cárter, testando freios e parte elétrica, para certificar-se de suas condições de funcionamento; recolher o veículo após a jornada de trabalho, conduzindo-o à garagem para possibilitar a manutenção e abastecimento do mesmo; responsabilizar-se pela segurança de passageiros e cargas. O motorista trabalha com autonomia quanto à maneira de dirigir o veículo, seja leve ou pesado, mas deve fazê-lo consoante a ética profissional e regulamentos do trânsito; executar tarefas afins à sua responsabilidade.

Forma de provimento: cargo comissionado/recrutamento limitado.

[...]

### **Procurador Municipal**

Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade

Av. Dias Adorno, n.º 367 – 9º andar

Santo Agostinho – Belo Horizonte – MG

Código: PROMU

Trabalho complexo que consiste em patrocinar constante e permanente assessoria jurídica à Prefeitura Municipal, sempre e quando solicitado e determinando pelo Prefeito Municipal.

Forma de provimento: comissionado

[...]

**Chefe de Divisão**

Código: CHDIV

Trabalho sem maior complexidade que requer do designado capacidade prática para fazer chefiar o serviço a lhe ser confiado. Deve demonstrar vocação para dirigir turmas, serviços e espírito de liderança.

Forma de provimento: Comissionado

[...]

Anexo VII

Define Cargos transitórios para atendimento a Convênios

Nome do Convênio ou Programa	Nome do Cargo	Nº. de vagas
Programa Equipe de Saúde da Família (ESF)	Médico	2
Programa Equipe de Saúde da Família (ESF)	Enfermeiro	2
Programa Equipe de Saúde da Família (ESF)	Auxiliar de Enfermagem	2
Programa Equipe de Saúde da Família (ESF)	Agente Comunitário de Saúde	12
Programa Equipe de Saúde Bucal	Dentista	2
Programa Equipe de Saúde Bucal	Auxiliar de Odontologia	2
Inclusão Digital	Monitor de Telecentro	2
Inclusão Digital	Instrutor de Telecentro Comunitário	2

## 2.2 Considerações iniciais sobre a regra do concurso público para admissão de servidores e sobre as exceções admitidas

O artigo 37 da Constituição da República prevê, no seu inciso II, a regra geral para acesso ao serviço público, ou seja, a necessidade de concurso público, e, em seu inciso IX, traz a exceção a tal exigência – quando se tratar de contratação por tempo determinado, e em caráter de excepcionalidade e urgência. Senão, vejamos:

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:

[...]

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;

[...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

A Constituição do Estado, nos artigos 21, § 1º, e 22, *caput*, consigna a mesma regra e exceção contidas na Constituição da República:

Art. 21 - Os cargos, empregos e funções são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º- 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.

Art. 22 A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

É necessário acentuar que tais comandos constitucionais não conferem ao legislador ordinário ampla liberdade para incluir em lei os casos que entende suscetíveis de contratação temporária. Eis a oportuna observação de Hely Lopes Meirelles, *verbis*:

Obviamente, essas leis deverão atender aos princípios da razoabilidade e da moralidade. Dessa forma, só podem prever casos que efetivamente justifiquem a contratação. Esta, à evidência, somente poderá ser feita sem processo seletivo quando o interesse público assim permitir.<sup>1</sup>

Quanto à obrigatoriedade do concurso público, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n.º 685, do seguinte teor:

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.<sup>2</sup>

Ademais, nossa Suprema Corte já manifestou o seguinte entendimento:

O provimento de cargos públicos tem sua disciplina traçada, com vigor vinculante, pelo constituinte originário, não havendo que se falar, nesse âmbito, em autonomia organizacional dos entes federados.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 364-5.

<sup>2</sup> *Apud* BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.388.

<sup>3</sup> STF, RTJ 154/45.

2.3 Lei municipal que não estabelece as hipóteses de contratação por tempo determinado em razão de necessidade temporária de excepcional interesse público. Violação ao princípio da reserva legal. Inconstitucionalidade.

Como é possível inferir do art. 61 da Lei Complementar n.º 009/2011, o legislador ordinário não estabeleceu as hipóteses de contratação temporária por excepcional interesse público, concedendo, portanto, um cheque em branco para o Chefe do Poder Executivo contratar pessoal sem concurso público, infringindo, dessa maneira, preceito constitucional.

É que as hipóteses para a contratação temporária devem ter sua previsão em lei formal, por encerrarem exceção constitucional à exigência do concurso de provas ou de provas e títulos para ingresso na Administração Pública. Nesse sentido, o estabelecimento de tais hipóteses é importante para garantir o controle da atuação do administrador e impedir que a admissão de pessoal se dê de acordo com conveniências políticas. Daí dispor, respectivamente, as Constituições da República e do Estado de Minas Gerais:

Art. 37 - [...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; (Grifo nosso)

Art. 22 - A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Destarte, sob essa perspectiva, a Lei Complementar n.º 009/2011, em seu art. 61, malferre, às escâncaras, o princípio da legalidade, na sua vertente de reserva legal.

Como é sabido, o princípio da legalidade possui duas perspectivas de concretização, em relação às quais o Administrador Público e o Legislador devem obediência irrestrita. É lícito afirmar assim que, enquanto o Administrador deve obediência ao princípio da legalidade, na medida em que somente pode agir ou deixar de agir consoante o que expressamente fixado em lei, o destinatário principal do princípio da reserva legal é o Legislador, eis que este deve regular aquilo para o qual a Constituição exige lei formal para sua densificação, excluídas quaisquer outras espécies normativas ou leis que regulem outra matéria que não aquela estipulada constitucionalmente.

Nesse aspecto, impõe-se reconhecer que qualquer lei que não confira tratamento específico à matéria ora ventilada, não cumpre tudo o quanto determinado no texto constitucional, atraindo para si a pecha da inconstitucionalidade.

Divisa-se, daí, que os dispositivos constitucionais transcritos encerram desenganadamente exemplos perfeitos do princípio da reserva legal, o qual não admite exceções que abarquem outras espécies normativas na concretização das cláusulas constitucionais de eficácia limitada.

Com efeito, à luz da doutrina alienígena, totalmente aplicável ao direito constitucional brasileiro, o princípio da reserva de lei:

[...] pretende-se delimitar um conjunto de matérias ou de âmbitos materiais que devem ser regulados por lei (reservados à lei). Esta “reserva de matéria” significa, logicamente, que elas não devem ser

reguladas por normas jurídicas provenientes de outras fontes diferentes da lei (exemplo: regulamentos). Ainda por outras palavras: existe reserva de lei quando a constituição prescreve que o regime jurídico de determinada matéria seja regulado por lei e só por lei, com exclusão de outras fontes normativas.<sup>4</sup>

Perquirindo sobre a razão de ser do princípio, chegaremos facilmente aos motivos que levaram o Legislador Constituinte Originário a tal exigência, *verbis*:

No momento actual de progressiva ampliação da competência legislativa do executivo, o problema da *reserva da lei* ganha sentido se quisermos acentuar não tanto a *divisão dos poderes* (hoje substancialmente atenuada face à institucionalização da prática dos decretos-leis) ou a função dos parlamentos como simples órgãos de *controlo político* da legislação governamental, ou ainda a redução das leis parlamentares à *fixação racionalizadora e estabilizadora* de uma ordem estadual (reserva de lei informada pela idéia de Estado de direito), mas sim a *legitimidade democrática* das assembleias representativas, expressa na consagração constitucional da *preferência e reserva de lei formal* para a regulamentação de certas matérias.<sup>5</sup> (Grifo do autor)

Destarte, chega-se à conclusão segundo a qual a exigência de lei formal específica, que confira tratamento exaustivo à matéria, para a previsão das hipóteses acolhedoras da contratação temporária se traduz em uma garantia democrática para a concretização de uma exceção, qual seja, a investidura em cargos ou funções públicos sem a realização de concurso público:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DO ART. 3º, INCISOS IV, V, VI, VII, VIII, E IX, DA LEI Nº 289/2005, DO MUNICÍPIO DE TRACUNHAÉM. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 97, CAPUT, E

<sup>4</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1504p. p. 718.

<sup>5</sup> Ob. cit. p. 719.

INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. ATIVIDADES PERMANENTES E HIPÓTESES GENÉRICAS DE CONTRATAÇÃO. PRORROGAÇÃO DAS CONTRATAÇÕES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. [...]. II- A lei referida no inciso IX do art. 37, C.F., deverá estabelecer os casos de contratação temporária. No caso, as leis impugnadas instituem hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária, não especificando a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência, atribuindo ao chefe do Poder interessado na contratação estabelecer os casos de contratação: inconstitucionalidade." (STF, ADIN nº 3210/PR). III- A reserva legal, na dicção do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, reproduzido no inciso VII do art. 97 da Constituição do Estado de Pernambuco, exige não apenas que lei formal preveja, como a própria lei especifique, delimite, condicione, balize o âmbito de atuação do administrador - sem sufocá-lo, mas protegendo a sociedade de desmandos e manipulação dos cargos públicos. IV - Incompatibilidade dos INCISOS IV, V, VI, VII, VIII, E IX, DA LEI Nº 289/2005, DO MUNICÍPIO DE TRACUNHAÉM, com o Texto constitucional estadual, por estabelecerem situações genéricas e indefinidas, remetendo ao administrador público a tarefa de configuração das conjunturas específicas, atribuição esta vedada pela norma constitucional invocada. [...] - Procedência do pedido do Procurador Geral de Justiça para declarar a inconstitucionalidade dos incisos IV, V, VI, VII e VIII e IX do art. 3º da Lei nº 289 do Município de Tracunhanhém, por ofensa ao inciso VII do art. 97 da Constituição do Estado de Pernambuco. Decisão unânime. (ADI 162271-7, TJPE, j. 14/05/2010) [grifo nosso]

Nesse mesmo diapasão, nossa Suprema Corte fixou o entendimento no sentido de que:

A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: CF, art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão, em lei, dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse

público; d) interesse público excepcional. II. Lei 6.094/2000, do Estado do Espírito Santo, que autoriza o Poder Executivo a contratar, temporariamente, defensores públicos: inconstitucionalidade.<sup>6</sup> (Grifo nosso)

Por encerrarem, portanto, exceção à regra do certame público (CR/88, art. 37, II), as hipóteses de incidência da contratação temporária, deverão estar expressas em lei formal específica e não poderão deixar de especificar a contingência fática que evidencia a situação de emergência, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal.<sup>7</sup>

Nesse sentido, é necessário acentuar que as Constituições da República e do Estado determinam ao legislador ordinário que preveja, em lei, casos que justifiquem a contratação.

Incontornável, pois, o vício da inconstitucionalidade contido na legislação municipal.

#### 2.4 Lei Complementar Municipal que regula hipótese de contratação temporária por excepcional interesse público. Programa de caráter permanente que obsta a contratação temporária, situando-se dentro da regra do concurso público para provimento dos cargos por servidores cuja investidura deve ser efetiva. Inconstitucionalidade.

Como é possível inferir do art. 42 transcrito, a situação ali prevista não se insere, às escâncaras, na hipótese de excepcionalidade, que diz respeito à

---

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.229-6/ES. Pleno. DJU 25.06.04.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.210. Pleno. J 11/11/2004. Rel. Min. Carlos Velloso.

ocorrência de fato inesperado ou imprevisto relativo ao interesse público, *i. e.*, o interesse social ou o da Administração Pública, considerada como tal.

Daí dispor a Constituição da República:

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:

[...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; [...] (Grifo nosso)

Diógenes Gasparini, ao discorrer sobre os requisitos a serem observados para a contratação temporária, destaca:

Por necessidade temporária entende-se a qualificada por sua transitoriedade; a que não é permanente; aquela que se sabe ter um fim próximo. Em suma, a que é passageira. [...]

Basta a transitoriedade da situação e o excepcional interesse público. Mas, ainda, não é tudo. Tem-se de demonstrar a impossibilidade do atendimento com os recursos humanos de que dispõe a Administração Pública ou, conforme ensina Celso Antonio Bandeira de Mello (*Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 82), “cumpre que tal contratação seja indispensável; vale dizer, indubitavelmente não haja meios de supri-la com remanejamento de pessoal ou redobrado esforço dos servidores já existentes”.<sup>8</sup>

Portanto, para serem levadas a efeito, as contratações temporárias (art. 22, *caput*, da CE/89) devem atender a três pressupostos intrínsecos<sup>9</sup>: a *determinabilidade temporal*, a *temporariedade* e a *excepcionalidade*.

<sup>8</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>9</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor público na atualidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 30.

A *determinabilidade temporal* condiciona a vigência do contrato temporário a prazo certo e determinado, diferentemente do que ocorre com as regras comuns, estatutária ou celetista, que prevêm relação jurídica funcional por prazo indeterminado.

José dos Santos Carvalho Filho assim conceitua a determinabilidade temporal:

O regime especial deve atender a três pressupostos inafastáveis. O primeiro deles é a determinabilidade temporal da contratação, ou seja, os contratos firmados com esses servidores devem ter sempre prazo determinado, contrariamente, aliás, do que ocorre nos regimes estatutário e trabalhista, em que a regra consiste na indeterminação do prazo da relação de trabalho. Constitui, porém evidente simulação a celebração de contratos de locação de serviços como instrumento para recrutar servidores, ainda que seja do interesse de empresas públicas e sociedade de economia mista.<sup>10</sup> (grifo nosso)

O pressuposto da *temporiedade* é substancialmente diferente; guarda relação com a natureza temporária da necessidade que gerou a formação do vínculo.

O que permite a contratação temporária, de acordo com o segundo pressuposto, é a necessidade efêmera do vínculo especial, independentemente da eventual natureza permanente da função pública.

A fraude constitucional aparece, contudo, se a função é de exigibilidade permanente e a contratação não se dá por excepcional necessidade temporária, concretamente motivada e devidamente amparada em lei.

É o que conclui Cármen Lúcia Antunes Rocha, em consonância com o posicionamento do Desembargador Araken de Assis, *verbis*:

---

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 500.

A necessidade que impõe o comportamento há de ser temporária, segundo os termos constitucionalmente traçados. Pode-se dar que a necessidade do desempenho não seja temporária, que ela até tenha de ser permanente. Mas a necessidade, por ser contínua e até mesmo ser objeto de uma resposta administrativa contida ou expressa num cargo que se encontre, eventualmente, desprovido, é que torna aplicável a hipótese constitucionalmente manifestada pela expressão 'necessidade temporária'. Quer-se, então, dizer que a necessidade das funções é contínua, mas aquela que determina a forma especial de designação de alguém para desempenhá-las é temporária. Esse é o caso, por exemplo, de função de magistério ou de enfermeiro ou de médico a prestar o serviço em posto de saúde [...] Até o advento do concurso público [...] <sup>11</sup>

A contratação temporária de pessoal, prevista no art. 37, IX, da CR/88, portanto, há de se fundar em necessidade eventual. Tratando-se de necessidade permanente, como é a hipótese elencada na lei complementar municipal hostilizada, caracterizar-se-á a inconstitucionalidade da norma.<sup>12</sup>

Ao discorrer sobre o segundo pressuposto constitucional da contratação temporária, José dos Santos Carvalho Filho afirma:

Depois, temos o pressuposto da temporiedade da função: a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária. Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. Está, por isso, descartada a admissão de servidores temporários para o exercício de funções permanentes; se tal ocorrer, porém, haverá indisfarçável simulação, e a admissão será inteiramente inválida. Lamentavelmente, algumas Administrações, insensíveis (para dizer o mínimo) ao citado pressuposto, tentam fazer contratações temporárias para funções permanentes, em flagrante tentativa de fraudar a regra constitucional. Tal conduta, além de dissimular a ilegalidade do objetivo, não pode ter outro elemento

---

<sup>11</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 242.

<sup>12</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Cível n.º 70.000.438.069. Rel. Des. Araken de Assis. j. 09.02.2000.

mobilizador senão o de favorecer a alguns apaniguados para ingressarem no serviço público sem concurso, o que caracteriza inegável desvio de finalidade.<sup>13</sup>

O pressuposto derradeiro é o da *excepcionalidade* da contratação temporária. Caracteriza-a a situação atípica, nas hipóteses previstas em lei, caso em que se admite o regime especial.

É pacífica a orientação doutrinária:

A Constituição prevê que a lei (entende-se: federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso) estabelecerá os casos de contratação para o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX). Trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarrem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos). A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, “necessidade temporária”), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse comum que se tem de acobertar.<sup>14</sup>

Nossa Suprema Corte já firmou entendimento sobre os requisitos da referida contratação:

A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: CF, art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em

---

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2006. p. 500.

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

comissão referidos no inciso II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão, em lei, dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional. II. Lei 6.094/2000, do Estado do Espírito Santo, que autoriza o Poder Executivo a contratar, temporariamente, defensores públicos: inconstitucionalidade.<sup>15</sup>

E mais:

Servidor público: contratação temporária excepcional (CF, art. 37, IX): inconstitucionalidade de sua aplicação para a admissão de servidores para funções burocráticas ordinárias e permanentes.<sup>16</sup>

Inconstitucionalidade da previsão da nomeação de auditores e controladores sem aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, conforme determina o art. 37, II, da Constituição Federal.<sup>17</sup>

Vale lembrar ainda:

Se a necessidade de contratar da Administração não é temporária, nem resulta de circunstâncias especiais, mas é permanente e resulta da necessidade rotineira do serviço, o que é evidenciado pelas sucessivas prorrogações de contratações que deveriam ser temporárias, é inafastável a exigência constitucional de concurso público. Desrespeitada a exigência, deve ser cominada a nulidade prevista no art. 37, §2º, da Constituição.<sup>18</sup>

Constatada, assim, a clara ofensa aos artigos 21, *caput* e §1º, e 22, *caput*, da Constituição do Estado pelo dispositivo da lei sobejamente elencado.

---

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.229-6/ES. Pleno. DJU 25.06.2004.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.987. Pleno. DJ 02.04.2004.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.280. Pleno. DJ 25.06.2004.

<sup>18</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Cível n.º 1.000.263.180-4/00. 5ª C. Cível. Rel. Des. Maria Elza, j. 16.05.2002.

Isso porque os Programas de atendimento à população na área da saúde, educação e comunicação, a exemplo do PSF, Programa de Inclusão Digital e outros, não possuem caráter temporário nem excepcional, uma vez que, além de retratarem a prestação de serviços públicos invariavelmente necessários e não sazonais, vêm sendo, justamente por isso, implementados entre os entes federados, com prazos indeterminados, o que expõe, portanto, o **caráter permanente**.

Afastado o caráter de *transitoriedade* conferido aos programas governamentais, voltados para a saúde da população, clara a necessidade de **concurso público** para o provimento dos cargos a eles vinculados, excetuando-se os de Agente Comunitário de Saúde e Agente de Combate às Endemias, que devem ser contratados de acordo com o previsto no art. 198, §§ 4º, 5º e 6º, da Constituição Federal.

Nesse sentido, em recente decisão esse egrégio Tribunal de Justiça deixou consignado que:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINAR. EMENDA INDEVIDA À INICIAL. NULIDADE DA SENTENÇA. REJEITADA. MÉRITO. CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS. PROFISSIONAIS CONTRATADOS PARA O PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA. ATIVIDADES ROTINEIRAS DO INTERESSE DA MUNICIPALIDADE. NECESSIDADE PERMANENTE DA ADMINISTRAÇÃO. DESCARACTERIZAÇÃO DA NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. LEI ESPECÍFICA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, INCISOS II E IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE. A sentença deve refletir a realidade fática existente no momento em que é proferida. Portanto, se houve aprovação de lei no curso da lide que influa em seu julgamento, deve ser aplicada a regra do artigo 462 do CPC. A possibilidade de contratação temporária não é regra, mas sim, exceção, devendo ser desta forma interpretada pelos Legisladores Municipais sob pena de incorrer em ofensa ao disposto no artigo 37,

inciso II, da Constituição Federal. Demonstrado que lei municipal, que regulamenta a contratação temporária, prevista no artigo 37, IX da Constituição Federal, a tem como regra e não atende ao excepcional interesse público ou ao requisito da temporariedade, impõe-se a declaração incidental de sua inconstitucionalidade, uma vez que as leis municipais devem observar os princípios estabelecidos na própria Constituição, e também na Constituição do Estado a que pertencer.<sup>19</sup>

Colhe-se ainda do voto do eminente Relator:

[...]

Conforme prevê o artigo 29 da Constituição Federal, as leis municipais, seja a lei orgânica ou leis ordinárias, devem observar os princípios estabelecidos na própria Constituição, também na Constituição do Estado a que pertencer e, dentre os princípios que deve conter, estão os descritos no art. 37 da Carta Magna.

[...]

Bem de se ver que tais contratações visavam o preenchimento de cargos e funções relativas a atividades rotineiras do interesse da municipalidade e de necessidade permanente da Administração que, por isso mesmo, deveriam ser providos por servidores efetivos concursados.

[...]

Cumprе ressaltar que a determinação para a realização do concurso público não vincula os profissionais à forma de atendimento do PSF. Os servidores aprovados poderão desempenhar suas funções em quaisquer outras estratégias ou programas futuramente adotados pelo Município para o atendimento da saúde básica, que hoje é realizado através do Programa Saúde da Família.

[...]

Ademais, o conteúdo jurídico aqui aventado já foi objeto de recente debate em nossa Suprema Corte, tendo o Ministro Ricardo Lewandowski manifestado em seu voto, no bojo do julgamento da Reclamação n.º 4464, o seguinte:

---

<sup>19</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 1.0317.07.077474-8/002. Comarca de Itabira. Rel. Des. Armando Freire. Julgamento em 09.12.2008. DJ 30.01.2009.

*O que diz o Ministério Público na inicial? Na inicial ele faz alusão ao inquérito civil público e diz exatamente isto:  
“(...) o PSF é, na verdade, uma Política de Governo que dura há mais de 10 (dez) anos, não havendo que se falar em admissão temporária, até porque a saúde é um direito permanente de todos e obrigação do Estado (...)” Então ele exige que essas admissões se façam em caráter permanente, e, penso eu, segundo o regime estatutário.<sup>20</sup> (Grifo nosso)*

Extraí-se, então, desse voto, que os programas governamentais, sem prazo determinado, demandam certame público, face o seu caráter permanente.

## 2.5 Lei Complementar Municipal. Cargos comissionados. Inexistência de atribuições concernentes à chefia, assessoramento e direção. Inconstitucionalidade. Precedentes do STF.

A análise dos Anexos II e VI da Lei Complementar n.º 009/2011, permite verificar que alguns dos cargos ali previstos não possuem o vínculo de confiança exigido de assessores, chefes ou diretores, requisito essencial dos cargos de provimento em comissão.

Ademais, deduz-se das atribuições previstas no Anexo VI da referida Lei, que os cargos de *Chefe de Gabinete, Procurador Municipal, Motorista do Gabinete e Chefe de Divisão* não encerram atividades que careçam de vínculo de confiança entre a autoridade nomeante e o respectivo nomeado.

A toda evidência, essa criação de cargos comissionados contrapõe-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,

---

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recl. n.º 4464. Rel. Carlos Britto. j. 20 maio 2009. DJ 20/08/2009.

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.

O propósito, certamente, não foi assentar pessoas de confiança em cargos relevantes, no comando superior da Câmara Municipal, a fim de buscar a eficiência administrativa e, por consequência, um serviço de melhor qualidade para a população. A real intenção que se percebe, diversamente, foi abrigar, sem concurso público e em detrimento do erário, cargos em comissão para *funções meramente técnicas ou subalternas*.

Não se pode olvidar que constitui uma das principais características dos cargos em comissão a livre nomeação e exoneração dos servidores comissionados. Assim assevera Jessé Torres Pereira Júnior, 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.'<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 503p. p. 89.

Portanto, os cargos enumerados no Anexo II e VI da Lei Complementar n.º 009/2001, afastaram-se dos direcionamentos doutrinários mais abalizados, segundo os quais:

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.<sup>22</sup>

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.<sup>23</sup>

Acerca do tema, sedimentou-se, no STF, entendimento no sentido de que:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, II E V. CRIAÇÃO DE CARGOS 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

<sup>22</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 503p. p. 91.

<sup>23</sup> ob. cit. p. 89.

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.<sup>24</sup> (Grifos nossos)

Extrai-se do voto proferido pelo ministro Joaquim Barbosa, por ocasião do julgamento da ADI nº 3.602/GO:

A lei impugnada, dentre outros, criou os cargos em comissão de Perito Médico-Psiquiátrico, Perito Médico-Clínico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação. **Como se vê, trata-se de cargos com atribuições estritamente técnicas para cujo exercício não há necessidade de qualquer relação de confiança entre o servidor nomeado e seu superior hierárquico.**

A toda evidência, são cargos que devem ser preenchidos por servidores regularmente admitidos após aprovação em concurso público, como determina o art. 37, II da Constituição federal.

**Ressalto que o Supremo Tribunal Federal tem interpretado essa norma constitucional do art. 37, II como exigência de que a exceção à regra do provimento de cargos por concurso público só se justifica concretamente com a demonstração - e a devida regulamentação por lei - de que as atribuições de determinado cargo sejam mais bem atendidas por meio do provimento em comissão, no qual se exige a relação de confiança entre a autoridade competente para efetuar a nomeação e o servidor nomeado** (ADI 1.141, tel. Min, Ellen Gracie, Pleno DJ de 29.08.2003; ADI 2.427-MC, rel. min. Nelson Jobim, Pleno DJ de 08.08.2003; ADI 1.269/MC, rel. min. Carlos Velloso, DJ de 25.08.1995). Esse entendimento já se consolidara sob a vigência da Constituição anterior (Rp 1.368, rel. min. Moreira Alves, Pleno, j. 21.05.1987; Rp 1.282, rel. min. Octavio Gallotti, Pleno, j. 12.12.1985).

---

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.602/GO. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em 14.4.2011. DJ 7.6.2011.

Em síntese, a lei 15.224/2005 do estado de Goiás, em relação aos dispositivos ora impugnados, viola o art. 37, II e V da Constituição federal de 1988 porque criou cargos em comissão: (i) que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção; e (ii) que não demandam relação de confiança típica dos cargos de provimento em comissão.<sup>25</sup> (Grifos nossos)

No mesmo sentido tem decidido os demais tribunais de nosso país:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 2.705/04, do município de sapucaia do sul. CARGO EM COMISSÃO, motorista especial - CC4. inconstitucionalidade material, cargo destinado ao desempenho de atividade burocrática e permanente. atribuições não relacionadas com as de direção, chefia ou assessoramento. desatendimento da regra dos arts. 8º E 32, da Constituição do estado. AÇÃO PROCEDENTE. (ADI Nº 70017748104. TJRS. J. 26/02/2007)

CONTRATO ADMINISTRATIVO. SERVIÇO TÉCNICO PROFISSIONAL ESPECIALIZADO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ATO VINCULADO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ESTAR O SERVIÇO MARCADO PELA SINGULARIDADE OU NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. NOMEAÇÃO, POSTERIOR, DOS CONTRATADOS, PARA CARGOS EM COMISSÃO. INADMISSIBILIDADE. MERAS FUNCOES TÉCNICO-ADMINISTRATIVAS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Só podem ser nomeados para cargos em comissão no serviço público aqueles que tenham influência de decisão política ou para função de chefia e direção. Assim, serviços técnicos profissionais rotineiros, como os de contadores ou contabilistas administrativos, embora com a rotulação de auditores, jamais podem ser providos em comissão.

2. O ato administrativo de dispensa de licitação, para contratação de profissionais de notória especialização é vinculado a lei, o que exige da autoridade competente o esclarecimento do motivo e do dispositivo em que se baseou a dispensa.

---

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.602/GO. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em 14.4.2011. DJ 7.6.2011.

3. Se inexistir documento firmado entre a administração pública e o servidor, contratado por prazo determinado e fim específico, prevendo que este receberia vantagem pecuniária adicional do que a prevista para o cargo a que foi nomeado, não tem ele título jurídico para receber remuneração maior.”

(TJPR, Ap. Civ. 103651-1, Acórdão nº 20396, Irati, 1ª Câmara Cível, Relator Airvaldo Stella Alves, DJPR 24/9/2001)

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. CARGOS EM COMISSÃO. CRIAÇÃO. Inconstitucionalidade do inc. I, letras "c", "d" e "e" do art. 3º da Lei nº 526/2001, do Município de Novo Hamburgo, pertinente à criação dos cargos em comissão de **Coordenador do Departamento de Estudos e Projetos**, Coordenador do Departamento de Controle de Projetos e Coordenador do Departamento de Cadastro Digital, porquanto são atividades técnicas e burocráticas, as quais não se revestem das características próprias para o preenchimento de cargos em comissão, em especial as funções de direção, chefia e assessoramento. Exegese do art. 32, caput, da Constituição Estadual. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70018657759, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Augusto Monte Lopes, Julgado em 14/05/2007)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE nonoai. LEI MUNICIPAL N. 1.289/90, QUE DISPOE SOBRE os quadros de cargos e funções públicas do município. Cargos em comissão. Art. 32 do COstituição estadual.

SÃO INCONSTITUCIONAIS, POR OFENSA AO ART. 32 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, OS DISPOSITIVOS DE LEI MUNICIPAL QUE CRIAM CARGOS EM COMISSÃO DE ASSESSOR ADMINISTRATIVO, COORDENADOR GERAL DE OBRAS, ASSESSOR DE GABINETE, **CHEFE DE DEPARTAMENTO**, TESOUREIRO, ASSISTENTE SOCIAL, OFICIAL DE GABINETE, SEC. JUNTA DE SERVIÇO MILITAR, MOTORISTA DO PREFEITO, SUB-PREFEITO, ASSESSOR DE PLANEJAMENTO, DIRIGENTE DE NÚCLEO, ASSESSOR DE IMPRENSA, CHEFE DE TURMA, ASSESSOR JURÍDICO, FISCAL LOTADOR E ASSESSOR CONTÁBIL, POR SE TRATAR DE FUNÇÕES TÉCNICAS,

BUROCRÁTICAS E DE CARÁTER PERMANENTE, CUJO DESEMPENHO ESTÁ ABSOLUTAMENTE DESCOMPROMETIDO COM OS NÍVEIS DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (TJRS. Tribunal Pleno. ADI n.º Nº 70021961941) [grifo nosso]

Também esse e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais declarou a inconstitucionalidade de dispositivos semelhantes aos ora impugnados e insertos em leis municipais. Assim, veja-se:

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. 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, 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).<sup>26</sup> (Grifo nosso)

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Leis complementares que criam cargos em comissão. Violação aos artigos 21, § 1º e 23, da Constituição do Estado de Minas Gerais. Eleição para provimento de cargos de diretores de escolas municipais. Atribuição exclusiva do chefe do Poder Executivo. Inconstitucionalidade. **Os cargos em comissão, forma excepcional de provimento de cargos da Administração Pública, são utilizados para funções de chefia, direção e assessoramento, sendo vedado ao Município criar cargos comissionados para a realização de atividades meramente técnicas ou burocráticas, sob pena de se ofender aos princípios da moralidade e impessoalidade que norteiam o serviço público.** É competência privativa do Chefe do Poder Executivo o provimento de cargos em comissão de diretor de escola pública, sendo vedado o processo eleitoral ou seletivo para o seu provimento.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.09.489872-3/000 – Rel. Des. Herculano Rodrigues. Julgamento em 9.9.2009 - DJ 27.11.2009.

<sup>27</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.10.017509-0/000 – Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos. Julgamento em 22.6.2011 - DJ 22.7.2011.

Especificamente sobre o cargo de Procurador do Município<sup>28</sup>, vale transcrever o entendimento do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul:

No que tange aos cargos de Procurador Adjunto as atribuições atinentes a tais cargos possuem características técnicas e operacionais, de natureza permanente, próprias de cargos efetivos.

Corroborando tal entendimento o fato de que no âmbito Estadual, os cargos equivalentes aos acima citados são exercidos por servidores efetivos admitidos mediante concurso público, tais como Procuradores de Estado e Defensores Públicos. O mesmo acontece na esfera Federal, sendo que as atividades de Advogado da União, Assistente Jurídico da AGU e Procurador da Fazenda Nacional, por exemplo, estão sendo consideradas como 'atividades exclusivas de Estado', com o que os servidores ocupantes desses cargos terão critérios e garantias especiais para a perda do cargo por insuficiência de desempenho ou por excesso de despesa (arts. 41, 169 e 247 da CF/88), o que reforça a assertiva de que tais funções são incompatíveis com o regime de livre exoneração que caracteriza os cargos em comissão.

Na análise das atividades efetivamente desenvolvidas pelos servidores, não se encontram elementos capazes de justificar que tais atividades sejam exercidas por ocupantes de cargos em comissão, pois as mesmas não exigem um comprometimento político, uma

---

<sup>28</sup> Em caso similar, já decidiu o STF: 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 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. [STF. ADI 4261 RO. Rel. Min. AYRES BRITTO. 02/08/2010]

fidelidade às diretrizes governamentais estabelecidas, tampouco uma lealdade pessoal à autoridade superior.

E atividades meramente técnicas e profissionais, de natureza permanente, são próprias de cargos efetivos, conforme entendimento firmado nesta Corte (Pareceres n.ºs 61/89, 53/92 e 207/92), na Procuradoria-Geral do Estado (Parecer n.º 8028) e no Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida na Representação n.º 1282-4-SP e em liminar deferida na ADIN n.º 1.141.3-Goiás.

Cabe, ainda, mencionar o pertinente voto do Exmo. Des. Rel. Alfredo Guilherme Englert no Agravo Regimental n.º 70011550241:

“De fato, melhor analisando a matéria, me convenço que devo incluir, também, **o cargo de Procurador do Município**, porquanto há de existir uma carreira para os Advogados do Município, **a ser preenchida mediante concurso público, sendo que apenas o Procurador-Geral pode ser FG ou CC.**

De fato, é devidamente consabido que o serviço público brasileiro, consoante se infere da estrutura da Constituição, é desempenhado por pessoas que ocupam cargos criados por lei e, em princípio, o preenchimento desses cargos exige concurso público. Por exceção, consoante se observa no art. 37, II, da Constituição, o preenchimento pode ser por livre escolha da autoridade superior, nos chamados “cargos em comissão”. Esta espécie de provimento pressupõe relação de confiança, pois a missão da pessoa investida no cargo consistirá em implantar políticas públicas ou funcionar como autêntica longa manus da autoridade.

Mas, o modelo está em crise. De um lado, o empreguismo não condiz com o concurso, sabidamente o pior meio, à exceção de todos os outros, para recrutar pessoal para a Administração Pública. De outro lado, os ocupantes de cargos de provimento efetivo acabam desfrutando de estabilidade e não podem ser despedidos sem processo administrativo prévio. O Prefeito de Farroupilha, Bolívar Pasqual, declarou ao jornal “Pioneiro”, edição de 07.01.05, p. 16, o seguinte:

“Se o município precisar cortar gastos, não posso demitir servidores, porque eles têm estabilidade. Os CCs eu posso demitir a qualquer tempo”.

Atente-se, no entanto, para o fato de que a existência de estabilidade não é razão suficiente para se criar cargos em comissão fora das reduzidas hipóteses chefia, direção e assessoramento.

Ora, na hipótese em comento, note-se que, na síntese das atribuições atinentes ao Procurador do Município (fl. 08, do Processo nº 70011525219), tem-se: “Procurador do Município, Padrão CC-13: Realizar a representação judicial do Município, a consultoria e o assessoramento jurídico do Poder Executivo; exercer tarefas afins”. **Trata-se de cargo, em princípio, técnico. A [boa] representação do Município independe de relação de estrita confiança para implementação de diretrizes políticas. Diferente, por óbvio, seria a situação do Procurador-Geral do Município, esse cargo sim, passível de provimento via FG ou CC, tendo em vista eventual hipótese concreta.**

De outra banda, em que pese constar, na síntese do cargo, a função de “assessoramento”, a toda evidência sua simples menção no texto legal não tem o condão de transmutar a natureza do cargo, que continuará a ser de provimento via concurso público, dadas as suas características inerentes.” (Agravo Regimental Nº 70011550241, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alfredo Guilherme Englert, Julgado em 09/05/2005) (grifei)

A exigência constitucional (CF/88, art. 37, V e CEMG/89, art. 21, §1º e art. 23), no tocante a que os cargos em comissão somente sejam direcionados à direção, chefia e assessoramento, vinculou o legislador infraconstitucional, que não conta com a faculdade de criá-los, dando-lhes atribuições da sua conveniência.

Portanto, somente em situações excepcionais é que se pode dispensar o concurso público, sob pena de ofensa ao princípio da igual acessibilidade aos cargos públicos previsto, expressamente, nos incisos I e II do artigo 37 da Carta Magna, bem como aos princípios da moralidade administrativa, da eficiência e da impessoalidade (CEMG, art. 13).

Não se desconhece, lado outro, que a multiplicação dos cargos em comissão tem efeito nefasto sobre a eficiência dos serviços afetos à Administração

Pública e causa um sentimento de desânimo no servidor público efetivo, o qual perde a expectativa de galgar comandos mais altos na estrutura administrativa interna. Ficam estes à mercê do grupo político que vencer as eleições, os quais costumam nomear pessoas sem a mínima consciência e capacidade técnica específica para desempenhar a função confiada, sem embargo de serem alçadas a chefe de quem provou sua eficiência mediante concurso público, avaliação de desempenho e se dedica integralmente há anos à atividade.

A experiência empírica demonstra, aliás, que o Município, em desvio de finalidade, deixa de instituir por lei as **funções de confiança**, porque desinteressantes; haja vista que estas impõem, na expressa dicção constitucional (art. 37, V), a nomeação de servidores ocupantes de cargos efetivos. Opta, então, por abraçar tudo sob o genérico e conveniente manto de cargo em comissão, para viabilizar a total liberdade de nomeação.

A inconstitucionalidade da Lei Complementar sobressai mais cristalina da leitura do texto do art. 13, I, porquanto estatui que todos os cargos em comissão serão de recrutamento amplo, em ofensa ao art. 37, V, da CR, repetido no art. 23 da CE.

Outrossim, inexistente na referida norma qualquer previsão de percentual mínimo a ser ocupados por servidores de carreira!

Diógenes Gasparini, discorrendo sobre os requisitos a serem observados para a escolha dos servidores ocupantes de cargos em comissão, afirma:

A autoridade competente para nomear escolhe, observados os requisitos legais, o futuro servidor. Por essa forma são preenchidos os cargos de provimento em comissão, declarados, por lei, de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, da CF). A escolha não é absolutamente livre como era antes, pois tais cargos deverão ser

preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei (art. 37, V, da CF) Tais cargos, nos termos desse inciso, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Dita lei será da competência de cada uma das entidades federadas (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município). (Grifo nosso)<sup>29</sup>

Idêntico é o posicionamento do professor José dos Santos Carvalho

Filho:

O texto constitucional anterior estabelecia que os cargos em comissão e as funções de confiança deveriam ser exercidos **preferencialmente** por servidores ocupantes de cargos de carreira técnica ou profissional. A EC nº 19/98, da reforma do Estado, todavia, alterando o inciso V do art. 37, restringiu essa investidura, limitando o exercício o exercício de funções de confiança a servidores ocupantes de cargo efetivo e a investidura em cargos em comissão a servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, devendo as atribuições de tais funções e cargos destinar-se apenas à chefia, direção e assessoramento. A norma ora vigente limita a investidura, em cargos em comissão, de pessoas que não pertencem aos quadros públicos, com o que se procurará evitar tantos casos de imoralidade e nepotismo existentes em todos os setores da Administração. (Grifo nosso)<sup>30</sup>

Sobre o tema, eis o que decidiu esse eg. Tribunal de Justiça:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL - CARGOS EM COMISSÃO - PREVISÃO DE PROVIMENTO EM SUA INTEGRALIDADE POR RECRUTAMENTO AMPLO - INCONSTITUCIONALIDADE - OCORRÊNCIA - PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. - É inconstitucional lei municipal que prevê que todos os cargos em

<sup>29</sup>GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 7 ed., São Paulo : Saraiva, 2002, p. 183.

<sup>30</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 475

comissão da Prefeitura são, em sua totalidade, de recrutamento amplo.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.08.470785-0/000 - COMARCA DE BOA ESPERANÇA - REQUERENTE(S): PG JUSTIÇA - REQUERIDO(A)(S): MUNICÍPIO DE BOA ESPERANÇA, CÂMARA MUN BOA ESPERANCA - RELATOR: EXMO. SR. DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Portanto, a inconstitucionalidade fica explícita com a leitura do diploma normativo objurgado, através da qual se percebe o desvirtuado do quadro de cargos em comissão elencados.

### **3 Conclusão**

Esta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade, valendo-se das suas atribuições constitucionais e infraconstitucionais, ante o exposto e considerando a inconstitucionalidade dos dispositivos legais apontados;

Considerando, outrossim, que ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, sendo, para tanto, seu dever constitucional o combate às leis e atos normativos inconstitucionais, consoante se extrai do art. 129, IV, da Constituição da República/88; do art. 120, IV, da Constituição do Estado de Minas Gerais; do 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 Legiferante, 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;

RECOMENDA ao Prefeito Municipal, em relação à LC n.º 009/2011:

- a) a adequação da redação, incluindo-se, na parte final do inciso I do art. 13, a expressão “e limitado”;
- b) a adequação da redação do art. 42 e Anexo VII, para que seja exigido concurso público para os cargos atinentes ao Programa Saúde da Família e ao Programa de Inclusão Digital, ante seu caráter permanente;
- c) a revogação do art. 61;
- d) a adequação da redação dos Anexos II, V e VI, excluindo-se os cargos comissionados de *Chefe de Gabinete, Procurador Municipal, Motorista do Gabinete e Chefe de Divisão*, por não se tratar de funções de chefia, direção e assessoramento.
- e) A inclusão, no texto da lei, de um percentual mínimo de cargos comissionados a ser preenchido por servidores de carreira.

1) 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 QUINZE 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.

2) 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:

a) a divulgação adequada e imediata da presente recomendação;

b) informações por escrito, no prazo de dez dias, contados a partir do vencimento do prazo fixado no item 1, sobre o cumprimento ou não da presente recomendação.

Belo Horizonte, 08 de janeiro de 2013.

MARIA ANGÉLICA SAID  
Procuradora de Justiça  
Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade