

JMPMG JURÍDICO

Edição Patrimônio Público • 2017
ISSN 1809-8673

Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Mala Direta
Postal
9912297003/2012-DR/MG
PGJ
CORREIOS



PATRIMÔNIO PÚBLICO
NOTAS TÉCNICAS - 2017
VOLUME 1

ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Antônio Sérgio Tonet
Procurador-Geral de Justiça

Paulo Roberto Moreira Caçado
Corregedor-Geral do Ministério Público

Alceu José Torres Marques
Ouvidor do Ministério Público

Márcio Heli de Andrade
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico

Helena Rosa Portes
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo

Rômulo de Carvalho Ferraz
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional

Edson Ribeiro Baeta
Chefe de Gabinete

João Medeiros Silva Neto
Secretário-Geral

Clarissa Duarte Martins
Diretora-Geral

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Nedens Ulisses Freire Vieira
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Antônio de Padova Marchi Júnior
Coordenador Pedagógico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Ana Rachel Brandão Ladeira
Superintendente de Formação e Aperfeiçoamento

João Paulo de Carvalho Gavidia
Diretor de Produção Editorial

FICHA TÉCNICA

Coordenação da publicação: José Carlos Fernandes Júnior

Editoração e diagramação: João Paulo de Carvalho Gavidia
Lucio Guimarães Silva (estágio)

Revisão: Luiz Carlos Freitas Pereira
Rafael Vinicius de Carvalho Picinin (estágio)
Isabella Albuquerque Goncalves (estágio)

Foto da capa: Created by Bearfotos - Freepik.com

Produzido, editorado e diagramado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (CEAF), em dezembro de 2017 e janeiro de 2018.



APRESENTAÇÃO

Tem-se presenciado, nos últimos anos, uma reformulação do perfil do Ministério Público, oriunda das mudanças conjunturais que tem sofrido a sociedade. A cidadania vem sendo exercida de maneira mais efetiva, os direitos, não só os individuais, mas coletivos, vêm sendo exigidos com maior veemência por uma sociedade mais participativa e crítica.

Dentro desse contexto, a atuação resolutiva do Ministério Público tem se tornando cada vez mais imprescindível, não se admitindo uma postura apática, inerte, que aguarde provocação para agir. É imperioso que o *Parquet* persista numa atuação institucional célere, proativa e efetiva.

Nessa nova sistemática, a postura dialógica do Ministério Público coopera na promoção do Estado Democrático de Direito. O Ministério Público desapega-se da forma tradicional demandista, dependente da intervenção judicial, para buscar a resolução de conflitos construída sob os alicerces do diálogo e do consenso, executando com maior eficiência seu mister constitucional.

Nessa toada, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Recomendação n.º 54, em 28 de março de 2017, dispondo sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público. O artigo inaugural determina que “sem prejuízo da respectiva autonomia administrativa, cada ramo do Ministério Público adotará medidas normativas e administrativas destinadas a estimular a atuação resolutiva dos respectivos membros e a cultura institucional orientada para a entrega à sociedade de resultados socialmente relevantes”. O mesmo instrumento normativo define como atuação resolutiva “aquela por meio da qual o membro, no âmbito de suas atribuições, contribui decisivamente para prevenir ou solucionar, de modo efetivo, o conflito, problema ou a controvérsia envolvendo a concretização de direitos ou interesses para cuja defesa e proteção é legitimado o Ministério Público, bem como para prevenir, inibir ou reparar adequadamente a lesão ou ameaça a esses direitos ou interesses e efetivar as sanções aplicadas judicialmente em face dos correspondentes ilícitos, assegurando-lhes a máxima efetividade possível por meio do uso regular dos instrumentos jurídicos que lhe são disponibilizados para a resolução extrajudicial ou judicial dessas situações”.

Destarte, mostra-se imperioso que todos os membros do Ministério Público internalizem a diretriz resolutiva, numa atuação que busque a antecipação até mesmo da crise e não a simples espera pelo surgimento do problema, estimulando, entre outros, a preservação do patrimônio público por meio de práticas de boa governança no seio da Administração Pública.

É com este espírito que o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público do Ministério Público do Estado de Minas Gerais tem se esmerado em oferecer aos órgãos de execução ministerial mineiro um material de apoio que efetivamente contribua com o exercício de suas funções constitucionais, direcionado a uma atuação preventiva, valorizando o diálogo e almejando, de fato, uma solução extrajudicial, reservando a atuação judicial somente para os casos em que se mostre infrutífera ou desarrazoada uma solução extrajudicial.

Com a presente publicação e os dois volumes que a seguem, espera-se colaborar com a formação de uma opinião republicana entre os operadores do direito e gestores públicos em geral, numa área tão sensível e, ao mesmo tempo, tão intimamente ligada ao cotidiano do cidadão como é a defesa do patrimônio público.

Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2018

José Carlos Fernandes Júnior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAOPP

Equipe de apoio do CAOPP

Anna Flavia Lehman Battaglia - Analista do MP
Michele Moreira Ferreira e Hauck Guimarães - Analista do MP
Patrícia Rodrigues da Costa - Analista do MP

Christiane Pereira Turner de Araújo - Oficial do MP
Sheila Muniz Villani - Oficial do MP
Veronice Soares Pereira - Oficial do MP

Bruna Gonçalves Paranhos - Estagiária de graduação do MP (Direito)
Rafael Ribeiro Caldeira Rocha - Estagiário de Pós-Graduação (Direito)
Samara Fernandes da Cruz Aguiar - Estagiária de Pós-Graduação (Direito)

Sumário

Nota Jurídica n.º 01/2017	05
Nepotismo. Contratação temporária e/ou nomeação cargo em comissão. Parente de vereador. Súmula vinculante n. 13.	
Nota Jurídica n.º 02/2017	12
Vereador no exercício da advocacia. Impedimentos e Incompatibilidades. Estatuto da OAB.	
Nota Jurídica n.º 03/2017	13
Engenheiro. Servidor efetivo. Prestação de serviços a outros entes públicos mediante contrato administrativo.	
Nota Jurídica n.º 04/2017	16
Relatório de Inteligência Financeira. Orientações gerais.	
Nota Jurídica n.º 05/2017	18
Enfermagem. Cargo público efetivo. Contratação temporária via procedimento licitatório.	
Nota Jurídica n.º 06/2017	22
Chefia de gabinete do prefeito. Nepotismo. Súmula vinculante n. 13.	
Nota Jurídica n.º 07/2017	25
Outorga de uso privativo de bens públicos pela administração pública a particular. Utilização de parque de exposições.	
Nota Jurídica n.º 08/2017	31
Desconcentração do serviço público. Delegação de mera competência para execução de atividade administrativa.	
Nota Jurídica n.º 09/2017	35
Possibilidade de restrição de concessão de auxílio-doença. Cirurgias plásticas estéticas.	
Nota Jurídica n.º 10/2017	37
Autonomia administrativa e financeira de autarquia municipal. Gestão do Poder Executivo municipal.	
Nota Jurídica n.º 11/2017	42
Recomposição automática do teto remuneratório do serviço público municipal.	
Nota Jurídica n.º 12/2017	44
Contratação temporária ou designação de outro servidor efetivo para exercício de funções de cargo público efetivo, cujo titular encontra-se afastado.	
Nota Jurídica n.º 13/2017	50
Dízimo partidário. Extensão do termo “autoridade pública. Exclusão de servidores com funções de assessoria.	
Nota Jurídica n.º 14/2017	54
Procurador-Geral do Município. Incompatibilidade excepcionada ao exercício da advocacia.	
Nota Jurídica n.º 15/2017	58
Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública (COSIP) destinada às despesas com energia elétrica em prédios públicos.	
Nota Jurídica n.º 16/2017	61
Contratação de fundação para realização de concurso público. Dispensa de licitação.	
Nota Jurídica n.º 17/2017	64
Dedicação exclusiva de secretário municipal. Acumulação de cargos públicos.	
Nota Jurídica n.º 18/2017	68
Equiparação de vencimentos para cargos assemelhados de Poderes distintos. Mesa diretora de Câmara de Vereadores.	
Nota Jurídica n.º 19/2017	71
Secretário municipal sócio de concessionária de transporte coletivo. Majoração da tarifa cobrada pela prestação do serviço de transporte.	

Ementa: Súmula Vinculante. Regramento Legal. Súmula Vinculante n.º 13. Nepotismo. Análise doutrinária e jurisprudencial. Caso concreto. Contratação temporária e/ou nomeação cargo em comissão. Parente de vereador. Orientações Gerais.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Promotor de Justiça Júlio César Teixeira Crivellari, da Comarca de Mar de Espanha, relacionada a eventual violação ao princípio da impessoalidade e/ou da independência dos poderes no caso de contratação temporária de servidor (sem concurso público, portanto) ou a nomeação de servidor para o cargo em comissão, pelo chefe do Poder Executivo, de parente até 3.º grau inclusive, de vereadores que exercem o mandato no mesmo município, mesmo não havendo reciprocidade de contratações/nomeações.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

A questão em apreço, smj, merece abordagem sob a óptica da Súmula Vinculante n.º 13 do STF, que naturalmente abarca discussão a respeito dos princípios apontados pelo Promotor de Justiça solicitante, bem como de vários outros, quando da análise de situações fáticas que envolvem a contratação/nomeação de parentes de agentes políticos.

2.1 Considerações iniciais acerca das súmulas vinculantes

A súmula vinculante sempre foi discutida no cenário jurídico brasileiro como uma forma de resolver graves problemas na prestação jurisdicional, sobretudo a morosidade e a falta de uniformização na interpretação do direito.

A EC n.º 45/2004, a fim de tornar a prestação jurisdicional mais célere e efetiva, ao tentar implementar a denominada Reforma do Judiciário inseriu o art. 103-A na Constituição Federal (CF), trazendo as súmulas de observância obrigatória regulamentadas pela Lei n.º 11.417/2006.

O art. 103-A da CF assim dispõe:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem

como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

O projeto inicial da EC n.º45/2004 estendia aos Tribunais Superiores a possibilidade de editarem súmulas com efeito vinculante. No entanto, tal permissivo foi retirado pela Comissão de Constituição de Justiça do Senado. Atualmente, só o STF é legitimado a editá-las.

Segundo Alexandre de Moraes,¹

As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à ideia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.

Na própria Constituição, tais súmulas têm por objeto a interpretação, a validade e a eficácia de normas determinadas em que exista controvérsia constitucional, a qual acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão (CF, art. 103-A, §1.º). Seus enunciados vinculam não só os órgãos do Poder Judiciário, mas também a administração pública direta e indireta municipal, estadual ou federal.

2.2 Procedimento de aprovação, revisão e cancelamento de súmula vinculante

O STF, de ofício ou mediante provocação², é o único órgão competente para a aprovação de súmulas com efeito vinculante. Trata-se, portanto, de competência exclusiva, que não pode ser exercida por outro tribunal.

Para que haja a edição de súmula vinculante é necessário que coexistam os seguintes requisitos: reiteradas decisões sobre matéria constitucional; normas acerca das quais haja controvérsia atual entre os órgãos do Judiciário ou entre esses e administração pública; potencialidade de grave insegurança jurídica; relevante multiplicação de processos;

1 In Direito Constitucional. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

2 Os legitimados a proporem a edição, cancelamento ou revisão de súmulas vinculantes são os mesmos legitimados ao ajuizamento das ações diretas de inconstitucionalidade (CF, art. 103).

aprovação por, no mínimo, dois terços dos integrantes do Supremo Tribunal Federal.

Caso não consiga a aprovação pelo *quorum mínimo de dois terços dos membros do tribunal*, a súmula será apenas persuasiva, não vinculando os demais órgãos do Judiciário e a administração pública, servindo apenas como orientação e indicativo da jurisprudência pacificada no tribunal.

2.3 Diferenças entre súmula vinculante e súmula “ordinária” (tradicional)

As súmulas ordinárias ou tradicionais, também denominadas súmulas persuasivas, servem apenas para demonstrar o entendimento consagrado pelo respectivo órgão julgador e orientar os demais na aplicação do direito.

As vinculantes, como o próprio nome sugere, têm o condão de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário (à exceção do STF e do legislador, como será visto mais adiante), bem como a administração pública direta e indireta, à aplicação do entendimento jurídico nelas expresso.

Segundo José Afonso da Silva³,

as súmulas persuasivas constituem um repositório extremamente importante para se conhecer a orientação do tribunal a respeito de determinadas matérias, mas não são de observância obrigatória, não são impositivas, ainda que o tribunal que as produziu tenda a decidir na sua conformidade. Outra coisa são as súmulas vinculantes, que constituem regras pretorianas, criadas pelo STF. São também regras-síntese da jurisprudência predominante com força normativa e imperativa [...]. (grifo nosso)

Os tribunais ainda podem editar suas próprias súmulas (persuasivas) de acordo as suas regras regimentais, que servirão apenas como orientação e demonstrativo da jurisprudência pacificada no respectivo tribunal, não possuindo força obrigatória. O atributo da obrigatoriedade só existe quando se tratar de súmulas editadas pelo STF e desde que obedecidos os contornos procedimentais previstos na CF.

2.4 Principais finalidades das súmulas vinculantes

A morosidade, reconhecidamente um dos problemas mais prejudiciais à justiça brasileira, retira grande parte da credibilidade e da legitimação do Poder Judiciário. A Constituição da República, a fim de amenizar esse mal, além de criar as súmulas vinculantes, erigiu a celeridade processual à categoria de direito fundamental (CF, art. 5.º, LXXVIII) ao determinar que a prestação jurisdicional seja entregue dentro de um prazo razoável.

Outra grave mazela que não raras vezes ocorre é a aplicação díspar do direito em relação a idênticas situações de fato. Essa anomalia provoca inaceitável insegurança jurídica,

além de vulnerabilizar um dos princípios mais basilares do Estado Democrático de Direito: o da isonomia.

Nas palavras do Ministro Victor Nunes Leal,⁴

razões pragmáticas, inspiradas no princípio da igualdade, aconselham que a jurisprudência tenha relativa estabilidade. Os pleitos iguais, dentro de um contexto social e histórico, não devem ter soluções diferentes. A opinião leiga não compreende a contrariedade dos julgados, nem o comércio jurídico a tolera, pelo natural anseio de segurança.

Com a edição dessas súmulas obrigatórias, em conjunto com as normas processuais pertinentes, a “justiça” será prestada de maneira mais rápida, alcançando a tão propalada efetividade (CF, art. 5.º, XXXV), e haverá uma uniformização da interpretação e aplicação das normas jurídicas a fim de contemplar os princípios da segurança jurídica e da isonomia.

2.5 Exceções ao efeito obrigatório das súmulas vinculantes

As súmulas editadas com base no art. 103-A da Constituição Federal, como já frisado alhures, vinculam não só os órgãos do Poder Judiciário. Incidem seus efeitos obrigatórios também sobre a administração pública direta e indireta municipal, estadual ou federal.

A vinculação dos órgãos do Poder Judiciário e da administração pública é de grande valia ao princípio da segurança jurídica. O Ministro Carlos Veloso aduz que no sistema judicial norte-americano, que garante aos indivíduos, de modo amplo, a tutela jurisdicional, todos os tribunais estão vinculados às decisões da Suprema Corte, nos casos em iguais estados de fato em que a decisão da Suprema Corte foi tomada. Isso, sem dúvida, proporciona segurança jurídica⁵.

Contudo, a regra contempla algumas exceções. Os efeitos cogentes dessas súmulas não incidem sobre o legislador. Este pode, perfeitamente, editar lei em sentido contrário à tese firmada pela súmula vinculante. Entender de modo contrário, segundo o Ministro César Peluso, provocaria uma inconcebível fossilização da Constituição da República, tornando o legislador um mero órgão subalterno do Supremo Tribunal Federal.

A ideia de fossilização da Constituição está relacionada ao fato de o legislador, caso essas súmulas vinculassem a atividade legiferante, não poder inovar no ordenamento jurídico, o que impediria a normal, saudável e necessária evolução do direito.

O caráter obrigatório dessas súmulas também não vincula o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o art. 103-A: “[...] a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário [...]”. Como se observa, a expressão “em rela-

4 In Atualidades do Supremo Tribunal, RF 208/17.

5 VELOSO, Carlos Mário da Silva. Do poder judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico – efeito vinculante em outros temas. *Revista dos Tribunais*, ano 6, n.º 25, out./dez. 1998. p.10.

3 In Comentário Contextual à Constituição. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ção aos demais órgãos” exclui a Corte Suprema do efeito vinculativo dessas súmulas.

A competência exclusiva do STF para proceder ao cancelamento ou à revisão dos entendimentos esposados nas súmulas vinculantes não pode, por decorrência lógica, sofrer o efeito vinculante de tais enunciados, sob pena de inviabilizar a sua função revisora.

2.6 Consequências em caso de a administração pública descumprir ou de fazer aplicação indevida das súmulas vinculantes

O art. 103-A, §3.º, da CF, prevê a possibilidade de se manejar reclamação ao STF com a finalidade de anular ato administrativo ou cassar decisão judicial que contrarie ou aplique indevidamente os preceitos descritos nas súmulas vinculantes.

Sendo o STF o órgão encarregado da guarda da Constituição e incumbido de dizer a “última palavra” sobre a interpretação das normas constitucionais, o desrespeito às súmulas vinculantes equivale à violação da própria Constituição.

O ato infraconstitucional, tanto administrativo quanto legislativo, em desconformidade com a Lei Maior perde o fundamento de validade, já que as normas ali contidas expressam a vontade imediata do órgão popular soberano (assembleia, comissão ou, como no Brasil se convencionou denominar em relação à experiência de 1988, Congresso Constituinte).

Partindo-se de um raciocínio lógico direto, é imperioso reconhecer que a Constituição Federal, por ser hierarquicamente superior — ao situar-se no mais alto patamar hierárquico formal ou em decorrência da alta carga axiológica de seu conteúdo —, comanda toda a produção legislativa e administrativa inserta em determinada ordem jurídico-constitucional.

Portanto, toda produção administrativa ou legislativa deve obedecer aos comandos constitucionais, inclusive às súmulas vinculantes, sob pena de nulidade.

A função primordial da reclamação, em última análise, é garantir o respeito e a aplicabilidade das decisões e enunciados normativos emitidos pelo Supremo Tribunal Federal, resguardando a força normativa da Constituição Federal.

Desse modo, dos atos administrativos que desrespeitem os enunciados normativos emitidos pelo Supremo Tribunal, por ser o órgão incumbido da interpretação da Carta Magna, cabe reclamação constitucional, que terá o condão de anular o ato viciado.

Deve-se registrar que a reclamação constitucional não impede o uso de outros mecanismos aptos à anulação dos atos administrativos inconstitucionais. Pode-se, perfeitamente, por exemplo, utilizar-se da ação popular ou da ação civil pública para atacar o ato administrativo inconstitucional, como ocorre no presente caso.

3 Súmula Vinculante n.º 13 – O combate ao nepotismo

3.1 Noções gerais

A consagração do nepotismo na esfera institucional do poder político não pode ser tolerada, sob pena de o processo de governo – que há de ser impessoal, transparente e fundado em bases éticas – ser conduzido a verdadeiro retrocesso histórico, o que constituirá, na perspectiva da atualização e modernização do aparelho de Estado, situação de todo inaceitável. O fato é um só, Senhor Presidente: quem tem o poder e a força do Estado, em suas mãos, não tem o direito de exercer, em seu próprio benefício, a autoridade que lhe é conferida pelas leis da República. O nepotismo, além de refletir um gesto ilegítimo de dominação patrimonial do Estado, desrespeita os postulados republicanos da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa. E esta Suprema Corte, Senhor Presidente, não pode permanecer indiferente a tão graves transgressões da ordem constitucional. (grifo do original em trecho do voto do Min. Celso de Melo, RE 579.951/RN).

O termo nepotismo é de origem bastante remota. Desde a Idade Média, percebe-se a existência de favorecimento dos “nepos” (netos) ou “nepotis” (sobrinhos) e parentes em geral em prejuízo dos demais membros da sociedade.

As primeiras menções conhecidas do termo são da língua latina exatamente em razão do liame original com a Igreja Católica. Àquela época, a instituição papal confundia-se com o Estado, administrando patrimônio superior às monarquias e exercendo poder temporal mais próximo do que hoje se pode denominar soberania (inclusive a inserção de uma ordem jurídica canônica mais efetiva do que as estatais propriamente ditas). Daí advém a explicação de que a gestão do bem comum (e os vícios a ela inerentes, como o nepotismo) na Idade Média associa-se de forma mais evidente à Igreja do que às instituições monárquicas feudais.

A essa visão do termo associam as descrições tecnicamente mais atuais das enciclopédias:

Nepotismo s.m. 1. Política adotada por certos papas que consistia em favorecer sistematicamente suas famílias. - 2. Abuso de crédito em favor de parentes ou amigos. - 3. Favoritismo, proteção escandalosa, filhotismo. (Grande Enciclopédia Larousse Cultural, p. 4187).

Népotisme e.m (it. nepotismo, du lat. nepos “neveu”)> 1. Attitude de certains papes qui accordaient des faveurs particulières à leurs parents. 2. Abus qu’un homme em place fait de son crédit em faveur de as famille: Il a eu ce poste de haut fonctionnaire par népotisme”. (Dictionnaire Encyclopédique Illustré pour la maîtrise de la langue française, la culture classique et contemporaine, p. 1074⁶)

A origem histórica da prática remete às mesmas bases constatadas na atualidade. Assim como as rotineiras investidas de membros de famílias papais no alto escalão da Igreja, as nomeações de parentes para funções públicas (em sentido lato, aí compreendidos os cargos, empregos públicos e funções em sentido estrito) sem processo objetivo de seleção, no Estado contemporâneo, configuram

⁶ *apud* GARCIA, Emerson. **O nepotismo**. Disponível em: <http://www.jus.com.br>. Último acesso em: 20.fev.2006.

objetivamente nepotismo em qualquer das variações semânticas da palavra.

A marca ilícita do nepotismo situa-se exatamente na dose considerável de influência do vínculo familiar como motivação do ato administrativo. O agente que dá causa à nomeação ou à contratação tem como instrumento precípuo a possibilidade real de manejo da vontade administrativa (de forma direta, praticando ele mesmo o ato de provimento; ou indireta, a partir da ação de outros agentes) para fazer valer o critério de parentesco sobre as regras principiológicas constitucionais.

Deveras, é a partir da penetração da influência familiar no processo de ingresso do nepote⁷ na administração pública que se verifica a quebra da moralidade administrativa, em que se imiscuem as searas privada e pública, que se atenta contra a isonomia dos administrados e que se impulsiona a ineficiência da máquina estatal.

3.2 Edição da Súmula Vinculante n.º 13

A Constituição da República, art. 37, *caput*, traz o que se pode chamar de “espinha dorsal” da principiologia que rege 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: [...]” (grifo nosso)

A administração pública deve, pois, obediência a determinados princípios que, diante das modernas doutrinas neoconstitucionalistas, possuem inegável força normativa direta.

Nos dizeres de Canotilho, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, os princípios constitucionais consubstanciam “regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e positivamente vinculantes.”

Ao resguardar os princípios administrativos e tornar mais clarividente o conteúdo do comando constitucional, a Súmula Vinculante n.º 13 declara ser ofensiva à Constituição a prática do nepotismo.

A edição da referida súmula teve como ponto de partida o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 12, em que se discutia a constitucionalidade da Resolução 07/2005 do CNJ, relativa à vedação da prática de nepotismo no âmbito do Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, ao exarar a mencionada decisão, delineou e encampou os fundamentos desenhados pelo Ministro Carlos Ayres de Britto, relator da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 12, para declarar a constitucionalidade das prescrições proibitivas emitidas pelo Conselho Nacional de Justiça, declarando-os amoldados à principiologia constitucional administrativa.

O Min. Ricardo Lewandowski, tendo como paradigma os julgamentos da ADC n.º 12 e do RE 579.951/RN, propôs a edição da Súmula Vinculante n.º 13, na qual reconhece como inconstitucional a prática do nepotismo, estendendo

a proibição a todos os Poderes da República, aprovada com a seguinte redação:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a constituição federal.

A súmula retrocitada, segundo entendimento do próprio STF, não trouxe nenhuma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, visto que a proibição do nepotismo deflui do próprio texto constitucional (art. 37, *caput*), pois, ao exigir da administração pública a obediência aos princípios da moralidade, impessoalidade, eficiência etc., em linhas implícitas, veda a nefasta prática do nepotismo. Em outras palavras, pode-se dizer que a CF/1988 sempre vedou a prática do nepotismo.

Tal entendimento foi reconhecido no julgamento da ADC n.º 12 ao assentar, inclusive, que “não é necessária a lei formal para aplicação do princípio da moralidade”(trecho do voto do Min. Menezes Direito).

3.3 Abrangência da Súmula Vinculante N.º 13

A) Em relação à Administração

O texto da Súmula n.º 13/STF deixa clara a vedação ao nepotismo que abrange toda a administração pública direta ou indireta, abarcando, inclusive, as pessoas jurídicas de direito privado componentes desta. A súmula em comento aplica-se também aos Tribunais de Contas e ao Ministério Público, sejam estaduais ou da União.

Não cabe aqui a interpretação restritiva que exclui da incidência da súmula a administração indireta que explora atividade econômica, como são, em princípio, as sociedades de economia mista e as empresas públicas. É que essas pessoas jurídicas, apesar de serem regidas, em regra, pelo direito privado, sofrem também a influência de algumas normas de direito público, possuindo regramento híbrido devido ao interesse público que também as permeia.

O Conselho Nacional do Ministério Público, em louvável iniciativa, já havia proibido, por meio da Resolução n.º 01/2005, a prática do nepotismo no âmbito de todo o Ministério Público antes mesmo da edição da súmula sob análise.

Em relação aos Tribunais de Contas, o STF⁸ já se pronunciou a respeito, entendendo que a nomeação para o cargo de conselheiro de contas, por ser de natureza administrativa, e não política, enquadra-se na vedação da Súmula 13.

Portanto, em resumo, a Súmula 13/STF incide em toda a administração pública, sem qualquer ressalva em relação à administração direta ou indireta, devendo-se buscar

7 s.m. [...] 3. favorito, protegido. (Dicionário Eletrônico Rideel).

8 Ag, Reg. na Medida Cautelar na Reclamação 6.702-5/PR

sempre uma interpretação extensiva para a eficaz tutela dos princípios administrativos consagrados pela Lei Maior.

B) Em relação aos cargos

Para determinar o exato alcance da Súmula 13/STF, cabe, ainda que de forma superficial, fazer uma distinção entre cargos de natureza administrativa e cargos de natureza política.

Os cargos administrativos são os criados por lei para o preenchimento mediante concurso, bem como aqueles em comissão ou tidos como funções de confiança. Por sua vez, os cargos de natureza política são os que decorrem da própria Constituição, fazendo parte da estrutura governamental propriamente dita, como, por exemplo, ministro de Estado, secretário estadual, secretário municipal, todos com a característica da possibilidade de exoneração *ad nutum*.

A divergência surge é no tocante à incidência ou não da súmula em relação à nomeação de parentes para cargos de natureza política. Mas o STF entendeu que fica de fora do alcance da vedação do nepotismo os cargos de natureza política, conforme se extrai da ementa a seguir.

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE N.º 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. 1. Impossibilidade de submissão do reclamante. Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante n.º 13, por se tratar de cargo de natureza política. 2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008. 3. Ocorrência da fumaça do bom direito. 4. Ausência de sentido em relação às alegações externadas pelo agravante quanto à conduta do prolator da decisão ora agravada. (...). (agravo regimental em medida cautelar na Reclamação n.º 6.650-9/PR)

No entanto, mesmo que o cargo seja de natureza política, não está o nomeante livre para provê-lo, sabido que, em algumas situações, a nomeação está eivada de interesses escusos, imorais e antiéticos.

De acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski, mesmo que, em tese, a nomeação para cargos políticos não incida na vedação constitucional, não pode haver total liberdade da autoridade nomeante, devendo a análise sobre existência de nepotismo ser feita caso a caso. O eminente ministro ressaltou:

Eu me permitiria fazer uma pequena observação. Por ocasião do julgamento do leading case que levou à edição da Súmula 13 estabeleceu-se que o fato de a nomeação ser para um cargo político nem sempre, pelo menos a meu ver, descaracteriza o nepotismo. É preciso examinar caso a caso para verificar se houve fraude à lei ou nepotismo cruzado, que poderia ensejar a anulação do ato. (agravo regimental em medida cautelar na Reclamação n.º 6.650-9/PR)

Em linhas parecidas, também o Ministro Ayres Brito afirmou que só os cargos e as funções singelamente administrativos são alcançados pelo artigo 37 da Constituição Federal,

“mas isto não significa que os princípios da moralidade e da impessoalidade não se aplicam aos dirigentes políticos”.

Em regra, não se aplica a Súmula Vinculante n.º 13 às nomeações de parentes para cargos de natureza política, salvo se essas nomeações caracterizarem o denominado “nepotismo cruzado”⁹, ou seja, designações recíprocas mediante ajuste das autoridades nomeantes, ou manifesta afronta aos princípios administrativos, principalmente o da moralidade e o da impessoalidade.

Portanto, é conclusão inafastável que a não incidência da Súmula 13/STF às nomeações para cargos políticos não pode ser tida como regra absoluta, devendo ser cada caso analisado à luz do princípio da razoabilidade e dos demais postulados fundantes da administração pública.

C) Em relação ao parentesco

A Súmula Vinculante n.º 13 fixou como parâmetro de aferição objetiva da influência familiar na nomeação para ocupar cargo público ou para contratar com o poder público o terceiro grau de parentesco, tendo incluído os parentes por afinidade colaterais de terceiro grau.

As regras de parentesco que encerram maior objetividade, afóra os casuísmos regionais ou de camadas sociais específicas, são os preceitos do Código Civil de 2002, o qual estabelece em seu art. 1.595, § 1.º: “O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro”.

Em face do disposto no Código Civil, o Ministro Carlos Ayres Brito, do Supremo Tribunal Federal, ao proferir seu voto inicial na ação declaratória de constitucionalidade n.º 12/2006, assim se manifestou:

I - a Resolução n.º 7/05, ato normativo que tenho como de natureza primária, podia mesmo fazer do terceiro grau de parentesco um critério de inibição ao “nepotismo”. Impedida estava, no entanto, de criar um novo grau de parentesco, devido a que essa matéria é de caráter civil, reservada pela Constituição à competência do Poder Legislativo Federal. E o fato é que ela (Resolução n.º 07/05) distendeu as fronteiras do parentesco para incluir os “parentes de 3º grau” na linha colateral por afinidade, ultrapassando, assim, o instituto do cunhado. Daí a necessidade de emprestar-se interpretação conforme aos incisos do art. 2.º da Resolução n.º 07 do CNJ, para restringir o parentesco por afinidade, na linha colateral, “aos irmãos do cônjuge ou companheiro.”¹⁰

Entretanto, na mesma sessão de julgamento, os ministros do Supremo Tribunal Federal concluíram que a Resolução n.º 07 do CNJ não estabelecia e nem criava a hipótese de parentesco. Adotava como critério de inibição do nepotismo o terceiro grau das relações familiares, o que não pressupõe necessariamente o parentesco legal.

A realidade social brasileira demonstra diferentes conceitos de parentesco. Desde a adoção “à brasileira” do concunhado, a sociedade tende a abraçar laços familiares que, muito

⁹ O nepotismo cruzado ocorre quando uma autoridade nomeia determinado indivíduo, que é parente de outra autoridade; esta, por sua vez, como forma de retribuir o “favor”, nomeia um parente daquela.

¹⁰ Voto condutor da decisão exarada em 16.2.2006, na ADC 12, do Min. Carlos Ayres Brito, item 45; grifos acrescentados.

embora sejam encontrados com frequência admirável, não são reconhecidos juridicamente como parentesco.

Em vista de tais fatos, o então Ministro Nelson Jobim ressaltou que “a vigência absoluta do princípio da impessoalidade não estaria garantido pelo parentesco estabelecido no Código Civil”. E que “não teremos impessoalidade efetiva se deixarmos em aberto a questão do parentesco por afinidade, que o Conselho Nacional de Justiça fechou”.

O Ministro César Peluso ressaltou: “o problema não é definir o parentesco, mas as pessoas que tendem a ser escolhidas pela parentela. Aplica-se a mesma *ratio iuris* dos parentes consanguíneos aos parentes por afinidade”.

Dessa forma, a Súmula Vinculante n.º 13 adotou, para inibição do nepotismo, o parentesco até o terceiro grau, inclusive o atinente aos parentes colaterais por afinidade, o mesmo critério utilizado pela Resolução n.º 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça, adaptando ao Direito Administrativo e à realidade sociocultural brasileira o conceito de parentesco.

Desse modo, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal consignado na Súmula Vinculante n.º 13, são parentes para fins administrativos, no Direito brasileiro, devendo ser tomados como potenciais agentes motivadores do ato de nepotismo, os parentes até o terceiro grau, inclusive por afinidade na linha colateral.

4 Da dúvida do Promotor de Justiça solicitante

Uma das situações expostas refere-se à nomeação de parente (até 3.º grau inclusive) de vereador, para o exercício de **cargo em comissão** em órgão público municipal, efetivada pelo chefe do Poder Executivo.

Ressalve-se, de pronto, que a nomeação para a pasta de **secretário municipal**, sabidamente **cargo de natureza política**, com múnus governamental, tem merecido tratamento específico quando confrontada com a Súmula Vinculante n.º 13 do STF.

Em tal hipótese, para configurar situação de nepotismo não basta tão somente a relação de parentesco, mas também a demonstração de manifesta afronta aos princípios administrativos, principalmente aos da moralidade, da eficiência, da razoabilidade e da impessoalidade.

Como exemplo de ofensa à Súmula Vinculante n.º 13 e, conseqüentemente, aos princípios que norteiam a administração pública, inclusive o da impessoalidade, em nomeações envolvendo cargos políticos há, entre outros:

1) nomeação de um parente (até o 3.º grau inclusive) de vereador para o cargo de secretário municipal, em reciprocidade à nomeação de um parente do prefeito para algum cargo em comissão da Câmara Municipal de Vereadores;

2) nomeação de dois ou mais parentes (até o 3.º grau inclusive) do prefeito para cargos de secretário municipal, sem a

demonstração de qualquer condição especial, notadamente no campo da capacitação profissional, dos ditos parentes.

A propósito, trecho da lúcida decisão da doutra Ministra do STF Ellen Gracie, prolatada nos autos da Reclamação n.º 8625, de 24 de abril de 2010:

[...] A Súmula Vinculante 13 se encontra assim redigida:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. (DOU 29.8.2008).

Da simples leitura do enunciado da Súmula Vinculante 13, poder-se-ia concluir, a princípio, que todas as nomeações para cargos políticos não se enquadrariam nas hipóteses elencadas nessa súmula.

Conquanto o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 12.9.2008, tenha decidido que a nomeação de parentes para cargos políticos, naquele caso específico, não configuraria afronta aos princípios constitucionais que regem a administração pública, dada a sua natureza política, tal conclusão não pode ser, a meu ver, levada ao extremo de permitir a formação de verdadeiros “feudos familiares” na administração pública.

Não há que falar em liberdades e direitos absolutos dos mandatários da República quanto aos atos de livre escolha de parentes para o exercício de cargos de natureza política, sob pena de subversão dos valores que devem nortear o desempenho das funções públicas, representados pelo princípio maior da moralidade, inerente ao Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se ainda que o verdadeiro objetivo da edição da Súmula Vinculante 13 foi o de coibir práticas imorais reiteradas e atentatórias à administração pública.

[...]

Não desconheço que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que as nomeações para cargos políticos não se enquadram, a princípio, nas hipóteses elencadas na súmula ora em exame (Reclamações 6.650-MC-AgR/PR, de que fui relatora, Plenário, DJe 21.11.2008; e 7.590-MC/PR, rel. Min. Menezes Direito, DJe 20.02.2009).

A apuração de supostos casos de nepotismo deve ser realizada, necessariamente, de acordo com cada caso concreto. Nos casos anteriormente elencados, tratava-se de nomeação de um único irmão de governador para cargo de secretário estadual (Reclamação 6.650/PR) e de nomeação de uma filha de prefeita para cargo de secretária municipal (Reclamação 7.590/PR).

[...]

Todavia, caso tal entendimento seja aceito com tamanha largueza, poderemos, em futuro próximo, presenciar o preenchimento da maioria ou até mesmo da totalidade dos cargos de secretário municipal por parentes de prefeitos. Certamente esse não é o espírito da juris-

prudência desta Suprema Corte e que a levou a editar a Súmula Vinculante 13.

[...]

A esta Corte foi atribuída a honrosa tarefa de guardiã maior dos princípios e valores da Constituição. Compete-lhe a nobre missão de dizer o direito, em sua última e derradeira acepção. Não pode esta Suprema Corte de Justiça se omitir diante de situações absurdas como a presente, de império do nepotismo, prática repulsiva reiterada eleição após eleição.

Penso que está na hora de esta Suprema Corte coibir esses exageros. A questão da nomeação de parentes para cargos de secretário municipal e estadual deve ser tratada caso a caso, com o objetivo de evitar injustiças e ingerências desproporcionais em relação à livre nomeação para cargos de natureza política.

A atuação desta Corte deve sempre se balizar pelo bom senso. Entretanto, tem que ser firme ao indicar o norte da moralidade e da idoneidade no desempenho da atividade pública [...]

O mesmo, no entanto, não se aplica aos cargos de livre nomeação e exoneração (recrutamento amplo), **de natureza administrativa**, desprovidos de qualquer múnus governamental e, por isso, com incidência mais assertiva da súmula vinculante em apreço.

Reclamação - Constitucional e administrativo - Nepotismo - Súmula vinculante nº 13 - Distinção entre cargos políticos e administrativos - Procedência. 1. **Os cargos políticos são caracterizados não apenas por serem de livre nomeação ou exoneração, fundadas na fidúcia, mas também por seus titulares serem detentores de um munus governamental decorrente da Constituição Federal, não estando os seus ocupantes enquadrados na classificação de agentes administrativos.** 2. Em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso, a fim de se verificar eventual 'troca de favores' ou fraude a lei. 3. Decisão judicial que anula ato de nomeação para cargo político apenas com fundamento na relação de parentesco estabelecida entre o nomeado e o chefe do Poder Executivo, em todas as esferas da federação, diverge do entendimento da Suprema Corte consubstanciado na Súmula Vinculante nº 13." (Rcl 7590, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 30.9.2014, DJe de 14.11.2014)

Em relação a tais cargos em comissão, de natureza administrativa, **de recrutamento amplo**, como se vê, a nomeação pelo chefe do Executivo Municipal de parentes (até o 3.º grau inclusive) de vereadores infringe, em regra, a Súmula Vinculante n.º 13 do STF.

Obviamente que, na hipótese de cargos em comissão, **com recrutamento limitado ao quadro de efetivos**, o simples parentesco do servidor efetivo com um vereador, por si só, não impede nomear.

Em situações como essa, por força inclusive do **princípio da razoabilidade**, exige-se também a demonstração de manifesta afronta aos princípios administrativos, principalmente aos da moralidade, da eficiência, da razoabilidade e da impessoalidade (nas hipóteses de "troca de favores" ou da autoridade nomeante ser o parente do nomeado), sob pena de caracterização de evidente entrave ilegal imposto ao servidor efetivo que, sabidamente, fez uma opção de

carreira na administração pública, inclusive com ingresso mediante concurso público.

No que se refere especificamente à **contratação temporária**, adotadas as medidas administrativas exigidas pelos princípios que norteiam a administração pública, em especial o da **impessoalidade**, não há que se falar em ofensa à Súmula Vinculante n.º 13.

É sabido que a contratação temporária de pessoal para o exercício de funções públicas ocorre apenas em situações temporárias e de excepcional interesse à administração pública, já que a regra é o acesso ao cargo público por meio de concurso público (art. 37, parágrafo 2.º, CF).

Logo, em se tratando de situação que autorize de fato a contratação temporária, não haverá impeditivos para que parentes de vereadores se inscrevam no respectivo processo seletivo simplificado.

Melhor dizendo, no caso de contratações temporárias a atenção deve recair na análise da presença de seus motivos autorizadores e, ainda, nas medidas administrativas adotadas visando a assegurar respeito aos princípios que norteiam a administração pública, em especial o da **impessoalidade**.

A contratação temporária tendo sido precedida de regular processo seletivo simplificado, em respeito ao princípio da razoabilidade, não vislumbra a possibilidade de imposição de nenhum impedimento a parente de vereador, baseado exclusivamente no dito parentesco.

Ressalte-se, no entanto, que, contratação temporária precedida de processo seletivo simplificado **viciado**, tendo a presença entre os contratados irregularmente de parentes de agentes políticos municipais, por certo será um elemento a mais a ser apontado na argumentação de impugná-la.

De bom alvitre é atentar-se ainda à **legislação municipal vigente**, de modo a verificar a previsão de algum impedimento incidente sobre parentes de agentes políticos municipais, tendo em vista a autonomia política do respectivo ente federado.

Assim, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, são estas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes, sem caráter vinculativo.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento deste expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 17 de janeiro de 2017.

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO Patrimônio Público

Ementa: Vereador no exercício da advocacia. Impedimentos e Incompatibilidades. Estatuto da OAB. Lei Federal n.º 8.906/94. Advocacia criminal. Não caracterização de impedimento ou incompatibilidade.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Promotor de Justiça Erick Anderson Caldeira Costa, da Comarca de Bonfinópolis de Minas, relacionada à existência ou não de incompatibilidade/impedimento de vereador exercer advocacia, mais especificamente na defesa de réu em ação penal proposta pelo Ministério Público perante a Justiça Pública Estadual.

A indagação veio instruída com cópia de despacho judicial da Juíza de Direito Alissandra R. Machado de Matos, da Comarca de Bonfinópolis de Minas, lavrado em 11 de janeiro de 2016, determinando a notificação da subseção da OAB em João Pinheiro para que se pronunciasse a respeito de possível impedimento de vereador do município de Bonfinópolis de Minas de exercer a advocacia perante aquele juízo na defesa de réus em ações penais propostas pelo Ministério Público, bem como cópia da respectiva resposta da subseção da OAB em João Pinheiro.

Os autos vieram conclusos a este coordenador na data de ontem.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

É sabido que, quando decorrentes de lei e não de penalidade administrativa ou judicial, as proibições ao exercício da advocacia podem figurar como **incompatibilidades** ou, em menor grau de severidade, na forma de **impedimentos**. Conforme o artigo 27 da Lei 8.906/1994: “**a incompatibilidade determina a proibição total, e o impedimento, a proibição parcial do exercício da advocacia.**”

No art. 28 do Estatuto da OAB, são apontadas hipóteses de incompatibilidade:

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais;

II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juizes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; (Vide ADIN 1127-8)

III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas funda-

ções e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público;

IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro;

V - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza;

VI - militares de qualquer natureza, na ativa;

VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais;

VIII - ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

§ 1º A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente.

§ 2º Não se incluem nas hipóteses do inciso III os que não detenham poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro, a juízo do conselho competente da OAB, bem como a administração acadêmica diretamente relacionada ao magistério jurídico.

Já o art. 29 daquele mesmo diploma legal dispõe que:

Art. 29. Os Procuradores Gerais, Advogados Gerais, Defensores Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional são **exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam, durante o período da investidura.** (negrito nosso)

Como se vê, este último artigo traz uma **incompatibilidade excepcionada** ao exercício da advocacia. Veja-se doutrina de Gisela Gondim Ramos¹¹:

Incompatibilidade excepcionada - Esta figura vem definida no art. 29 do Estatuto, e abrange uma situação que, a rigor, seria de incompatibilidade, ou seja, proibição total de exercer a advocacia. Em geral, tratam-se de casos que seriam, ordinariamente enquadrados nos incisos do art. 28. Entretanto, quando se trate de uma função ou cargo, cujas atividades desenvolvidas são privativas da advocacia, o Estatuto abre uma exceção, para permitir o exercício profissional, **mas restrito às atribuições do cargo ou função.**

Mais a frente, o art. 30 do Estatuto da OAB disciplina que:

Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:

I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora;

II - os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.

Resta evidente que o exercício da vereança, mesmo que o edil não integre a mesa diretora da Casa Legislativa municipal, implica impedimento ao exercício da advocacia contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públi-

11 RAMOS, Gisela Gondim. **Estatuto da Advocacia – Comentários e Jurisprudência Selecionada.** Florianópolis: OAB/SC Editora, 4 ed., 2003, p. 468.

cas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.

No entanto, smj, tal dispositivo não implica ao advogado regularmente inscrito na OAB, com mandato de vereador, mas não integrando a mesa diretora do legislativo municipal, impeditivo para atuar na defesa de réus em toda e qualquer ação penal movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais perante a Justiça Pública Estadual.

Embora reconhecendo a controvérsia que envolve a interpretação a respeito do alcance do disposto no art. 30, inc. II, do Estatuto da OAB, o impedimento, da forma como foi sustentado, configurar-se-ia em rigorismo jurídico extremo, ainda mais quando confrontado com as limitações de acesso aos órgãos de Justiça impostas aos brasileiros menos afortunados financeiramente.

Obviamente que, demonstrado o interesse do município, no qual o advogado exerce o honroso mandato de vereador, como na hipótese de ação penal proposta pelo Ministério Público contra agentes públicos municipais pela prática de crime de peculato, o impedimento estará configurado e não apenas por força do disposto no art. 30, inc. II, da Lei n.º 8.906/1994, mas também, e especialmente, pelo que preceitua o Código de Ética e Disciplina da OAB.

Assim, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, são estas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente feito.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 12 de janeiro de 2017.

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO Patrimônio Público

Nota Jurídica n.º 03/2017

PAAF n.º 0024.17.000499-8

Comarca: PJ Mar de Espanha

Ementa: Servidor efetivo. Cargo público de engenheiro. Prestação de serviços de engenharia a outros entes públicos mediante contrato administrativo. Não configuração de acumulação irregular de cargo público. Possibilidade de ofensa ao princípio do concurso público.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Promotor de Justiça Júlio César Teixeira Crivellari, da Comarca de Mar de Espanha, relacionada a possível cumulação ilegal de cargos e funções públicas constatada no inquérito civil n.º 0398.16.000344-6 de que servidor público municipal ocupante de cargo efetivo de engenheiro teria firmado contratos administrativos com outras prefeituras para prestação rotineira de serviços típicos de cargo efetivo, inclusive alguns deles coincidentes com as funções de seu cargo público efetivo de engenheiro.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

A Constituição Federal, artigo 37, caput, estabelece que a administração pública, direta, 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.

Os princípios contidos na Constituição Federal são os fundamentos de validade de todo o ordenamento jurídico, de modo que todos os comportamentos contrários devem ser considerados inconstitucionais.

Não é por outra razão que Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que

violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumácia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (Cf. Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editores, 5 ed., 1994, p. 451).

Por isso, o ato administrativo não é válido e eficaz só por se apresentar de acordo com o ordenamento jurídico. Se contrariar princípios, não lhe será reconhecida a validade.

Diante da redação dos incisos XVI e XVII, artigo 37, da Constituição Federal, não é permitida a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, ressalvadas apenas as hipóteses explicitamente excepcionadas. Sua

incidência atinge tanto a administração pública direta como a administração indireta ou fundacional, e reciprocamente entre elas.

Tal dispositivo determina:

[...] é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais da saúde, com profissões regulamentadas.

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

Assim, as hipóteses autorizadoras compreendem pressupostos jurídicos convergentes e congruentes.

De um lado, as remunerações acumuladas só traduzem direito subjetivo público constitucional outorgado pelo Estado ao funcionário se houver o preenchimento dos requisitos da Lei Maior.

De outro, os artigos 37, inciso XVI, 95, parágrafo único, inciso I, 128, § 5.º, inciso II, letra “d”, e 17, §§ 1.º e 2.º das Disposições Transitórias, todos da Carta Magna, correspondem ao aproveitamento da capacidade técnica e científica de determinados profissionais, observada a compatibilidade de horários.

Na advertência do insuperável Hely Lopes Meirelles, sempre importará uma interpretação restritiva:

Desde a Constituição de 1967, a norma proibitória refere-se à acumulação remunerada de cargos e funções, diversamente da que lhe correspondia na Constituição de 1946, que apenas vedava a acumulação de cargos, quaisquer cargos, silenciando sobre remuneração e funções (art. 185). Daí por que em edições anteriores deste manual defendemos a legalidade da acumulação remunerada de cargo e função, sob o fundamento de que a proibição de acumular, sendo uma restrição de direito, não pode ser interpretada ampliativamente. Pela mesma razão, entendemos que atualmente inexistem óbices constitucionais à acumulação de cargos, funções ou emprego do serviço público, desde que o servidor seja remunerado apenas pelo exercício de uma das atividades remuneradas.

Evidentemente que essa ocupação ao mesmo tempo de dois ou mais cargos, empregos ou funções de natureza pública acha-se em situação vulnerável, a ponto de Dalmo de Abreu Dallari tecer ácida e infensa crítica:

A acumulação de cargos é um anacronismo. Conforme se pode observar, pelo exame da evolução desse instituto no Brasil, ela tem como fatores determinantes duas situações: o excesso de poder e a falta de pessoal qualificado. Ou servia para possibilitar que pessoas privilegiadas e bem relacionadas acumulassem poder, remuneração, influência e prestígio social, ou então, possibilitava o preenchimento de funções públicas realmente importantes em setores nos quais havia a carência de profissionais habilitados. Ora, no Brasil do século XX não mais se justificam os privilégios dos tempos da Colônia, do Império e da Velha República; nem

tem qualquer sentido falar-se em falta de profissionais para o provimento de cargos e funções na Administração Pública.

[...]

Acumular cargos e empregos públicos é e sempre será um privilégio, uma exceção ao princípio da igualdade, e, por isso, no exame dessa matéria sempre será necessário, na dúvida, adotar a posição mais restritiva, obviamente sem violentar o texto constitucional.¹²

Diógenes Gasparini adverte que os servidores tanto da fundação pública como privada não podem acumular cargo, emprego ou função pública, ante a expressa vedação contida no inciso XVII, artigo 37.^{13 14}

José Afonso da Silva acentua:

A Constituição, seguindo a tradição, veda a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções na Administração direta e nas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público, significando isso que, ressalvadas as exceções expressas (infra), não é permitido a um mesmo servidor acumular dois cargos ou funções ou empregos, nem cargo com função ou emprego, nem função com emprego, quer sejam um ou outro da Administração direta ou indireta, quer sejam um daquela e outro desta (art. 37, XVI e XVII).¹⁵

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello:

Também para evitar abusos, veda-se a acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos tanto na administração direta, como na administração indireta ou fundacional e reciprocamente entre elas, conforme dispõem os incisos XVI e XVII do art. 37, ressalvadas certas hipóteses expressamente arroladas e desde que haja compatibilidade de horário.¹⁶

Além deles, Ivan Barbosa Rigolin também acentua:

[...] entende-se a proibição de acumular, agora, aos postos de trabalho de toda e qualquer fundação mantida pelo poder público (até mesmo particulares, se o poder público as mantiver). Percebe-se, às claras, o propósito de ampliar e generalizar, tanto quanto possível, a regra proibitiva do duplo ganho, por qualquer servidor do poder público...¹⁷

Deve-se atentar para o fato de que a Reforma Administrativa introduzida pela Emenda Constitucional n.º 19, de 5 de junho de 1998, não alterou o panorama jurídico da questão firmada de maneira moralizadora pela Carta de 1988. Ao reverso, tornou-a mais translúcida, inclusive.

Expõe Maurício Antônio Ribeiro Lopes em referência ao citado artigo 37, inciso XVII, em vigor:

Este preceito tem por objetivo delimitar com rigor a abrangência do princípio da inacumulabilidade, tanto no que diz respeito ao tipo de provimento que receba o servidor para engajá-lo no Estado como nas entidades colhidas pelo princípio proibitório. No que diz respeito ao primeiro ponto, fica claro que

12 Regime Constitucional do Servidores Públicos, p. 69-70.

13 Redação anterior: “a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público”.

14 Direito Administrativo, p. 260, 4 ed., 1995.

15 Curso de Direito Constitucional, p. 584-585, 9 ed., 1993.

16 Curso de Direito Administrativo, p. 149, 8 ed.

17 O Servidor Público na Constituição de 1988.

a Constituição ao inadmitir a acumulação quer de cargos, quer de empregos, quer de funções, acabou por parificar as diversas situações sob as quais pode se encontrar o servidor atrelado na Administração.

De outra parte, o preceito é extremamente oportuno na medida em que referindo-se a 'fundações mantidas pelo Poder Público', veio englobar, no princípio proibitório, toda e qualquer função, acabando com a imoralidade do sistema anterior, fruto da distinção que pode ser feita entre fundações de direito público e de direito privado. Só as primeiras, por equiparadas às autarquias, é que se sujeitavam ao princípio vedador, deixando a salvo as fundações propriamente ditas ou de direito privado.

Fecha-se assim o cerco. Tanto a Administração centralizada quanto a descentralizada, em quaisquer de suas modalidades, são áreas insusceptíveis de agasalhar mais de uma relação constitucional pelo mesmo servidor. Note-se que a regra não proíbe empregos privados nas empresas privadas, desde que, é óbvio, o regime do servidor não esteja sujeito a uma regra proibitória quer de natureza constitucional, quer legal.¹⁸

Tecidas tais ponderações, passemos à análise da consulta formulada pelo Promotor de Justiça de Mar de Espanha.

Sabidamente, o vínculo entre a administração pública e o particular estabelecido por força de contrato administrativo, **em regra precedido de licitação**, diverge, e muito, daquele entre a administração pública e seu agente público no exercício de cargo e função pública. Enquanto o primeiro regula-se pelas normas pertinentes ao contrato administrativo, o exercício de cargos e funções públicas diz respeito especificamente às relações da administração pública com seus agentes, no âmbito de sua estrutura organizacional.

Mais diretamente, no caso de celebração de um contrato administrativo de prestação de serviço a administração pública opta por delegar a execução desse serviço a terceiro em vez de utilizar-se de sua própria estrutura.

Logo, não configura, **por si só**, qualquer ilegalidade o fato de um servidor público municipal, ocupante de um cargo público efetivo, vir a ser contratado administrativamente por outro órgão público, mesmo que o objeto desse contrato administrativo seja semelhante às funções pertinentes ao cargo público efetivo do qual é titular.

Isso, no entanto, não significa que sobre tal contratação não recaia qualquer regramento. Pelo contrário, sua regularidade alicerça-se em:

- **possibilidade de contratação pela administração pública sem burla ao núcleo essencial do princípio do concurso público** por meio da presença cumulativamente das seguintes condições: a) tratar-se de atividade-meio; b) não conste no quadro de cargos, empregos e funções do órgão ou entidade; c) inexistentes a pessoalidade, a habitualidade e a subordinação direta.

- estar **diretamente relacionada à execução do contrato**: a) compatibilidade de horários; b) ausência de vedação legal no ordenamento jurídico dos municípios contratantes; e c) efetiva possibilidade de prestação do serviço pelo

contratado diante da jornada de trabalho do cargo público do qual é efetivo.

Descendo ainda mais diretamente ao caso fático apresentado pelo Promotor de Justiça solicitante, denota-se que a contratação de um engenheiro ocupante de cargo público efetivo por outro órgão público, para a prestação de serviço mediante contrato administrativo, precedida de licitação, não se sujeita às normas pertinentes à acumulação de cargos, empregos e funções públicas, mas sim aos demais comandos pertinentes especificamente à relação contratual administrativa.

Prima facie, a assertiva trazida pelo Promotor de Justiça solicitante de que as contratações administrativas, embora precedidas de licitação, teriam como objeto a "prestação de serviços típicas de cargo efetivo e prestadas rotineiramente", caso efetivamente comprovada, ter-se-á, em tese, ofensa ao **princípio do concurso público**.

Assim, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, são estas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes, sem caráter vinculativo.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento deste expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 17 de janeiro de 2017.

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO Patrimônio Público

¹⁸ Comentários à Reforma Administrativa, p. 135-136.

Ementa: Relatório de Inteligência Financeira. RIF.Orientações Gerais.

Trata-se de consulta formulada pelo Promotor de Justiça Marco Aurélio Romeiro Alves Moreira, da Comarca de Tarumirim, buscando orientação de como agir diante do teor do Relatório de Inteligência Financeira n.º...

Denota-se de tal relatório, em síntese, que o Sr. ----- teria realizado movimentações bancárias atípicas, uma vez que tais movimentações seriam, em tese, incompatíveis com sua capacidade financeira, já que servidor público, com renda mensal declarada em julho de ----- de R\$-----.

O presente expediente veio concluso a este coordenador em 11 de janeiro de 2017.

Em síntese, é o relatório.

Passemos, então, ao caso em apreço.

É sabido que nossos tribunais, em regra, se mostram refratários ao deferimento judicial de afastamento dos sigilos fiscal ou bancário alicerçado exclusivamente em RIFs, como nas ementas a seguir.

Ementa: PENAL. AFASTAMENTO DOS SIGILOS FISCAL E BANCÁRIO. REQUISITOS. IMPOSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DA PROVA POR OUTROS MEIOS E LIMITAÇÃO TEMPORAL DA QUEBRA. INDÍCIOS APRESENTADOS PELA AUTORIDADE POLICIAL E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE DEMONSTRAM POSSÍVEL PAGAMENTO DE VANTAGEM INDEVIDA A PARLAMENTAR. LEGITIMIDADE DA DECRETAÇÃO. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a autorização do afastamento dos sigilos fiscal e bancário deverá indicar, mediante fundamentos idôneos, a pertinência temática, a necessidade da medida, “que o resultado não possa advir de nenhum outro meio ou fonte lícita de prova” e “existência de limitação temporal do objeto da medida, enquanto predeterminação formal do período” (MS 25812 MC, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, publicado em DJ 23-2-2006). **2. No caso, o pedido de afastamento dos sigilos fiscal e bancário encontra-se embasado, em síntese, em declarações feitas no âmbito de colaboração premiada, em depoimento prestado por pessoa supostamente envolvida nos fatos investigados e em relatório do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).** Os elementos até então colhidos indicavam possível pagamento de vantagem indevida a parlamentar em troca de influência supostamente exercida no âmbito da Petrobras, mostrando-se necessária e pertinente a decretação da medida postulada para que fossem esclarecidos os fatos investigados. Solicitação que, ademais, estava circunscrita a pessoas físicas em tese vinculadas aos fatos investigados, com CPF definidos, e limitavam-se a lapso temporal correspondente ao tempo em que teriam ocorridos os supostos repasses. 3. Agravos regimentais a que se nega provimento. (AC 3872 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal

[...] 1. Inquérito policial em trâmite na Justiça Federal, para fins de apurar suposta movimentação financeira atípica de pessoas físicas e jurídicas, devidamente identificadas, que não gozam de foro de prerrogativa de função. Dos fatos narrados na investigação policial, não há nenhum elemento probatório a apontar a participação de parlamentares, mas simplesmente de terceiros, os quais carecem de prerrogativa de foro, não bastando para deslocar a competência para o Supremo Tribunal Federal. Correta, portanto, a competência do Juízo Federal para o respectivo processamento. Precedentes.

2. Quanto à instauração de inquérito policial resultante do Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), nada há que se questionar, mostrando ele totalmente razoável, já que os elementos de convicção existentes se prestaram para o fim colimado.

3. Representação da quebra de sigilo fiscal, por parte da autoridade policial, com base unicamente no Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Representação policial que reconhece que a simples atipicidade de movimentação financeira não caracteriza crime. Não se admite a quebra do sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos (medida excepcional) como regra, ou seja, como a origem propriamente dita das investigações. Não precedeu a investigação policial de nenhuma outra diligência, ou seja, não se esgotou nenhum outro meio possível de prova, partiu-se, exclusivamente, do Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) para requerer o afastamento dos sigilos. Não foi delineado pela autoridade policial nenhum motivo sequer, apto, portanto, a demonstrar a impossibilidade de colheita de provas por outro meio que não a quebra de sigilo fiscal. Não demonstrada a impossibilidade de colheita das provas por outros meios menos lesivos, converteu-se, ilegitimamente, tal prova em instrumento de busca generalizada. Idêntico raciocínio há de se estender à requisição do Ministério Público Federal para o afastamento do sigilo bancário, porquanto referente à mesma questão e aos mesmos investigados.

4. O outro motivo determinante da insubsistência/inconsistência da prova ora obtida diz respeito à inidônea fundamentação, desprovida de embasamento concreto e carente de fundadas razões a justificar ato tão invasivo e devassador na vida dos investigados. O ponto relativo às dificuldades para a colheita de provas por meio de procedimentos menos gravosos, dada a natureza das ditas infrações financeiras e tributárias, poderia até ter sido aventado na motivação, mas não o foi; e, ainda que assim o fosse, far-se-ia necessária a demonstração com base em fatores concretos que expusessem o liame entre a atuação dos investigados e a impossibilidade em questão. A mera constatação de movimentação financeira atípica é pouco demais para amparar a quebra de sigilo; fosse assim, toda e qualquer comunicação do COAF nesse sentido implicaria, necessariamente, o afastamento do sigilo para ser elucidada. Da mesma forma, a gravidade dos fatos e a necessidade de se punir os responsáveis não se mostram como motivação idônea para justificar a medida, a qual deve se ater, exclusiva e exaustivamente, aos requisitos definidos no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo porque a regra consiste na inviolabilidade do sigilo, e a quebra, na sua exceção. Qualquer inquérito policial visa apurar a responsabilidade dos envolvidos a fim de puni-los, sendo certo que a gravidade das infrações, por si só, não sustenta a devassa da intimidade (medida de exceção), até porque qualquer crime, de eleva-

da ou reduzida gravidade (desde que punido com pena de reclusão), é suscetível de apuração mediante esse meio de prova, donde se infere que esse fator é irrelevante para sua imposição. O mesmo raciocínio pode ser empregado para a justificativa concernente ao “perigo enorme e efetivo que a ação pode causar à ordem tributária, à ordem econômica e “às relações de consumo”, as quais se encontram contidas na gravidade das infrações sob apuração. A complexidade dos fatos sob investigação também não autoriza a quebra de sigilo, considerando não ter havido a demonstração do nexo entre a referida circunstância e a impossibilidade de colheita de provas mediante outro meio menos invasivo. Provas testemunhais e periciais também se prestam para elucidar causas complexas, bastando, para isso, a realização de diligências policiais em sintonia com o andamento das ações tidas por criminosas. A mera menção aos dispositivos legais aplicáveis à espécie, por si só, também não se afigura suficiente para suportar tal medida, uma vez que se deve observar que tais dispositivos “possibilitam” a quebra, mas não a “determinam”, obrigando o preenchimento dos demais requisitos legais. Máculas que contaminaram toda a prova: falta de demonstração/comprovação inequívoca, por parte da autoridade policial, da pertinência do gravoso meio de prova (isto é, ausência da elucidação acerca da inviabilidade de apuração dos fatos por meio menos invasivo e devassador); utilização da quebra de sigilo fiscal como origem propriamente dita das investigações (instrumento de busca generalizada); ausência de demonstração exaustiva e concreta da real necessidade e imprescindibilidade do afastamento do sigilo; não demonstração, pelo Juízo de primeiro grau, da pertinência da quebra diante do contexto concreto dos fatos ora apresentados pela autoridade policial para tal medida. O deferimento da medida excepcional por parte do magistrado de primeiro grau não se revestiu de fundamentação adequada nem de apoio concreto em suporte fático idôneo, excedendo o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, maculando, assim, de ilicitude referida prova.

5. Todas as demais provas que derivaram da documentação decorrente das quebras consideradas ilícitas devem ser consideradas imprestáveis, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada.

6. Ordem concedida para declarar nulas as quebras de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos, porquanto autorizadas em desconformidade com os ditames legais e, por consequência, declarar igualmente nulas as provas em razão delas produzidas, cabendo, ainda, ao Juiz do caso a análise de tal extensão em relação a outras, já que nesta sede, de via estreita, não se afigura possível averiguá-las; sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes. (HC 191.378/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15.9.2011, DJe 5.12.2011)

Isto, no entanto, não significa que os órgãos investigativos não possam colher elementos outros que, alinhavados com as informações prestadas pelo Coaf, permitam a obtenção daquela medida judicial constritiva e, a partir daí, um grau de detalhamento dos dados mais consistentes que assegurem o desenvolvimento de uma investigação hábil a elucidar todas as circunstâncias em que se deram as informações contidas naquele relatório de inteligência, com consequente formação da *opinio delicto*.

Por isso, antes da adoção de qualquer medida judicial voltada ao afastamento dos sigilos fiscal e bancário, geralmente os órgãos investigativos têm procurado desenvolver diligências preliminares de forma a obter elementos outros que possam, seja dispensando a utilização do RIF ou com-

plementando-o¹⁹, comprovar a real necessidade daquelas medidas invasivas à privacidade do(s) investigado(s).

O mesmo se diga, ainda, em relação à instauração de inquérito policial pela Polícia ou PIC/ICP pelo Ministério Público.

No caso em apreço, denota-se a existência de notícia de que o cidadão ----- seria servidor público, com renda mensal de -----.

Portanto, em princípio, temos a indicação de, num curto espaço de tempo, um humilde funcionário público viu creditado em sua conta bancária o importe total de R\$-----.

Nesta senda, sem prejuízo de outras medidas preliminares que se julguem necessárias, propõe-se:

1) busca na internet a respeito da pessoa de -----, bem como das demais pessoas físicas e jurídicas citadas naquele RIF;

2) efetivação de contatos com o setor de Recursos Humanos da Prefeitura visando a identificar os cargos públicos eventualmente ocupados pelo Sr. ----- perante aquele órgão público, preferencialmente explicitando os períodos de exercício e vencimentos;

3) Identificação, pelo *google maps*, das características do imóvel em que Sr. ----- reside;

4) Efetivação de contato com o Cartório de Registro de Imóveis da comarca ----- visando a identificar bens registrados em nome do Sr. -----;

5) Acesso à rede infoseg, buscando identificar os veículos automotores em nome do Sr. -----, bem como eventuais pessoas jurídicas que componham o quadro societário.

Em seguida, resta a confrontação dos elementos colhidos com as informações do RIF, para formação da *opinio* do Promotor de Justiça Natural quanto à adoção das seguintes possíveis providências:

a) instauração de inquérito policial (investigar a prática de lavagem de dinheiro, entre outros crimes);

b) instauração de PIC (investigar possível crime de lavagem de dinheiro, entre outros) ou ICP (investigar possível ato de improbidade administrativa tipificado no art. 9.º, inc. VII, da LIA, entre outros);

c) propositura de medida cautelar de quebra de sigilos fiscal e/ou bancário;

d) promoção de arquivamento por não vislumbrar justa causa para adoção de qualquer medida.

19 A boa técnica recomenda que, sempre que possível, se faça opção pela não juntada do RIF ao respectivo procedimento investigatório. No entanto, quando imprescindível para demonstrar a justa causa das medidas a serem empreendidas, poderá ser juntado, desde que adotadas as cautelas ordinárias à juntada de qualquer informação acobertada pelo sigilo, como, por exemplo, sua atuação em apenso, com acesso exclusivo ao investigado e seu advogado.

A opção pela juntada ou não do RIF ao respectivo procedimento competirá à análise do Promotor de Justiça Natural, diante da situação fática experimentada caso a caso.

Assim, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural solicitante, são estas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes.

Considerando que existem informações sigilosas, a eventual inserção da presente decisão na página do CAOPP para consulta dos usuários deverá ser precedida da ocultação dos dados que possam identificar os investigados e as informações acobertadas pelo sigilo.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento deste expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte(MG), 16 de janeiro de 2017.

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO Patrimônio Público

Nota Jurídica n.º 05/2017

PAAF n.º 0024.17000891-6

Comarca: PJ Vazante

EMENTA: Serviço Público de Saúde – Enfermagem – Atividade permanente e essencial – Cargo público efetivo – Provimento via concurso público – Contratação temporária – Observância requisitos Constitucionais – Contratação via procedimento licitatório – Impossibilidade.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Promotor de Justiça Lucas Francisco Romão e Silva, da Comarca de Vazante, relacionada à regularidade da contratação administrativa de enfermeiros, mediante prévio procedimento licitatório, pela Prefeitura de Vazante.

A consulta é instruída com cópia do procedimento licitatório n.º 36/2011, carta-convite 07/2011, tendo como objeto prestação de serviços profissionais na área de Enfermagem para atender no Programa de Saúde da Família (PSF) nas unidades Centro, Vazante Sul e Serra Dourada, carga horária de 40 horas semanais.

As atribuições do enfermeiro do PSF consistem em:

- cuidados diretos de enfermagem nas urgências e emergências clínicas, fazendo a indicação para cumprimento da assistência prestada;**
- realizar consulta de enfermagem;**
- solicitar exames complementares, prescrever/transcrever medicações, conforme protocolos estabelecidos nos Programas do Ministério da Saúde e as disposições legais da profissão;**
- planejar, gerenciar, coordenar, executar e avaliar a USF;**
- executar as ações de assistência integral em todas as fases do ciclo de vida: criança, adolescente, mulher, adulto e idoso;**
- no nível de sua competência, executar assistência básica e ações de vigilância epidemiológica e sanitária;**
- ações de saúde em diferentes ambientes da USF e, quando necessário, no domicílio;**
- atividades corretamente às áreas prioritárias de intervenção na Atenção Básica definidas na Norma Operacional da Assistência à Saúde (NOAS);**
- aliar a atuação clínica à prática da saúde coletiva;**
- organizar e coordenar a criação de grupos de patologias específicas, como de hipertenso, de diabéticos, de saúde mental, etc;**

-supervisionar e coordenar ações para capacitação dos agentes comunitários de saúde e de auxiliares de enfermagem, com vistas ao desempenho de suas funções;

- intervir nos fatores de risco aos quais a comunidade está exposta;

- prestar assistência integral, permanente e de qualidade;

- atividades de educação e promoção da saúde;

- estimular a organização das comunidades para exercer o controle das ações e serviços de saúde;

- utilizar sistemas de informação para o monitoramento e a tomada de decisões;

- atuar de forma intersetorial por meio de parcerias com diferentes segmentos sociais e institucionais, de forma a intervir em situações que transcendem a especificidade do setor de saúde e que têm efeitos determinantes sobre as condições de vida e saúde dos indivíduos-família-comunidade.

- executar outras tarefas correlatas.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

Na celebração de um contrato administrativo de prestação de serviço a administração pública opta por delegar a execução daquele serviço a um terceiro em vez de utilizar-se de sua própria estrutura.

Obviamente que, além do respeito aos comandos da Lei n.º 8.666/1993, tal contratação submete-se à **possibilidade de sua execução por particular sem que se configure burla ao núcleo essencial do princípio do concurso público** graças à verificação da presença, cumulativamente, das seguintes condições: a) tratar-se de atividade-meio; b) não constar no quadro de cargos, empregos e funções do órgão ou entidade; e c) inexistentes a personalidade, a habitualidade e a subordinação direta.

No caso em apreço, smj, parece evidente a burla ao princípio do concurso público. A base para o raciocínio desenvolvido encontra-se no artigo 37 da Constituição Federal. 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:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

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;

[...]

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;

[...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. (grifos nossos)

Da simples leitura da norma constitucional transcrita podem ser extraídas diversas conclusões:

a) a regra para a investidura em cargo ou emprego público é a prévia seleção por concurso de provas ou provas e títulos, sendo as demais formas de provimento extremamente excepcionais, sob pena de se ferirem os princípios norteadores da administração pública;

b) os cargos em comissão devem ser ocupados preferencialmente por servidores de carreira, e destinam-se apenas e tão somente às atribuições de direção, chefia e assessoramento, ou seja, fora dessas hipóteses, não há que se falar em nomeação para o exercício de cargo comissionado, sob pena de se constituir em patente inconstitucionalidade;

c) as contratações por tempo determinado (temporárias) são admitidas, mas somente para atender a **necessidade temporária de excepcional interesse público**, devendo observar, ainda, a regulamentação da matéria por meio de lei (no âmbito federal, a disciplina veio por meio da Lei n.º 8.745/1993).

O concurso público é a regra geral para a contratação de pessoal, devendo tal regra ser observada tanto pela administração pública direta quanto pela administração indireta, já que as regras gerais constitucionais destinam-se a ambas, indistintamente.

Assim, para o desempenho de determinadas funções, a Administração contrata profissionais em seus quadros que deverão efetivamente executá-las. Ocorrendo a vacância dos cargos, impõe-se a realização do competente concurso público para preenchê-los, da mesma forma que a insuficiência de pessoal em face da necessidade do serviço requer concurso público para o provimento dos cargos existentes.

No entanto, para satisfazer **demanda temporária**, há possibilidade de a Administração proceder à contratação de pessoal **caso a situação seja temporária e de excepcional interesse e necessidade públicas**, além de corresponder à previsão legal da hipótese, e **somente enquanto aguarda o provimento dos cargos efetivos por candidatos aprovados em concurso público**.

Ressalte-se que a **contratação temporária no âmbito da administração pública é medida excepcional** e que, portanto, deve atender a rígidos critérios, sob pena de se transformar em meio oficial de burla à regra geral.

Repetindo orientação da Carta Magna Federal, a Constituição do Estado de Minas Gerais dispõe que:

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

Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica a funções de magistério.

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

- a) previsão em lei dos casos;
- b) tempo determinado;
- c) necessidade temporária de interesse público;
- d) interesse público excepcional.

A previsão legal dos casos em que se admite a contratação por prazo determinado deve delimitar, em todos os seus elementos, situações excepcionais e, portanto, não admitem interpretação extensiva.

Nesse sentido é a lição da ilustre administrativista, Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Para atender a necessidade transitória e excepcional de interesse público, a demora do procedimento do concurso público pode ser incompatível com as exigências imediatas da Administração, em caso, por exemplo, de epidemia ou calamidade pública. **É preciso que a lei, ao disciplinar esse tipo de contratação, estabeleça regras que assegurem a excepcionalidade da medida, evitando que se transforme em regra geral**, a exemplo do que ocorreu na vigência da Constituição anterior, e determine as hipóteses em que a seleção pública é exigível²⁰. (grifo nosso)

Merece relevo, ainda, decisão do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. REITERADA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES. EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. AUSÊNCIA. O excesso de contratações temporárias, sem o requisito da excepcionalidade prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal e em detrimento do provimento de cargos mediante concurso público, atenta contra os princípios norteadores da atividade de administração pública e enseja o deferimento de medida liminar para suspender os efeitos de atos potencialmente lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa. **O Poder Judiciário não pode ser conivente com a prática de atos desviados de suas finalidades específicas, que não atendem aos preceitos da Constituição e que deixam de satisfazer pretensões coincidentes com os interesses da coletividade. Nega-se provimento ao recurso. (TJMG. Rel. Almeida Melo. 05/12/2002).** (grifos nossos)

Como se vê, por meio do concurso público o constituinte pretendeu assegurar a igualdade entre os participantes e garantir que os aprovados sejam pessoas capazes e competentes. Para isso, dois requisitos são indispensáveis: a) o concurso é público, não podendo ser restringido a determinado grupo, como quando apenas aqueles que já são servidores podem participar (concursos internos); b) o resultado deve ser obtido de modo objetivo e critérios claros, para que não haja dúvida sobre a aprovação de alguns e reprovação de outros.

Resta evidente que o serviço objeto da contratação em debate refere-se a funções desempenhadas por enfermeiro, de natureza permanente e duradoura, de modo a vincular-se ao princípio do concurso público.

Com efeito, incontestemente que a Constituição da República tratou a saúde como garantia do cidadão, de forma continuada, visando a melhorar a vida da população, devendo ser integrada às políticas setoriais, assegurando o mínimo social e a universalização dos direitos sociais.

Portanto, as ações de tratamento e prevenção de saúde, inclusive aquelas implantadas por meio do Programa Saúde da Família (PSF) são de caráter contínuo e essencial à coletividade.

Sob esses pressupostos vêm à baila os ensinamentos do jurista José dos Santos Carvalho Filho:

[...] o pressuposto da temporariedade 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 indistintamente 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 mobilizador senão o de favorecer a alguns apaniguados para ingressarem no serviço público sem concurso, o que caracteriza inegável desvio de finalidade. O último pressuposto é a excepcionalidade do interesse público que obriga ao recrutamento. Empregando o termo excepcional para caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores. Portanto, pode dizer-se que a excepcionalidade do interesse público corresponde à excepcionalidade do próprio regime especial. Algumas vezes os Poderes Públicos, tal como sucede com o pressuposto anterior e em regra com o mesmo desvio de poder, simulam desconhecimento de que a excepcionalidade do interesse público é requisito inafastável para o regime especial.²¹

Em acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, decidiu-se pela inconstitucionalidade da lei municipal que autorizava as contratações temporárias, requeridas pelo

20 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - Direito Administrativo. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 432/433):

21 CARVALHO FILHO, José dos Santos - Manual de Direito Administrativo; Editora Atlas - 25 ed.; São Paulo - 2012; p. 600/601.

município de Manhuaçu, fora das hipóteses permitidas pela Carta Magna:

ADMINISTRATIVO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MUNICÍPIO DE MANHUAÇU - LEIS MUNICIPAIS QUE AUTORIZAM A CONTRATAÇÃO DE PESSOAL EM CARÁTER TEMPORÁRIO - HIPÓTESE DE CONTRATAÇÃO PREVISTA CONSTITUCIONALMENTE PARA ATENDER SITUAÇÕES INCOMUNS, EXCEPCIONAIS E DE RELEVANTE INTERESSE PÚBLICO - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS INTRÍNSECOS - TEMPORARIEDADE E EXCEPCIONALIDADE - DESVIRTUAMENTO DO ALCANCE DA NORMA LEGAL NO CASO PRESENTE - ABUSO DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS ADMITIDAS - PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. O sistema constitucional vigente prevê como regra que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (art.37, II da Constituição Federal). Entretanto, revelando-se verdadeira exceção à regra do concurso público, tem-se a norma permissiva da contratação temporária, prevista no artigo 37, inciso IX da Carta Federal que dispõe que a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. - No caso em exame, **as Leis Municipais representadas preveem a contratação temporária de pessoal para a realização de atribuições e funções comuns e permanentes, usualmente desempenhadas pelos servidores públicos efetivos, em nada atendendo aos pressupostos intrínsecos à legitimidade da contratação por tempo determinado prevista no ordenamento pátrio vigente, quais sejam, a determinação temporal, a temporariedade e a excepcionalidade da contratação, revelando-se cogente a sua retirada do mundo jurídico**, com o conseqüente acolhimento desta representação.²² (grifos nossos)

No que diz respeito especificamente ao Programa Saúde da Família (PSF), a jurisprudência a seguir encaixa-se como luvas ao caso:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MUNICÍPIO DE ESTIVA - NORMAS SOBRE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PESSOAL - DISPENSA DE CONCURSO PÚBLICO - EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO, PRAZO DETERMINADO E LEI REDIGIDA DE FORMA CLARA E PRECISA - AUSÊNCIA - INCONSTITUCIONALIDADE. A regra geral para investidura em cargo ou emprego público é a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego. Vislumbra-se tentativa de burlar o princípio constitucional da impessoalidade na Administração Pública, pelo qual, segundo Di Pietro (in Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 8 ed., 1997, p. 64): "...A administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, pois é sempre o interesse público que deve nortear o seu comportamento...". Na lição de Odete Medauar, o princípio da moralidade se imbrica com o da impessoalidade. Um dos aspectos da imoralidade diz respeito ao uso de poderes administrativos com o fim de propiciar favorecimentos a si e a outrem, situação que envolve a violação da impessoalidade como um dos fatores da imoralidade (in A Processualidade no Direito Administrativo. São Paulo: Editora RT, 1993, p. 93). O legislador também está adstrito à observância dos princípios constitucionais, inclusive quando edita leis sobre Administração Pública. A contratação por prazo determinado somente é possível para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nas hipóteses

que a lei estabelecer, de forma clara, precisa e razoável, sendo vedada a contratação para o exercício de atividades previsíveis e permanentes da administração pública e de natureza meramente burocrática. Os programas e convênios questionados não possuem prazo certo e determinado definido em lei, o que permite a prorrogação indefinida deles. Afastamentos de servidores efetivos são fatos corriqueiros na Administração Pública, já esperados, ou seja, inexistem a imprevisibilidade, a caracterizar o excepcional interesse público. São inconstitucionais dispositivos legais redigidos de forma genérica, com conceitos vagos, não especificando precisamente em que consistiriam as contingências emergenciais, conferindo amplas possibilidades ao administrador de contratação temporária. A contratação de serviços técnicos profissionais especializados já está regulamentada na Lei nº 8.666/1993, configurando hipótese de inexigibilidade de licitação, conforme prevê o art. 25 da mencionada lei. A saúde é atividade essencial, permanente da Administração Pública, não se justificando, portanto, a contratação por prazo determinado de pessoal para assistência à saúde. A insuficiência de servidores efetivos em número suficiente para a continuidade dos serviços públicos essenciais decorreria da falta de planejamento da Administração e, não, de uma situação excepcional. V.v.: Padece de vício material de inconstitucionalidade dispositivo legal que prevê a contratação temporária de excepcional interesse público de forma extremamente genérica, sem especificar as atividades emergenciais de excepcional interesse público ensejadoras da utilização do permissivo constitucional, em nítida afronta ao princípio do concurso público.²³ (Processo: Ação Direta Inconst 1.0000.14.080827-0/000) (grifos nossos).

Inclusive o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição da República, é intransigente em relação à contratação temporária quando a atividade é de cunho permanente.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL CAPIXABA QUE DISCIPLINOU A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ÁREA DE SAÚDE. POSSÍVEL EXCEÇÃO PREVISTA NO INCISO IX DO ART. 37 DA LEI MAIOR. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI JULGADA PROCEDENTE. I - A contratação temporária de servidores sem concurso público é exceção, e não regra na Administração Pública, e há de ser regulamentada por lei do ente federativo que assim disponha. II - Para que se efetue a contratação temporária, é necessário que não apenas seja estipulado o prazo de contratação em lei, mas, principalmente, que o serviço a ser prestado revista-se do caráter da temporariedade. III - O serviço público de saúde é essencial, jamais pode-se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão à Administração estadual capixaba ao contratar temporariamente servidores para exercer tais funções. IV - Prazo de contratação prorrogado por nova lei complementar: inconstitucionalidade. V - É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não permitir contratação temporária de servidores para a execução de serviços meramente burocráticos. Ausência de relevância e interesse social nesses casos. VI - Ação que se julga procedente. Portanto, ao retornar aos autos, constata-se que no Município de Perdões, com amparo nas Leis Municipais nº 2.438, de 2005, n.º 2.542, de 2008 e n.º 2.668, de 2010, vários profissionais, em distintos ramos de atuação, estão sendo contratados, por tempo determinado, para atuarem junto ao Centro de Referência de Assistência Social - CRAS e ao Centro de Referência Especializada de Assistência Social / CREAS (f. 195/232). Registra-se, também, oportunamente, que a possibilidade

22 TJMG – ADI n.º 1.0000.09.494517-7/000 – Rel. Des. Eivaldo George Dos Santos

23 TJMG – ADI n.º 1.0000.14.080827-0/000 – Rel. Des. Rogério Medeiros – DOEMG - 3.jul.2015

de celebração de convênios entre os entes Federados para o financiamento de programas específicos surgiu com o advento da Lei n.º 8.742, de 1993. Na esfera do Município de Perdões, as primeiras contratações dos prestadores de serviços pela Secretaria de Assistência Social ocorreram em 2005, ou seja, há longa data, o que indiscutivelmente afasta o caráter de temporalidade, passando-se, então, a ser um serviço necessário para a coletividade.²⁴

Desta feita, smj, conclui-se que o objeto da contratação ora em debate viola o princípio do **concurso público**.

Assim, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, são estas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes, sem caráter vinculativo.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento deste expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 24 de janeiro de 2017.

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO Patrimônio Público

Nota Jurídica n.º 06/2017

PAAF n.º 0024.17.000889-0

Comarca: Vazante

EMENTA: Chefia de Gabinete do Prefeito. Cargo de Natureza Administrativa. Nepotismo. Incidência da Súmula Vinculante n.º 13. Remissão Nota Jurídica n.º 01/2017.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Promotor de Justiça Lucas Francisco Romão e Silva, da Comarca de Vazante, relacionada a eventual irregularidade na nomeação de filho do prefeito de Vazante para o cargo de chefe de gabinete do Executivo municipal.

O expediente veio instruído com cópia da Notícia de Fato n.º 0710.15.000075-4.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

A questão em apreço, smj, merece abordagem sob a óptica da Súmula Vinculante n.º 13 do STF, **nos termos já aduzidos na Nota Jurídica 01/2017, datada de 17 de janeiro de 2017**, com enfoque direto na dúvida suscitada.

Na mencionada nota jurídica, a análise da extensão da Súmula Vinculante n.º 13 do STF passa, necessariamente, entre outros aspectos, pela identificação da natureza administrativa ou política do cargo público envolvido. Toma-se o primeiro como criado por lei para preenchimento mediante concurso e também em comissão ou função de confiança, enquanto o segundo se refere aos cargos que decorrem da própria Constituição, fazendo parte da estrutura governamental propriamente dita.

Nesse ponto, o STF firmou posicionamento de que, em princípio, não haveria incidência da Súmula Vinculante n.º 13 em relação à nomeação de parentes para cargos de natureza política, conforme se extrai da ementa transcrita a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. 1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante n.º 13, por se tratar de cargo de natureza política. 2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008. 3. Ocorrência da fumaça do bom direito. 4. Ausência de sentido em relação às alegações externadas pelo agravante quanto à conduta do prolator da decisão ora agravada. (...). (agravo regimental em medida cautelar na Reclamação n.º 6.650-9/PR)

24 STF –ADI n.º 3430, Tribunal Pleno, Rel.Min. Ricardo Lewandowski, DOU 23.10.2009.

Isto, no entanto, não significa que o nomeante está totalmente livre para prover cargos de natureza política.

Como destacado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, mesmo que, em tese, a nomeação para cargos políticos não incida na vedação constitucional, não pode haver total liberdade da autoridade nomeante, devendo a análise sobre existência de nepotismo ser feita caso a caso:

Eu me permitiria fazer uma pequena observação. Por ocasião do julgamento do leading case que levou à edição da Súmula 13 estabeleceu-se que o fato de a nomeação ser para um cargo político nem sempre, pelo menos a meu ver, descaracteriza o nepotismo. É preciso examinar caso a caso para verificar se houve fraude à lei ou nepotismo cruzado, que poderia ensejar a anulação do ato". (agravo regimental em medida cautelar na Reclamação n.º 6.650-9/PR)

Em linhas parecidas, também afirmou o Ministro Ayres Brito:

Somente os cargos e funções singelamente administrativos são alcançados pelo artigo 37 da Constituição Federal, mas isto não significa que os princípios da moralidade e da impessoalidade não se aplicam aos dirigentes políticos.

Desse modo, em regra, não se aplica a Súmula Vinculante n.º 13 às nomeações de parentes para cargos de natureza política, salvo se essas nomeações caracterizarem o denominado "nepotismo cruzado"²⁵, ou seja, designações recíprocas mediante ajuste das autoridades nomeantes, ou manifesta afronta aos princípios administrativos, principalmente o da moralidade e impessoalidade.

Em tal hipótese, para configuração da situação de nepotismo não basta tão somente a relação de parentesco, mas também a demonstração de manifesta afronta aos princípios administrativos, principalmente ao da moralidade, da eficiência, da razoabilidade e da impessoalidade.

A propósito, trechos da lúcida decisão da douta Ministra do STF Ellen Gracie, prolatada nos autos da Reclamação n.º 8625, de 24 de abril de 2010:

[...] A Súmula Vinculante 13 se encontra assim redigida:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. (DOU 29.8.2008).

Da simples leitura do enunciado da Súmula Vinculante 13, poder-se-ia concluir, a princípio, que todas as nomeações para cargos políticos não se enquadrariam nas hipóteses elencadas nessa súmula.

Conquanto o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 12.9.2008, tenha decidido que a nomeação de parentes para cargos políticos, naquele caso específico, não configuraria afronta aos princípios constitucionais que regem a administração pública, dada a sua natureza política,

tal conclusão não pode ser, a meu ver, levada ao extremo de permitir a formação de verdadeiros "feudos familiares" na administração pública.

Não há que falar em liberdades e direitos absolutos dos mandatários da República quanto aos atos de livre escolha de parentes para o exercício de cargos de natureza política, sob pena de subversão dos valores que devem nortear o desempenho das funções públicas, representados pelo princípio maior da moralidade, inerente ao Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se ainda que o verdadeiro objetivo da edição da Súmula Vinculante 13 foi o de coibir práticas imorais reiteradas e atentatórias à administração pública.

[...]

Não desconheço que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que as nomeações para cargos políticos não se enquadram, a princípio, nas hipóteses elencadas na súmula ora em exame (Reclamações 6.650-MC-Agr/PR, de que fui relatora, Plenário, DJe 21.11.2008; e 7.590-MC/PR, rel. Min. Menezes Direito, DJe 20.02.2009).

Entendo, todavia, que a apuração de supostos casos de nepotismo deve ser realizada, necessariamente, de acordo com cada caso concreto.

Nos casos anteriormente elencados, tratava-se de nomeação de um único irmão de governador para cargo de secretário estadual (Reclamação 6.650/PR) e de nomeação de uma filha de prefeita para cargo de secretária municipal (Reclamação 7.590/PR).

[...]

Todavia, caso tal entendimento seja aceito com tamanha largueza, poderemos, em futuro próximo, presenciar o preenchimento da maioria ou até mesmo da totalidade dos cargos de secretário municipal por parentes de prefeitos. Certamente esse não é o espírito da jurisprudência desta Suprema Corte e que a levou a editar a Súmula Vinculante 13.

[...]

A esta Corte foi atribuída a honrosa tarefa de guardiã maior dos princípios e valores da Constituição. Compete-lhe a nobre missão de dizer o direito, em sua última e derradeira acepção. Não pode esta Suprema Corte de Justiça se omitir diante de situações absurdas como a presente, de império do nepotismo, prática repulsiva reiterada eleição após eleição.

Penso que está na hora de esta Suprema Corte coibir esses exageros. A questão da nomeação de parentes para cargos de secretário municipal e estadual deve ser tratada caso a caso, com o objetivo de evitar injustiças e ingerências desproporcionais em relação à livre nomeação para cargos de natureza política.

A atuação desta Corte deve sempre se balizar pelo bom senso. Entretanto, tem que ser firme ao indicar o norte da moralidade e da idoneidade no desempenho da atividade pública [...]

No caso em apreço, smj, mostra-se evidente a incidência da Súmula Vinculante n.º 13, tendo em vista a inequívoca natureza administrativa do cargo de chefia de gabinete do Executivo municipal.

Ora, da simples leitura da legislação municipal cujos textos instruem o presente expediente (Leis Municipais n.º 1.248, 17 de março de 2004, e 1.286, de 12 de setembro de 2005), percebe-se facilmente que tal cargo está entre os que compõem o quadro de cargos em comissão, de recrutamento amplo, de natureza administrativa.

25 O nepotismo cruzado ocorre quando uma autoridade nomeia determinado indivíduo, que é parente de outra autoridade; esta, por sua vez, como forma de retribuir o "favor", nomeia um parente daquela.

E nem poderia ser diferente, já que sabidamente agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, formadores da vontade superior do presidente da República, dos governadores, dos prefeitos e respectivos vices, dos auxiliares imediatos dos chefes do Executivo, isto é, ministros e secretários das diversas pastas, bem como dos senadores, deputados federais e estaduais e vereadores, além dos magistrados e membros do Ministério Público, que integram o esquema fundamental do Poder.

Evidente, portanto, que as funções de chefe de Gabinete do Prefeito não permitem o enquadramento do dito cargo como de natureza política.

Aliás, não foram poucas as vezes em que o STF repeliu tentativas de alçar indevidamente à categoria de agentes políticos ocupantes de cargos públicos administrativos em comissão:

Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, proposta por Adilson de Castro Reis, contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, nos autos do Agravo de Instrumento 830.058.5/5, teria afrontado a 13.^a Súmula Vinculante desta Corte. Alega o reclamante ser servidor da Câmara Municipal de Suzano/SP e que o Ministério Público do Estado propôs ação civil pública com objetivo de afastá-lo de suas funções por prática de nepotismo. Informa que o Juízo reclamado deu efeito ativo ao Agravo citado e o afastou de suas funções (fls. 67-68). Ressalta que o entendimento do Tribunal a quo teria sido incorreto, pois o cargo por ele ocupado na Câmara Municipal era o de Secretário Diretor-Geral, o que configuraria uma função política. Dessa forma, sua situação enquadrar-se-ia em uma das duas hipóteses de exceção à aplicação da referida Súmula, conforme decidido por este Tribunal. Alega que estão presentes os requisitos ensejadores da concessão da medida liminar. A fumaça do bom direito evidenciar-se-ia pelo fato de o seu cargo ser político e que isso o afasta das hipóteses de nepotismo previstas na Súmula Vinculante 13. Já o perigo da demora estaria presente em virtude da necessidade de subsistência do reclamado e de sua família. Pugna pela concessão da liminar para “determinar a suspensão do agravo de instrumento n.º 839.058.5/5, em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao menos em relação ao ora reclamante”. No mérito, requer a procedência do pedido a fim de declarar nula a decisão ora reclamada. Indeferi o pedido de medida liminar às fls. 108-111. O Tribunal a quo prestou informações às fls. 121-122. A Procuradoria-Geral da República opinou pela improcedência da presente reclamação em parecer que recebeu a seguinte emenda: “RECLAMAÇÃO. CF. ART. 103-A, APLICAÇÃO INDEVIDA DA SÚMULA VINCULANTE N.º 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: NEPOTISMO. ALCANÇE DO ENUNCIADO NORMATIVO. INAPLICAÇÃO AOS CARGOS POLÍTICOS. CARGO DE SECRETÁRIO DIRETOR-GERAL DE CÂMARA MUNICIPAL. CARGO ESTRITAMENTE ADMINISTRATIVO” (grifos no original). É o relatório. Passo a decidir. Bem analisados os autos, entendo que a decisão liminar deva ser mantida na íntegra. Com efeito, o Plenário desta Corte, na Sessão de 20/8/2008, no julgamento do RE 579.951/RN, do qual fui Relator, declarou a ilegalidade da prática do nepotismo no âmbito dos Três Poderes da República. É que a vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal que coíba a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. Tal orientação jurisprudencial encontra-se consubstanciada na Súmula Vinculante 13, que recebeu a seguinte redação: “A NOMEAÇÃO DE CÔNJUGE, COMPANHEIRO OU PARENTE EM LINHA RETA, COLATERAL OU POR

AFINIDADE, ATÉ O TERCEIRO GRAU, INCLUSIVE, DA AUTORIDADE NOMEANTE OU DE SERVIDOR DA MESMA PESSOA JURÍDICA INVESTIDO EM CARGO DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO, PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU DE CONFIANÇA OU, AINDA, DE FUNÇÃO GRATIFICADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA EM QUALQUER DOS PODERES DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS, COMPREENDIDO O AJUSTE MEDIANTE DESIGNAÇÕES RECÍPROCAS, VIOLA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL”. No julgamento do RE 579.951/RN, o Plenário enfrentou situação semelhante à deste caso, pois, fazendo distinção entre cargo estritamente administrativo e cargo político, declarou-se nulo o ato de nomeação do motorista, e considerou-se hígida, entretanto, a nomeação do agente político ocupante do cargo de Secretário Municipal de Saúde, em especial por não ter ficado evidenciada a prática do nepotismo cruzado. Nesse aspecto, acompanhei o entendimento da douta maioria. À ocasião, ressaltei o seguinte no meu voto condutor: “A Constituição de 1988, em seu art. 37, caput, preceitua que a Administração Pública rege-se por princípios destinados a resguardar o interesse público na tutela dos bens da coletividade. Esses princípios, dentre os quais destaco o da moralidade e o da impessoalidade, exigem que o agente público pautar sua conduta por padrões éticos que têm como fim último lograr a consecução do bem comum, seja qual for a esfera de poder ou o nível político-administrativo da Federação em que atue. Nesse contexto, verifica-se que o legislador constituinte originário, bem assim o derivado, especialmente a partir do advento da Emenda Constitucional 19/1998, que levou a cabo a chamada “Reforma Administrativa”, instituiu balizas de natureza cogente para coibir quaisquer práticas, por parte dos administradores públicos que, de alguma forma, pudessem buscar finalidade diversa do interesse público. Uma dessas práticas, não é demais repisar, consiste na nomeação de parentes para cargos em comissão ou de confiança, segundo uma interpretação equivocada ou, até mesmo, abusiva dos incisos II e V, do art. 37 da Constituição”. Ademais, conforme bem ressaltou a Procuradoria Geral da República, “A Lei Municipal n.º 3.954, de 14.02.2005, que criou o cargo ocupado pelo reclamante e consolidou o quadro funcional dos servidores administrativos e legislativos da Câmara Municipal, integra (sic) o cargo de Secretário, Padrão R, à secretaria administrativa, provido em comissão, com desempenho de funções sem qualquer conotação governamental da propositura, estruturação e decisão de diretrizes políticas dos entes públicos” (fl. 135). Isso posto, julgo improcedente esta reclamação.²⁶

STF - competência penal originária: Ministros de Estado. Para efeito de definição da competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, não se consideram Ministros de Estado os titulares de cargos de natureza especial da estrutura orgânica da Presidência da República, malgrado lhes confira a lei prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos dos titulares dos Ministérios: é o caso do Secretário Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República. Precedentes.²⁷

STF: competência penal originária: Ministros de Estado. Para efeito de definição da competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, não se consideram Ministros de Estado os titulares de cargos de natureza especial da estrutura orgânica da Presidência da República, malgrado lhes confira a lei prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 6.915-SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. 19.5.2009, DJ 22.mai.2009.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq-QO 2.044-SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 17.12.2004, m.v., DJ 8.abr.2005, p. 7, RT 837/503).

aos dos titulares de ministérios: é o caso do Secretário de Comunicação Social da Presidência da República.²⁸

Já o e. TJMG, descendo à situação específica do cargo de chefe de gabinete do Executivo municipal, assim decidiu:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL QUE EQUIPARA OS CARGOS DE PROCURADOR E CHEFE DE GABINETE AOS DE AGENTES POLÍTICOS - VIOLAÇÃO ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS - REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. São agentes políticos no âmbito municipal o prefeito, o vice-prefeito, os vereadores e os secretários municipais. Os cargos de Chefe de Gabinete e Procurador possuem função administrativa não enquadrando seus ocupantes na categoria de agentes políticos. Os cargos de procurador municipal e chefe de gabinete não foram contemplados na norma paradigma da Constituição da República, que determina a remuneração de determinadas categorias por meio de subsídios. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.11.009521-3/000 - COMARCA DE CONSELHEIRO LAFAIETE - REQUERENTE(S): PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MG - REQUERIDO(A)(S): PREFEITO MUN CONSELHEIRO LAFAIETE, CÂMARAMUN CONSELHEIRO LAFAIETE - RELATOR: EXMO. SR. DES. PAULO CÉZAR DIAS.

Finalizando, merece destaque a Ementa do e. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: Consulta — Município — Cargos de chefe de gabinete, procurador do Município e controlador do Município — Enquadramento no conceito de agente político — Impossibilidade — Remuneração mediante sistema de vencimentos — Possibilidade de remuneração por subsídio, se servidores públicos organizados em carreira — Art. 39, § 8º, da CR/88 — Garantia de recebimento de férias remuneradas e décimo terceiro salário.

No âmbito municipal, são agentes políticos o prefeito, os vereadores e os secretários municipais. Os chefes de gabinete, procuradores e controladores do Município não são agentes políticos, uma vez que não exercem função de Estado e não representam a vontade superior do Estado, não participando, portanto, das decisões políticas do governo, sendo escolhidos por sua aptidão técnica profissional.²⁹

Assim, reiterando os termos da Nota Jurídica n.º 01/2017 e respeitando a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, sem caráter vinculativo, posiciona-se este Centro de Apoio Operacional pela incidência da Súmula Vinculante n.º 13 do STF nas nomeações para os cargos de chefe de Gabinete do Prefeito, tendo em vista a sua natureza administrativa.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 24 de janeiro de 2017.

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO Patrimônio Público

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRPet 1.199-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 5.5.1999, v.u.. DJ 25.jun.1999, p. 19.

29 TCEMG – Consulta 811.245, Relatora Conselheira Adriene Andrade.

Nota jurídica n.º 07/2017

PAAF n.º 24.16.015180-9

Promotoria de Justiça de Ituiutaba

EMENTA: Outorga de uso privativo de bens públicos pela administração pública a particular. Utilização de Parque de Exposições. Autorização, permissão ou concessão de uso. Previsão legislativa - Lei Orgânica Municipal. Peculiaridades quanto à formação da relação entre a administração e o particular.

1 Relatório

Consulta encaminhada a este Centro de Apoio Operacional pela Promotora de Justiça Daniela Toledo Gouveia Martins solicita a elaboração de nota técnica acerca do instituto mais adequado para a outorga a particulares do uso do Parque de Exposições existente em Ituiutaba para a realização de festas e de outros eventos.

Em síntese, os parâmetros para superação da demanda concreta são o uso não simultâneo para a realização de shows, festas e outros eventos por curto espaço de tempo de forma a atender todos os possíveis interessados. E, em resposta à consulta da Promotora de Justiça, apresentamos as seguintes considerações, sem caráter vinculante, em respeito à independência funcional.

2 Fundamentação

2.1 Dos bens públicos municipais e possibilidade de sua utilização por particulares

Ensina Hely Lopes Meirelles³⁰ que:

Bens públicos, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais.

Já o art. 99 do Código Civil, classifica, com exemplificações não exaustivas, os bens públicos:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

30 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32 ed. Editora Malheiros. São Paulo. 2006. P.518.

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Quanto à utilização dos bens públicos, o renomado e saudoso jurista explica:

Os bens públicos ou se destinam ao *uso comum* do povo ou a *uso especial*. Em qualquer desses casos, o estado interfere como poder administrador, disciplinando e policiando a conduta do público e dos usuários especiais, a fim de assegurar a conservação dos bens e possibilitar sua normal utilização, tanto pela coletividade, quanto pelos indivíduos como, ainda, pelas repartições administrativas.

Descendo à minúcia quanto ao uso dos bens **municipais**³¹, aduz o eminente jurista:

Os bens municipais ou se destinam ao *uso comum do povo* ou a *uso especial*. Em qualquer desses usos o Município interfere como poder administrador, disciplinando e policiando a conduta do público ou dos usuários especiais, a fim de assegurar a conservação dos bens e possibilitar a sua normal utilização, tanto pela coletividade quanto pelos indivíduos, como, ainda, pelas repartições administrativas que também usam dos próprios municipais para a execução dos serviços públicos.

Ressalte-se que **bens de uso comum do povo** são todos aqueles aos quais se reconhece à coletividade em geral, sem discriminação de usuários ou ordem especial para sua fruição, enquanto que os **de uso especial** são os que, por um título individual, a administração atribui a determinada pessoa o direito de fruir dele com exclusividade, nas condições convencionadas.

Outrossim é oportuno lembrar valiosa lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³²:

[...] Os bens de uso comum do povo e os de uso especial estão fora do comércio jurídico de direito privado, de modo que só podem ser objeto de relações jurídicas regidas pelo direito público; assim, para fins de uso privativo, os instrumentos possíveis são apenas a autorização, a permissão e a concessão de uso. Trata-se de instrumentos sujeitos ao **regime jurídico de direito público**, com características próprias que decorrem da posição de supremacia da Administração sobre o particular. A sujeição a esse regime revela-se pela **constituição** do uso (por meio de ato administrativo ou contrato administrativo), pelo seu exercício (sujeito à fiscalização do poder público) e pela sua **extinção** (que se dá pelo término do prazo, pela caducidade, em caso de não utilização do bem; pela rescisão unilateral do contrato de concessão ou pela revogação unilateral da autorização e permissão).

Como se trata de categoria de bem público, o regime jurídico desse uso é diferenciado daquele existente para o

direito privado, impondo-se, assim, a observância de alguns pressupostos, acerca dos quais Odete Medauar³³ ensina.

[...] **As seguintes notas sobressaem no regime jurídico da utilização por particulares:**

a) Compatibilidade com o interesse público – o uso privativo pelo particular não pode contrariar o interesse público, pois, se assim fosse, não poderia ocorrer. Daí caber razão a Chapus (op. cit., p. 387) quando discorda do qualificativo ‘anormal’, atribuído por muitos a tais usos: anormal é o uso incompatível com o interesse público ou que obstaculiza o uso afetado;

b) Consentimento da administração – o uso privativo do bem por particular depende de consentimento da Administração, que é o título legal para esse uso. Há figuras jurídicas que veiculam esse consentimento e a legislação a respeito há de ser cumprida pela Administração e particulares. A ausência de consentimento possibilita medidas da Administração visando a reaver o bem (ou medidas intentadas pelo Tribunal de Contas ou por particulares, contra a omissão da Administração);

c) Observância de condições fixadas pela Administração – a Administração pode fixar preceitos relativos ao uso pelo particular e este deverá observar tais regras, sob pena de cessação do uso;

d) Pagamento de preço – o uso privativo de bem público admite a cobrança de preço por parte da Administração a que se vincula o bem, havendo também usos gratuitos;

e) Precariedade – É a regra para o uso privativo. Por motivo de atendimento ao interesse público, a Administração pode cessar unilateralmente o uso privativo, mesmo dotado de prazo determinado, mesmo formalizado mediante contrato; havendo prazo, a cessação do uso privativo, somente por motivo de interesse público, enseja indenização a favor do particular. [...].

Já as formas administrativas para o uso especial de bem público por particulares variam desde a simples e unilateral autorização e permissão de uso até os formais contratos de concessão de uso.

Como bem conceitua Carvalho Filho³⁴,

Autorização de uso é o ato administrativo pelo qual o Poder Público consente que determinado indivíduo utilize bem público de modo privativo, atendendo primordialmente a seu próprio interesse.

[...] Como o ato é discricionário e precário, ficam resguardados os interesses administrativos. Sendo assim, o consentimento dado pela autorização de uso não depende de lei nem exige licitação prévia.

Exemplos: uso de terrenos baldios, de área para estacionamento, retirada de água, entre outros.

Permissão de uso é o ato administrativo pelo qual a Administração consente que certa pessoa utilize privativamente o bem público, atendendo ao mesmo tempo aos interesses público e privado.

[...]

Na autorização de uso, o interesse que predomina é o privado.

Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere a pessoa determinada uso privativo

31 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 6 ed. 1993. Editora Malheiros. São Paulo. P. 232.

32 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 22 ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 690/691

33 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: 2014. Editora Revista dos Tribunais, fls. 287/288.

34 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25 ed. 2012. Editora Atlas. São Paulo. P. 1156-1160.

de bem público, independentemente do maior ou menor interesse público da pessoa concedente.

Nessa mesma senda, há a lição do i. Hely Lopes Meirelles³⁵:

Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segundo sua destinação específica. O que caracteriza a concessão de uso e a distingue dos demais institutos assemelhados – autorização e permissão de uso – é o caráter contratual e estável da outorga do uso do bem público ao particular, para que o utilize com exclusividade e nas condições convencionadas com a administração.

A concessão pode ser remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, mas deverá ser sempre precedida de autorização legal e, normalmente, de licitação para o contrato. Sua outorga não é nem discricionária nem precária, pois obedece a normas regulamentares e tem a estabilidade relativa dos contratos administrativos, gerando direitos individuais e subjetivos para o concessionário, nos termos do ajuste. Tal contrato confere ao titular da concessão de uso um direito pessoal de uso especial sobre o bem público, privativo e intransferível sem prévio consentimento da Administração, pois é realizado *intuitu personae*, embora admita fins lucrativos. É o que ocorre com a concessão de uso remunerado de um hotel municipal, de áreas em mercado ou de locais para bares e restaurantes em edifícios ou logradouros públicos. (negrito nosso)

Nesse ponto, merece também destaque o disposto no art. 2.º da Lei 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 2.º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei. (negrito nosso)

Como se vê, é plenamente possível viabilizar o uso de bem público por particulares, se houver instrumentos legais como a autorização, a permissão e a concessão de uso.

2.2 Da legislação municipal de Ituiutaba

A Lei Orgânica do Município de Ituiutaba, nos artigos 13 e 15, dispõe:

Art. 13 – O uso de bens municipais por terceiros poderá ser feito mediante concessão, permissão ou autorização, conforme o interesse público o exigir.

Art. 15 – A concessão administrativa de bens municipais, de uso especial e dominicais, depende de lei e de licitação, e se fará mediante contrato por prazo determinado, sob pena de nulidade do ato.

§ 1º – A licitação poderá ser dispensada nos casos permitidos na legislação aplicável.

§ 2º – A permissão que poderá incidir sobre qualquer bem público, se fará a título precário e por decreto.

§ 3º – A autorização que poderá incidir sobre qualquer bem público, será objeto de portaria, para atividades ou usos específicos e transitórios, por prazo nunca superior a 90 (noventa) dias.

§ 4º – A autorização para aproveitamento de terrenos baldios, de uso comum ou dominical, com culturas temporárias, se fará a título precário por Portaria, com prazo não superior a dois anos, podendo ser renovado.

Nesse contexto, resta evidente que há previsão na Lei Orgânica do Município de Ituiutaba pertinente ao uso de bem público municipal.

2.2 Da dúvida apresentada pela douta Promotora de Justiça de Ituiutaba

A questão a ser debatida exige posicionamento claro e pragmático acerca dos critérios estabelecidos para identificação do instituto a ser tomado como correto pelo Promotor de Justiça Natural não apenas em relação ao bem público apontado na consulta em debate na cidade de Ituiutaba, mas também nos mais variados órgãos de execução do MPMG, especialmente do imenso interior mineiro, envolvendo corriqueiramente a exploração de bens públicos em festividades muitas delas já tradicionais e cujas datas são absolutamente previsíveis no calendário local, além, é claro, de não raras hipóteses em que representam significativa fonte de renda de importantes instituições filantrópicas locais, que prestam imprescindível atendimento social aos munícipes.

É com esta visão que o CAOPP abordará o tema a fim de municiar o Promotor de Justiça Natural na tomada de posição a respeito de uma celeuma concreta como agente político transformador e resolutivo, e não mais um mero burocrata alheio à realidade da sociedade que o rodeia.

Com muita propriedade, Marçal Justen Filho ensina:

Algumas dúvidas surgem a propósito de concessão e permissão de uso de bens públicos, que não se confundem com as concessões e permissões de serviço público. Essas figuras não estão explicitamente reguladas na Lei n.º 8.666 e a elas não se referem as Leis n.º 8.987, n.º 9.074 e n.º 11.079 (que dispõem sobre a concessão e permissão de serviços públicos).

A omissão legislativa não pode conduzir à interpretação da ausência de obrigatoriedade de licitação. Aliás, veja-se que o art. 2º da Lei n.º 8.666 alude genericamente a “concessões e permissões”, sem qualificar o objeto.

Também não seria relevante o argumento de eventual gratuidade na cessão do uso de bens públicos em favor de particulares.

Deve tomar-se em vista, como ponto de partida, a previsão constitucional de que todas as contratações administrativas serão precedidas de licitação, ressalvadas as exceções indicadas em lei. Portanto, a regra geral será a licitação prévia.

Em muitos casos, a obrigatoriedade da licitação pode vincular-se a um princípio constitucional específico. Haverá situações em que será necessária a licitação por decorrência exclusiva do princípio da isonomia. São as hipóteses em que a Administração atribui a um particular certa faculdade ou benefício, sem que isso se traduza em vantagem mais significativa para o interesse supraindividual. Até se poderia cogitar de situações em que a atribuição produz-se gratuitamente para o particular, de quem não se exige qualquer contraprestação em prol do Estado.

Nesses casos, a obrigatoriedade da licitação deriva da necessidade de tratamento não discriminatório. Se o Estado dispuser-se a produzir algum tipo de benefício a

35 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32 ed. Editora Malheiros. São Paulo. P. 527.

um conjunto limitado de pessoas será imperiosa a adoção de algum critério de escolha dos beneficiários. Até se poderia imaginar um critério temporal, em que a vantagem seria vinculada a uma ordem cronológica de inscrições. Também se poderia cogitar de critérios de natureza econômica: poderiam aspirar ao benefício os carentes econômicos. Enfim, será imperiosa a adoção de um critério compatível com o princípio da isonomia, o qual pode conduzir, inclusive, à solução aleatória (sorteio).

Ora, a produção de decisão final deverá ser antecedida de um procedimento seletivo prévio, assimilado à licitação. Ainda quando o benefício for atribuído por critério aleatório, a escolha final terá de obedecer a um procedimento adequado e satisfatório. A administração deverá consolidar num ato convocatório todas as regras sobre a outorga que realizará, determinando datas para inscrição, documentos exigidos, critérios de habilitação e de julgamento. **Deverá observar-se estritamente o princípio da publicidade, inclusive para evitar que potenciais interessados deixem de competir por desconhecimento sobre a instauração do procedimento. Ao final, decidir-se-á de acordo com o critério previamente escolhido.**

Isso significa que a obrigatoriedade de licitação poderá traduzir-se em procedimento distinto daqueles contidos na Lei n.º 8.666. As regras que proíbem a conjugação de modalidades licitatórias (art. 22, § 8º) e a adoção de critérios de julgamento distintos (art. 45, § 5º) devem ser interpretadas em termos. Significam que, para as contratações explicitamente disciplinadas no diploma, será vedada a inovação ou conjugação. **Quando se tratar de contratação ou outorga diversa daquelas reguladas na parte especial da Lei n.º 8.666, poderão cogitar-se de procedimentos específicos e critérios de julgamento peculiares.**

Essa solução deverá ser adotada sempre que o eventual benefício não puder ser outorgado a todo e qualquer possível interessado. A necessidade de excluir alguém demanda a adoção de critérios seletivos fundados no princípio da impessoalidade, segundo as exigências da isonomia.

Logo, a concessão de uso de bem público demandará a adoção de um procedimento licitatório prévio. Se a outorga fizer-se de modo oneroso, haverá grande similitude às hipóteses de concessão de serviço público. Poderá adotar-se a solução da concorrência, regida eventualmente pelas normas da Lei n.º 8.987. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 52. (negritos nossos).

A par desse brilhante ensinamento, a **primeira questão** a ser respondida pelo Promotor de Justiça Natural, quando do enfrentamento do caso concreto, é:

- o uso do imóvel comporta seu deferimento a todos que venham a ter interesse, desde que preencham alguns requisitos prévios estabelecidos em prol do interesse público?

Nessa fase, mais diretamente, deve-se compreender a exata extensão do uso do imóvel em relação a toda a sociedade de forma que não implique violência ao princípio da isonomia.

Com efeitos absolutamente distintos da exploração de bens públicos municipais em eventos festivos locais, imagine que neste imóvel de propriedade do município seja realizada

a “Festa do Peão” e nele haja boxes em locais e número definidos para a instalação de “barracas de venda”.

Ora, sendo limitado o número de boxes para a instalação de “barracas de venda”, resta evidente a necessidade de adoção de medidas administrativas que assegurem o respeito ao princípio da isonomia, já que plenamente possível e previsível a apresentação de interessados que satisfaçam os requisitos estabelecidos pela administração pública em número superior ao de boxes existentes.

Imagine que haja o interesse da administração de que particulares explorem também aquele imóvel durante o evento ingressando nele “carrinhos de sorvete” para a venda daquele produto.

Nesse caso, basta que a administração pública estabeleça requisitos prévios a serem preenchidos pelo particular para que qualquer pessoa possa obter tal autorização de forma gratuita ou onerosa. Afinal, salvo em uma situação absolutamente inusitada, o número de “sorveteiros” interessados que venham a preencher os requisitos preestabelecidos não superará a capacidade daquele recinto hipotético de “Festa do Peão”.

Como se percebe, apenas na primeira situação haveria a necessidade da adoção de medidas para identificar, entre os particulares, quem tenha interesse e preencha os requisitos para deferir a exploração do bem público.

A **segunda questão** diz respeito ao vínculo que se almeja com o deferimento da utilização do bem:

- pretende-se um vínculo de natureza contratual ou marcado pela precariedade?

No caso de se pretender o firmamento de uma verdadeira concessão, estabelecer um vínculo contratual, a questão não exige divagações para se chegar à conclusão da necessidade de respeito aos comandos da Lei n.º 8.666/1993 e, até mesmo, da Lei n.º 8.987, no que couber ao caso concreto.

O possível interesse da administração pública de que o imóvel passe a ser explorado por particular, com exclusividade, de forma onerosa e pelo prazo mínimo de um ano, por se tratar de relação que venha a estabelecer um vínculo precário, a vigorar em regra por curto espaço de tempo, como já aduzido no enfrentamento da primeira questão, dependerá exatamente da extensão dos efeitos da utilização do bem.

Mais diretamente, se a utilização puder ser concedida a todos que tenham interesse, para fruição simultânea, se não houver a possibilidade de tratamento discriminatório, basta que a administração pública estabeleça previamente os requisitos de interesse público a serem preenchidos pelos particulares. Quanto ao tratamento isonômico entre os particulares, de fato é imprescindível a seleção entre os que se apresentarem como interessados, obviamente sendo necessário medidas outras que especifiquem os parâmetros a serem adotados para identificação dos que

terão acolhido ou não seu pleito pela administração pública, em respeito ao princípio da impessoalidade.

Já a **terceira questão** a superar relaciona-se ao modo como afastar a ofensa ao princípio da isonomia:

- verificada a necessidade do estabelecimento de critérios de seleção em respeito ao princípio da isonomia, deve-se ater exclusivamente às modalidades licitatórias da concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão ou pregão, previstas na lei?

Ora, o art. 22, XXVII, da Constituição Federal prescreve que “*compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios*”.

Como se observa da leitura atenta de tal dispositivo, a competência da União é privativa em relação às normas gerais de licitação e contratação, daí porque tem prevalecido o entendimento de haver, na verdade, uma competência **concorrente** com as demais entidades federativas.

Repetindo as lições de Marçal Justen Filho apontadas na nota jurídica, tem-se:

As regras que proíbem a conjugação de modalidades licitatórias (art. 22, § 8º) e a adoção de critérios de julgamento distintos (art. 45, § 5º) devem ser interpretadas em termos. Significam que, para as contratações explicitamente disciplinadas no diploma, será vedada a inovação ou conjugação. Quando se tratar de contratação ou outorga diversa daquelas reguladas na parte especial da Lei n.º 8.666, poderão cogitar-se de procedimentos específicos e critérios de julgamento peculiares.

Não são raras as hipóteses de municípios que, visando a assegurar maior transparência a seus atos administrativos e, especialmente, evitar burla aos princípios da publicidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, entre outros, cuidam de estabelecer regras claras a serem observadas nos procedimentos administrativos pertinentes a requerimentos de **permissão** ou **autorização** de uso de bens públicos sempre que houver a possibilidade de ofensa ao princípio da isonomia e a qualquer **tratamento discriminatório**.

Tal detalhamento não se vê em regra no âmbito municipal quanto à **concessão** propriamente dita de uso de bem público, já que, em virtude do caráter negocial/contratual e não precário, compreende-se claramente a necessidade de prévio procedimento licitatório, com emprego, sem qualquer dificuldade, das modalidades já previstas nas leis 8.666/1993 e 8.987/1995, conforme o caso.

A celeuma surge de fato quando os órgãos de execução do Ministério Público deparam com a necessidade de avaliar a regularidade ou não do deferimento de **permissão** ou **autorização de uso** de bens públicos municipais que, ressalvadas algumas polêmicas doutrinárias, **revestem-se de ato unilateral, discricionário e precário**.

Embora a questão do interesse predominante – se público ou privado – nem sempre se mostre suficientemente clara, certo é que, esteja o ato administrativo nominado como

permissão ou **autorização** de uso de bem público, sempre que o benefício não comportar fruição simultânea dos interessados, haverá a necessidade de regulamentação prévia das medidas a serem adotadas pela administração pública de forma a evitar tratamentos discriminatórios àqueles que satisfaçam as condições exigidas.

Obviamente que, quando houver a possibilidade de utilização concomitante do bem por particulares interessados, ou melhor, não for necessária a seleção, bastará ao interessado preencher os requisitos, estabelecidos conforme o interesse público.

Como exemplos não exaustivos de medidas a serem adotadas pela administração pública para assegurar tratamento isonômico quando necessária a realização de seleção entre os interessados, podem ser citados “a ordem cronológica de inscrição” e o “sorteio”.

A opção pelo mecanismo a ser adotado competirá ao ente federativo (“ordem cronológica de inscrição”, “sorteio”, etc.), sempre com o cuidado de garantir a devida publicidade desta regulamentação, de forma que aquele que tenha interesse possa inscrever-se para a seleção nos moldes impostos pela administração pública.

A **quarta questão** a ser enfrentada relaciona-se a eventual omissão na legislação municipal quanto ao detalhamento das medidas impeditivas a atos discriminatórios:

- verificada de fato a necessidade do estabelecimento de critérios de seleção em respeito ao princípio da isonomia, mas não trazendo a legislação municipal a especificação exata destes, estaria a administração pública municipal dispensada de empregá-los?

O detalhamento em lei municipal das medidas prévias exigidas para expedição de permissão ou autorização de uso de bem público em favor do particular visando a impedir atos discriminatórios, atentatórios ao princípio da isonomia, é de fato o “melhor dos mundos”, mas nem sempre o vivenciado na rotina diária dos(as) Promotores(as) de Justiça de Defesa do Patrimônio Público, especialmente daqueles com atribuições em pequenos e/ou médios municípios da nossa abençoada e gigante “terra das gerais”.

Aliás, é exatamente esta a situação experimentada no município de Ituiutaba que, embora preveja na legislação local a possibilidade do deferimento de concessão, permissão e uso de bem público municipal a particulares, não disciplina *stricto sensu* quais seriam as medidas prévias a serem adotadas pela administração pública nas hipóteses em que o deferimento de **permissão** ou de **autorização** de uso de bens públicos, ainda que **atos administrativos precários e discricionários**, venham implicar violação ao princípio da isonomia, exigindo o emprego de seleção sem cunho discriminatório, limitando-se apenas a impor prévia licitação nos casos de concessões (excetuadas as hipóteses legais – o disposto no *caput* do art. 175 da CF que se refere à concessão ou à permissão da **prestação de serviços públicos**).

Tal omissão do legislador municipal em hipótese alguma pode servir como escusa para que o gestor público ignore

os princípios que norteiam a administração pública, entre eles o da impessoalidade, da moralidade e da publicidade.

Assim, caso o legislador municipal não tenha tido o cuidado de detalhar tal matéria, caberá à autoridade administrativa competente, no caso o chefe do Executivo Municipal, regulamentar por decreto os respectivos dispositivos da legislação municipal que trata da “permissão” e “autorização” de uso de bens públicos municipais, especificando como se dará o procedimento seletivo prévio à decisão administrativa final pertinente a tais atos administrativos que, embora discricionários e precários, venham implicar ofensa ao princípio isonômico.

Repita-se: o procedimento seletivo prévio só será exigido quando a permissão ou a autorização de uso de bem público implicar quebra ao tratamento isonômico.

Constatada a inexistência de regulamentação, é de bom alvitre que o órgão de execução do Ministério Público, em procedimento instaurado especificamente a partir de notícia dando conta de tal omissão, emita inicialmente uma recomendação ao chefe do Poder Executivo municipal expondo a importância do estabelecimento desses critérios.

Obviamente que, se houver várias opções pertinentes à forma como se poderá dar tal seleção, não compete ao Promotor(a) de Justiça, em sua recomendação, delimitar este ou aquele modo de seleção, mas sim, buscar impulsionar, dentro dos princípios que norteiam a administração pública, os dispositivos regulamentados na lei municipal.

Claro que a ofensa a tais princípios, quando da regulamentação da seleção prévia, especialmente no que concerne aos da **proporcionalidade, razoabilidade e impessoalidade**, poderá o Ministério Público apontar especificamente quais preceitos estariam, **de fato**, sendo burlados, e que deveriam ser alterados/afastados, sem que isso possa ser interpretado como uma intromissão indevida no mérito do ato administrativo.

Emitida recomendação a respeito da forma de como se dará a seleção prévia nas hipóteses em que for imprescindível a regulamentação, em respeito ao princípio da isonomia, e mesmo assim o chefe do Executivo Municipal não se dispuser a fazê-la, não restará outra medida que não o ajuizamento de uma ação civil pública contra o município, visando à imposição de obrigação especificamente de não deferir permissões e/ou autorizações de uso de bens públicos nas hipóteses em que, mesmo se tratando de atos administrativos precários e discricionários, seja necessária a realização de seleção entre os interessados, evitando-se tratamentos discriminatórios, em respeito aos princípios da isonomia, publicidade e impessoalidade, entre outros.

Claro também que, mesmo depois da recomendação ministerial venha a ser concedida alguma permissão e/ou autorização de uso de bem público, resta evidente para o Promotor de Justiça Natural que tal ato administrativo, **no caso concreto**, implicou evidente propósito de burla aos princípios que norteiam a administração pública, dispensando tratamento privilegiado em favor de determinada pessoa e

em prejuízo dos demais interessados. Em tese, estar-se-á diante da prática de ato de improbidade administrativa.

A propositura ou não de ação de improbidade administrativa, naturalmente, é da alçada exclusiva do Promotor de Justiça à frente do caso que, diante dos elementos colhidos, verificará no caso concreto se de fato houve tratamento atentatório aos princípios que norteiam a administração pública, especialmente aos da isonomia e da impessoalidade, detalhando em sua inicial a situação fática que o levou a conclusão de que uma determinada pessoa foi escolhida de forma indevida e privilegiada em desfavor de toda a coletividade.

Por fim, a situação das entidades filantrópicas locais deparada por Promotores(as) de Justiça, especialmente de maior intensidade nos pequenos municípios:

- A Prefeitura anuncia que expedirá permissão ou autorização para que uma determinada entidade filantrópica use um bem imóvel público, total ou parcialmente, durante certo evento festivo. O que deve ser observado?

Especialmente em municípios de pequeno e de médio porte são corriqueiros eventos promovidos por entidades privadas com o propósito de arrecadar recursos a serem empregados em ações de cunho assistencial.

Diferentemente do que possam imaginar os desavisados, não são tão raros, por exemplo, asilos e creches que têm suas fontes de receita abastecidas por recursos oriundos do setor não estatal.

Entidades como Rotary, Lions, Maçonaria, Associações de Bairros, entre outras, promovem eventos festivos com a finalidade específica de angariar recursos destinados a atender uma infinidade de demandas sociais locais.

Como forma de contribuir e até mesmo de estimular tais práticas cívicas e de caráter nitidamente humanitário, também não são raras as situações em que o poder público municipal confere a determinadas entidades filantrópicas/assistenciais permissão ou autorização de uso de bem público, a título precário, durante um curto período, eventos festivos já tradicionais.

O ponto central agora enfrentado reside exatamente na verificação se está ou não presente o interesse público. Mais diretamente, deve-se perguntar: é do interesse de toda a sociedade que aquele bem imóvel público seja utilizado da forma como lhe foi permitido/autorizado por aquele breve período e por aquela instituição específica? A resposta por certo será obtida **caso a caso** com a leitura da motivação do ato administrativo que deferiu a autorização/permissão e na análise das circunstâncias que envolvem a forma como a entidade particular beneficiada explorará precariamente o bem e as vantagens auferidas.

Obviamente que, quanto mais bem disciplinado o deferimento de permissões e de autorizações de uso de bens públicos, menores serão as possibilidades de ocorrências de irregularidades em tais institutos.

Assim, confiante de estar contribuindo com os órgãos de execução de defesa do patrimônio público do MPMG, são estas as ponderações deste Centro de Apoio Operacional acerca do tema provocado, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural.

Remeta-se cópia da presente nota jurídica à douda Promotora de Justiça solicitante.

Depois, archive-se o presente PAAF.

Belo Horizonte, 8 de fevereiro de 2016.

José Carlos Fernandes Júnior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAOPP

Nota Jurídica n.º 08 /2017

PAAF n.º 0024.17.015343-3

Comarca: PJ Contagem

Ementa: Administração Pública. Desconcentração do serviço público. Caso concreto. Delegação de mera competência para execução de atividade administrativa. Desconcentração. Possibilidade. Ato de rotina interna da Administração. Governança.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pela Promotora de Justiça Raquel Fernanda Caetano Correa Couy, da Comarca de Contagem, relacionada a eventual invalidade de ato administrativo que teria delegado ao diretor-geral do Departamento de Gestão Previdenciária a competência para a movimentação financeira e bancária de qualquer natureza do fundo financeiro e do fundo previdenciário do município.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

A administração pública, segundo José dos Santos Carvalho Filho³⁶, pode ser conceituada sob dois aspectos essenciais: o objetivo e o subjetivo.

Sob o aspecto objetivo, a administração pública define-se como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para consecução dos interesses coletivos de intervenção, fomento, serviço público e poder de polícia. Sob o aspecto subjetivo, constitui-se no conjunto de órgãos, pessoas jurídicas e agentes aos quais a lei atribuiu o exercício da função administrativa do Estado.

No sistema jurídico brasileiro, a função administrativa refere-se à atividade desempenhada pelas pessoas estatais sujeitas a controle jurisdicional, marcada pela conjugação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Em um Estado Democrático de Direito, o Estado deve sempre agir na busca da satisfação do interesse público. E mais, uma vez que a lei expressa a vontade popular, compete ao Estado executar suas atividades dentro do que ela estatui.

E é exatamente para assegurar um controle sobre as atividades da administração pública, **que se ocupa da execução concreta da lei**, é que **antes de se aplicar a lei se deve expedir uma declaração de vontade anunciando a decisão adotada.**

³⁶ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 15 ed. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2006. p. 9.

Essa declaração de vontade do Estado de anunciar a decisão adotada chama-se **ato administrativo**.

No Estado de Polícia manifesta-se apenas a vontade da administração pública e a ação concreta adotada, enquanto que no Estado de Direito há a vontade da administração pública, o ato administrativo (anúncio da decisão adotada) e a ação concreta.

Antes de adotar qualquer atuação material, a administração pública tem que expedir previamente o ato administrativo, que no exercício da função administrativa:

- a) provém do Estado ou de quem esteja investido em prerrogativas estatais;
- b) está sob a regência do direito público;
- c) deve visar sempre à produção de efeitos jurídicos de interesse público, que não os fins almejados pelo Estado;
- d) está sujeito ao controle jurisdicional;
- e) tem caráter infralegal (exerce papel secundário, complementar aos comandos da lei, mas ao mesmo tempo está sujeito à lei);
- f) tem como finalidade produzir efeitos jurídicos.

Em suma, é uma espécie de ato jurídico típico do Direito Administrativo, em que o agente (sujeito) está investido de prerrogativas públicas e o objeto se mostra preordenado a determinado fim de interesse público.

Quanto à existência do ato administrativo, cumpre verificar a integralidade do seu ciclo jurídico de formação.

Daí a necessidade de análise dos elementos de existência – conteúdo e forma – bem como dos pressupostos de existência – objeto e referibilidade à função administrativa (ou pertinência do ato ao exercício da função administrativa).

Conteúdo é o que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. Em suma, é a própria medida que produz a alteração na ordem jurídica. Obviamente, diante do princípio da legalidade, deve ser permitido pelo ordenamento jurídico.

Forma é o revestimento exterior do ato, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência. Sem forma não pode haver ato. Logo, mesmo que não haja previsão de uma forma determinada, sendo ela livre, não existe ato sem forma, porquanto o Direito não se ocupa de pensamentos ou intenções enquanto não forem traduzidos exteriormente. Forma é o meio de exteriorização do ato.

A respeito dos pressupostos da existência, destacam-se:

Objeto é aquilo sobre o que o ato dispõe. É algo de que fala o conteúdo. É o bem ou a pessoa a que o ato faz referência.

Pertinência – o ato tem que ser imputável ao Estado no exercício da função administrativa.

No que diz respeito à eficácia dos atos administrativos, analisa-se a aptidão do ato para produzir efeitos jurídicos, ou seja, atingir a finalidade de criar, declarar, modificar, preservar e extinguir direitos e obrigações.

Quanto à validade dos atos administrativos, duas correntes doutrinárias sobressaem:

– TRADICIONAL – Hely Lopes Meirelles – fundamenta-se no art. 2.º da Lei de Ação Popular (4.717/1965), que prevê cinco requisitos de validade do ato administrativo: competência (ou sujeito), objeto, forma, motivo e finalidade.

a) Competência (ou sujeito) – Para que o ato seja válido deve ser verificado se foi praticado por agente competente segundo a legislação (competência administrativa é o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho de suas funções).

b) Objeto – é o conteúdo do ato, a ordem por ele determinada ou o resultado prático pretendido com sua expedição. Deve ser lícito, possível, moral e determinado/determinável.

c) Forma – envolve o modo de exteriorização e os procedimentos prévios exigidos na expedição do ato administrativo. Em regra, a forma será escrita, mas há situações excepcionais de atos gestuais, verbais ou expedidos visualmente por máquinas, como é o caso dos semáforos, especialmente em casos de urgência e transitoriedade da manifestação.

d) Motivo – é a situação de fato e o fundamento jurídico que autorizam a prática do ato. Não se deve confundir com motivação, que é a explicação por escrito das razões que levaram à prática do ato.

e) Finalidade – é o objetivo de interesse público pretendido com a prática do ato.

– MODERNA – Celso Antônio Bandeira de Mello – identifica seis pressupostos de validade do ato administrativo: sujeito, motivo, requisitos procedimentais, finalidade e formalização.

Pressupostos de validade: subjetivo (sujeito), objetivos (motivo e requisitos procedimentais), teleológico (finalidade), lógico (causa) e formalístico (formalização).

a) Sujeito – deve ser estudada a capacidade do agente, a quantidade de atribuições do órgão, a competência do agente emanador e a existência de óbices à atuação no caso concreto.

b) Motivo – diz respeito à situação fática que autoriza a prática do ato.

c) Requisitos procedimentais – são os atos jurídicos prévios e indispensáveis para a prática do ato administrativo.

d) Finalidade – trata-se do bem jurídico pertinente ao interesse público pretendido com a prática do ato.

e) Causa – consiste no nexo de adequação entre o motivo e o conteúdo.

f) Formalização – coincide com a noção de forma adotada pela corrente tradicional. Diz respeito ao modo como o ato deve ser praticado.

Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello, a validade do ato administrativo pressupõe a observância dos requisitos procedimentais³⁷. Sem eles “*não haverá ato administrativo válido*”. E prossegue o ilustre jurista que tais requisitos

consistem em outros atos jurídicos, produzidos pela própria Administração ou por um particular, sem os quais um certo ato não pode ser praticado. Assim, por exemplo, o ato de nomeação de um funcionário para cargo efetivo só poderá ser expedido depois da série de atos que compõem o concurso público para o qual o interessado se classificou. Igualmente, o ato de adjudicação em uma concorrência só pode ocorrer após o ato de classificação do licitante colocado em primeiro lugar. A seu turno, o ato de classificação não pode ser produzido antes do ato de habilitação do concorrente. O ato substanciado no alvará de licença para edificar depende, para ser expedido, de um ato do particular solicitando a licença. Este pedido, portanto, é condição para a prática do ato que expede a licença.

3 Da dúvida da Promotora de Justiça solicitante

Descendo à análise direta do caso em apreço, sabe-se que o Decreto-Lei n.º 200/1967 estabeleceu a divisão da administração pública em direta e indireta, nos âmbitos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

A administração pública direta compõe-se de órgãos públicos ligados diretamente ao poder central federal, estadual, distrital e municipal. Tais órgãos, desprovidos de personalidade jurídica própria, patrimônio e autonomia administrativa, são os encarregados das funções típicas do Estado (funções estatais) e caracterizam-se pela desconcentração administrativa, que configura distribuição interna de competências dentro de uma mesma pessoa jurídica com o fim de tornar mais eficiente a execução das finalidades administrativas previstas em lei.

Já a administração pública indireta, composta pelas autarquias, fundações públicas de direito privado³⁸, sociedades de economia mista e empresas públicas, caracteriza-se pela descentralização administrativa. Ou seja, o ente estatal transfere a outra pessoa jurídica pública ou privada o exercício de determinada atividade administrativa.

A administração pública também realiza a sua função executiva por meio de atos administrativos emanados dos seus órgãos e agentes públicos, sendo certo que, quanto a seu objeto, podem ser classificados como:

– atos de império: praticados pela administração pública no gozo de suas prerrogativas, em posição de supremacia perante o administrado;

– atos de gestão: ordenam a conduta interna da administração e de seus servidores;

– atos de expediente: de rotina interna administrativa, praticados por agentes públicos subalternos, que visam a dar andamento aos serviços desenvolvidos por uma entidade, um órgão ou uma repartição.

A execução dos atos administrativos na consecução do interesse público está diretamente relacionada à governança, que é a capacidade de um governo planejar, formular, programar e cumprir funções, relacionando-se intimamente com a ação e a execução de decisões. Refere-se à capacidade administrativa do governo de executar as políticas públicas, ao *modus operandi* das políticas governamentais, bem como ao alcance dos programas de governo, aos aspectos gerenciais e administrativos do Estado.

O caso que foi submetido à análise deste Centro de Apoio Operacional refere-se à publicação da Portaria Sead n.º 09, de 13 de julho de 2015, subscrita pelo secretário de Administração do município de Contagem, que delegou a competência para a movimentação financeira e bancária de qualquer natureza, seja por meio físico ou eletrônico, dos fundos financeiro e previdenciário do município, ao servidor Eugênio Cunha dos Santos, diretor-geral do Departamento de Gestão Previdenciária, de forma a verificar eventual conflito com o disposto na Lei Complementar Municipal n.º 005, de 12 de julho de 2005, que instituiu o Conselho Municipal de Previdência (CMP) e previu, no seu artigo 26, inciso IV, a sua competência para conceber, acompanhar e avaliar a gestão operacional, econômica e financeira dos recursos do Regime Próprio de Previdência dos servidores públicos do município de Contagem.

A Promotora de Justiça consulente questiona a legalidade do ato que determinou a sobredita “delegação” de competência para a movimentação financeira e bancária de qualquer natureza dos ditos fundos municipais ao diretor-geral do Departamento de Gestão Previdenciária.

Portaria SEAD N.º 09, de 13 de julho de 2015.

Delega competência para a movimentação financeira e bancária de qualquer natureza do Fundo Financeiro e do Fundo Previdenciário e dá outras providências.

O SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO MUNICÍPIO DE CONTAGEM no uso de suas atribuições legais, especificamente as conferidas pelo artigo 14, da Lei Complementar Municipal n.º 062, de 12 de maio de 2009; CONSIDERANDO a necessidade de dar maior celeridade aos assuntos referentes ao Regime Próprio de Previdência dos Servidores do Município de Contagem, em especial nos assuntos que envolvem as movimentações financeiras e bancárias de qualquer natureza, que envolvem o Fundo Financeiro e o Fundo Previdenciário; CONSIDERANDO o uso da delegação de competência como instrumento de desconcentração administrativa, com a finalidade de proporcionar maior rapidez e objetividade à administração pública municipal; CONSIDERAÇÃO que a gestão administrativo-financeira e a gestão dos benefícios do PreviCon estão a cargo de unidade gestora única vinculada à Secretaria Municipal de Administração; RESOLVE: Art. 1º Fica atribuída a competência ao servidor EUGÊNIO CUNHA DOS SANTOS, Diretor Geral do Departamento de Gestão Previdenciária, de realizar movimentações financeiras e bancárias, de qualquer natureza, seja por meio físico ou eletrônico, que envolvem o Fundo Financeiro e o Fundo

37 MELLO, Celso Antônio Bandeira, Curso de Direito Administrativo, 11 ed., Malheiros, fl. 286.

38 Diante do tema aqui enfrentado, consideraremos as fundações públicas de direito público como uma das categorias de autarquias (fundacionais), deixando de lado qualquer abordagem a respeito da celeuma vivenciada na doutrina a respeito.

Previdenciário, inclusive: I – a assinatura de documentos bancários; II – requisição/emissão/cancelamento/assinatura de cheques; III – abertura/encerramento de contas; IV – aplicação/resgate de investimentos; V – transferências bancárias; VI – realização de pagamentos de despesas assumidas pelos Fundos Financeiro e Previdenciário. Art. 2º Ficam convalidados os atos praticados, anteriormente à vigência desta Portaria, desde que atendidos os termos estabelecidos no artigo 1º, pelo servidor mencionado. Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação. REGISTRE-SE E PUBLIQUE-SE. Palácio do Registro, em Contagem, aos 13 de julho de 2015

Denota-se das peças apresentadas a esta coordenadoria que o artigo 14 da Lei Complementar Municipal n.º 62, de 12 de maio de 2009, outorgou a gestão administrativo-financeira e a gestão dos benefícios dos fundos financeiro e previdenciário à unidade gestora única, vinculada à Secretaria Municipal de Administração.

Nesse contexto, o artigo 36, I, do Decreto Municipal n.º 107, de 25 de junho de 2013, definiu a competência do Departamento de Gestão Previdenciária para gerir os fundos de previdência municipal.

Percebe-se claramente que a publicação da Portaria SEAD n.º 09, de 13 de julho de 2015, ensejou tão somente a desconcentração do serviço público, haja vista que houve apenas a transferência, com hierarquia, de uma atividade administrativa dentro da mesma pessoa jurídica.

Demonstra-se que o ato do secretário municipal de Administração que designou o diretor-geral do Departamento de Gestão Previdenciária para a movimentação financeira e bancária de qualquer natureza do fundo financeiro e do fundo previdenciário constitui apenas uma rotina interna da Administração que visa ao desenvolvimento de função administrativa pelo servidor público com menor burocracia.

Insta esclarecer que a competência do aludido servidor público para a movimentação financeira e bancária de qualquer natureza do fundo financeiro e do fundo previdenciário não exclui ou minimiza a competência do Conselho Municipal de Previdência para acompanhar e avaliar a gestão operacional, econômica e financeira dos recursos do Regime Próprio de Previdência dos servidores municipais prevista no artigo 26, IV, da Lei Complementar n.º 005, de 12 de julho de 2005.

Ora, é de trivial sabença que a competência para prática de atos administrativos decorre da lei que aponta a autoridade administrativa com legitimidade para fazê-lo, inclusive com delimitação do seu alcance.

No entanto, a competência pode ser objeto de delegação ou de avocação, desde que a lei não tenha conferido exclusividade.

Por um lado, pode-se afirmar que a legalidade é a principal característica da competência, uma vez que sempre decorrerá da lei e, por isso, imutável pela simples vontade dos interessados.

Por outro lado, para que efetivamente se possa falar em transferência de “atos de gestão”, é imprescindível que se identifique, de fato, o que se transfere.

Dessa forma, resta evidente que a simples competência para execução de atos da rotina administrativa, tais como conferência de extratos bancários, emissão de recibo, entre outros, em hipótese alguma pode ser alçado ao “status” de delegação de gestão ou governança.

Logo, no caso que ora se analisa, **uma vez conferida a legitimidade da autoridade que expediu o ato administrativo, seu objeto e extensão de seus efeitos**, não se vislumbra qualquer conflito na aplicação dos dispositivos legais citados, tendo em vista que o ato administrativo exarado pelo secretário de Administração deriva da capacidade de governança, de gestão dos serviços e bens da administração pública, não importando em exclusão ou redução da competência do Conselho Municipal de Previdência para acompanhar e avaliar a gestão operacional, econômica e financeira dos recursos do Regime Próprio de Previdência dos servidores municipais, prevista no artigo 26, IV, da Lei Complementar n.º 005, de 12 de julho de 2005.

Assim, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, são estas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes, sem caráter vinculativo.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 15 de fevereiro 2017.

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO Patrimônio Público

EMENTA: Possibilidade de restrição de concessão de auxílio-doença. Cirurgias eletivas. Cirurgias plásticas estéticas. Legislação municipal. Perícia médica.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Promotor de Justiça André Luiz Nollí Merrighi, da Comarca de Unaí, acerca da possibilidade de restrição de concessão de auxílio-doença a servidores públicos em casos de cirurgias eletivas, especificamente cirurgias plásticas estéticas.

O expediente veio instruído com cópias de documentos do IC n.º 0704.12.000255-2.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

O IC originou-se de representação dirigida à douta Promotoria de Justiça da Comarca de Unaí noticiando a existência de casos de pagamentos de auxílio-doença a servidores públicos municipais, sob o argumento de reabilitação da saúde em virtude da realização de cirurgia plástica, implantes ou lipoaspirações (procedimentos estéticos).

De início, é oportuno transcrever o artigo 32 da legislação municipal acerca do assunto – Lei Municipal n.º 2.297/2005 – que dispõe sobre o auxílio-doença:

“Seção VI

Do Auxílio-Doença

Art. 32. O auxílio-doença será devido ao segurado que ficar incapacitado para o seu trabalho por mais de quinze dias consecutivos e consistirá no valor de sua remuneração de contribuição.

§ 1º A diferença entre remuneração a que o segurado fizer jus nos termos da Lei Complementar 003, 16 de outubro de 1991, e o valor do benefício de auxílio-doença será paga pela patrocinadora que o segurado estiver vinculado.

§ 2º Será concedido auxílio-doença, a pedido ou de ofício, com base em inspeção médica realizada pelo Unaprev.

§ 3º A junta médica oficial poderá, visando subsidiar decisão segura, requisitar exames complementares, que serão custeados pelo Unaprev, nos termos do regulamento.

§ 4º Findo o prazo do benefício, o segurado será submetido à nova inspeção médica, que concluirá pela volta ao serviço, pela prorrogação do auxílio-doença, pela readaptação ou pela aposentadoria por invalidez.

§ 5º Nos primeiros quinze dias consecutivos de afastamento do segurado por motivo de doença, é responsabilidade da patrocinadora o pagamento da sua remuneração.

§ 6º Se concedido novo benefício decorrente da mesma doença, dentro dos sessenta dias seguintes à cessação do benefício anterior, este será prorrogado, ficando a patrocina-

dora desobrigada do pagamento relativo aos primeiros quinze dias.

§ 7º O valor do benefício de auxílio-doença será pago pela patrocinadora a que o segurado estiver vinculado e compensado na guia de recolhimento da patrocinadora por ocasião do pagamento, mediante informação prestada pelo Unaprev.”

Da simples leitura de tal norma, denota-se que não há referência expressa à concessão ou não de auxílio-doença em virtude da realização de cirurgias eletivas³⁹ estéticas.

Ressalta-se, na documentação anexada à consulta, Relatório da Junta Médica do Unaprev no qual sugere que seja regulamentada a matéria por meio de lei específica para cirurgias eletivas, as quais deverão ser previamente avaliadas e liberadas pelo médico perito, “ficando por conta do servidor o risco de não ter seus dias abonados, caso não tenha sido previamente liberado pela Junta Médica”.

A título exemplificativo, as Resoluções 17/2005 e 75/2008 da PGJMG dispõem, respectivamente, sobre a concessão de licenças médicas aos servidores e membros do MPMG:

RESOLUÇÃO PGJ N.º 17, DE 18 DE MARÇO DE 2005

DA LICENÇA PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA PLÁSTICA

Art. 6º Somente terão direito a licença médica para tratamento de saúde, as cirurgias plásticas com caráter funcional.

§ 1º A solicitação da licença deverá ser encaminhada ao Departamento Médico acompanhada de laudo/relatório do médico cirurgião assistente, especificando se a cirurgia é de caráter funcional ou estético, devendo, ainda, o requerente ser submetido a avaliação pela junta pericial do Departamento de Perícia Médica e Saúde Ocupacional;

§ 2º As cirurgias plásticas estéticas não geram o direito à licença saúde, por não necessitarem de intervenção urgente, sendo procedimentos estéticos programados, não se justificando o afastamento do trabalho.

RESOLUÇÃO PGJ N.º 75, DE 12 DE DEZEMBRO DE 2008

II. LICENÇA PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA CORRETIVA

Art. 12. O requerimento de licença deverá ser encaminhado ao Procurador-Geral de Justiça no prazo previsto no art. 3º da Presente Resolução, acompanhado de laudo/relatório do médico assistente, especificando tratar-se de cirurgia de caráter funcional ou estético. O laudo/relatório deverá especificar qual é o prejuízo funcional e deverá ser avaliado pela junta pericial do Departamento de Perícia Médica e Saúde Ocupacional.

Art. 13. Somente os requerimentos relativos às cirurgias corretivas que têm como objetivo a recuperação da função ou o tratamento de lesões deformadoras propiciam o direito à licença para tratamento de saúde.

Veja-se, ainda, a normatização da matéria no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

³⁹ Considera-se procedimento eletivo aquele que não é de urgência/emergência.

INSTRUÇÃO NORMATIVA N.º 198, DE 20 DE JULHO DE 2015 -

Regulamenta a licença para tratamento de saúde e a licença por motivo de doença em pessoa da família no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Art. 5º A licença para tratamento de saúde será concedida ao servidor acometido por doença ou lesão que resulte incapacidade total temporária para as atividades de seu cargo ou função.

§ 2º Os procedimentos estéticos e as cirurgias plásticas eminentemente eletivas, quais sejam, aqueles a que o servidor recorre, por questão de foro íntimo, no intuito de aperfeiçoar sua aparência física, não ensejam a concessão de licença para tratamento de saúde.

Em consulta ao sítio eletrônico da Previdência Social, visando a uma melhor compreensão do tema debatido, obtém-se como definição de auxílio-doença o “benefício concedido ao segurado impedido de trabalhar por doença ou acidente por mais de 15 dias consecutivos” Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=21>).

Nesse norte, especificamente no âmbito do município de Unai, tem direito a tal benefício o segurado que ficar incapacitado para o trabalho por motivo de doença por mais de 15 dias consecutivos, devendo, ainda, tal incapacidade laborativa ser comprovada por meio de exame realizado pela perícia médica do Unaprev, nos moldes previstos no artigo 32 da Lei Municipal n.º 2.297/1995.

Já a licença-saúde é aquela à qual o segurado faz jus quando acometido de doença que lhe não permita exercer as atividades do cargo, sem prejuízo de sua remuneração.

Enfim, é possível **o servidor que esteja enfermo e diante de um quadro de incapacidade laboral** extrair da legislação pertinente à matéria o que é pré-requisito para a concessão de auxílio-doença ou de licença para o tratamento de saúde.

Ademais, não se deve ignorar que o Regime Próprio de Previdência Social se trata de sistema estabelecido com a finalidade de organizar a previdência de servidores públicos efetivos, em atividade ou já aposentados, bem como dos pensionistas, cujos benefícios estejam sendo pagos pelo ente estatal.

O município de Unai instituiu o Regime Próprio de Previdência Social de que trata o artigo 40 da Constituição Federal por meio da Lei Municipal n.º 1.794, de 30 de setembro de 1999, posteriormente reestruturado pela Lei Municipal n.º 2.297/2005.

Infere-se da legislação instituidora que o Unaprev é o órgão gestor do regime próprio de previdência do município de Unai. Trata-se de entidade de direito público interno que dispõe de autonomia administrativa, econômica e financeira para dar cobertura aos riscos a que estão sujeitos os beneficiários e visa a dar ao segurado: aposentadoria por invalidez; aposentadoria compulsória; aposentadoria por idade e tempo de contribuição; aposentadoria por idade; **auxílio-doença**; salário-maternidade e salário-família.

Ao pesquisar alguns conceitos de “cirurgia plástica” em http://www.rbc.org.br/detalhe_artigo.asp?id=201, da Revista Brasileira de Cirurgia Plástica, obteve-se as seguintes definições do professor titular e chefe da Divisão de Cirurgia Plástica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo:

Artigo - Cirurgia Plástica Estética - Avaliação dos Resultados

A cirurgia plástica é hoje uma área de atuação bastante ampla, que pode ser definida pelo conjunto de procedimentos clínicos e cirúrgicos utilizados pelo médico para reparar e reconstruir partes do revestimento externo do corpo humano. Permite, assim, a correção de eventual desequilíbrio psicológico causado pela deformação. O objetivo final é sempre o de promover melhor qualidade de vida para os pacientes. [...]

A cirurgia reparadora é aquela realizada em estruturas anormais do corpo causadas por defeitos congênitos, anomalias do desenvolvimento, trauma, infecção, tumor ou doença. É geralmente feita para melhorar uma função, mas pode também ser feita para uma aproximação de aparência normal.

Cirurgia estética é a realizada para dar nova forma a **estruturas normais do corpo**, com o objetivo de melhorar a aparência e a auto-estima. Assim, a cirurgia plástica estética tem por objetivo melhorar a aparência de pessoas cujo problema **não tenha sido causado por doença ou deformidade**. São alterações fisiológicas, como o envelhecimento, a gravidez ou desvios da forma externa do corpo, que **não configuram patologia**, mas causam alterações psicológicas.

De tais apontamentos, infere-se que as cirurgias plásticas com finalidade estética (de cunho eletivo) são realizadas quando a pessoa, diante de uma questão de foro íntimo, opta pela procura de um especialista com o objetivo exclusivo de aprimorar sua aparência.

Já a cirurgia plástica reparadora seria procedimento visando a corrigir lesões deformantes, defeitos congênitos. Em pacientes de doenças graves, a cirurgia plástica é reconhecida uma segunda fase do tratamento, como é o caso da cirurgia reparadora da mama realizada em mulheres acometidas pelo câncer que têm a mama retirada e é preciso corrigir sequelas funcionais, estéticas e/ou psicológicas provenientes de tal procedimento (previsão legal - Lei n.º 9.797/99 – obrigatoriedade de realização pelo SUS).

Merece atenção o fato de que **os serviços de cirurgia plástica para fins meramente estéticos não são cobertos pelo Sistema Único de Saúde**, enquanto a maioria das cirurgias plásticas de cunho reparador já são disponibilizadas pelo SUS e fazem parte de uma política pública de saúde. Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial:

TJ-MG - Agravo de Instrumento - Cv AI 10024143183846001 MG (TJ-MG) - Data de publicação: 10/06/2015

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C MULTA COMINATÓRIA - **CIRURGIA REPARADORA (MAMOPLASTIA)** - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INDEFERIDA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS - DECISÃO MANTIDA. I. É regra disposta no art. 273 do CPC que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida desde que, existindo prova inequívoca, convença-se da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. II. Na ausência de qualquer um dos requisitos, não se pode conceder a tutela urgente, ainda

mais quando não houver prova da urgência do procedimento e se afigurar necessária dilação probatória acerca da obrigatoriedade de cobertura do procedimento cirúrgico. v.v. AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - OBESIDADE MÓRBIDA - **CIRURGIA PLÁSTICA** CORRETIVA - CONTINUIDADE DO TRATAMENTO - COBERTURA DEVIDA. Deve o plano de saúde fornecer os meios necessários para o efetivo e completo tratamento do segurado, arcando com seus custos para o pleno restabelecimento do paciente. É dever do plano de saúde arcar com as **despesas** de **cirurgia plástica** sempre que esta for reparadora e indispensável à continuidade do tratamento da obesidade mórbida e ao total restabelecimento da saúde do paciente.

TJ-SP - Apelação APL 10590568420138260100 SP 1059056-84.2013.8.26.0100 (TJ-SP) - Data de publicação: 24/04/2014

Ementa: AÇÃO COMINATÓRIA. Sentença de procedência. Ação proposta com o fito de compelir a ré a arcar com os custos das **despesas** de **cirurgia plástica** pós gastroplastia em decorrência de obesidade mórbida. Data da Distribuição: 19/08/2013; Valor da Causa: R\$ 17.002,93. Apela a ré, sustentando que a recusa em custear os gastos com a **cirurgia** realizada pela autora se deu por força de cláusula contratual excludente. Aduz que a **despesa** realizada não está coberta pelo seguro; argumenta quanto à necessidade de manter o equilíbrio contratual. Descabimento. Em virtude do emagrecimento a autora apresenta “abdome em avental” causando-lhe prejuízos às funções vitais, mudança de postura e eixo gravitacional. **Cirurgia** complementar àquela coberta pelo plano de saúde. A dermolipectomia abdominal pós gastroplastia é **cirurgia plástica** reparadora e não estética. Cirúrgica considerada necessária segundo avaliação médica como forma de se evitar prejuízo funcional. Aplicação da Sumula 97 desta Corte. Sentença de procedência. Recurso improvido.

E mais, há cirurgias plásticas que, por serem empregadas de forma profilática, ou melhor, com o propósito de evitar possíveis doenças, integram as políticas públicas de saúde. A “mamoplastia redutora”, por exemplo, ocorre para diminuir o tamanho e o volume das mamas quando a mulher tem dores constantes nas costas e no pescoço, apresenta o tronco curvado, provocando alterações na coluna devido ao peso das mamas. Nesse caso, a cirurgia não é indicada por questões meramente estéticas. Disponível em: <https://www.tuasaude.com/mamoplastia-redutora/>.

Assim, a cirurgia se enquadra no conceito de procedimento exclusivamente estético e será realizado de forma profilática ou de forma reparadora, conforme indicação médica.

Obviamente que caberá ao médico perito avaliar, no caso concreto, as circunstâncias que culminaram na indicação da cirurgia plástica, a fim de identificar a possibilidade de concessão ou não do benefício. Mais diretamente, se o referido procedimento de submissão do paciente é de cunho estético, reparador ou profilático.

Constatado tratar-se de **cirurgia plástica eminentemente estética**, sem propósito reparador e/ou profilático, **não há que se falar na concessão de auxílio-doença em favor do segurado.**

São estas, portanto, as considerações deste centro de apoio operacional, sem caráter vinculante em atenção à independência funcional do Promotor de Justiça Natural.

Remeta-se cópia, via e-mail institucional, ao órgão de execução ministerial consulente e ao CAO-SAÚDE, para posterior arquivamento do presente expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2017.

José Carlos Fernandes Júnior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAOPP

EMENTA: Autarquia Municipal. Autonomia Administrativa e Financeira. Limitação. Controle. Supervisão Ministerial. Intervenção. Desvio de finalidade e/ou afronta ao interesse público.

1 Relatório

Aportou neste Centro de Apoio consulta formulada pela ilustre Promotora de Justiça da Comarca de Itambacuri sobre eventual irregularidade/inconstitucionalidade em decreto municipal que determinou a integração da gestão administrativa e financeira de autarquia municipal (SAAE) à gestão do Poder Executivo municipal.

2 Fundamentação

Para melhor entendimento da presente consulta, mister se faz uma análise acerca dos conceitos doutrinários e legais pertinentes à administração pública indireta, obviamente com foco mais concentrado nas autarquias.

2.1 Administração pública indireta

Deixando de lado alguns embates doutrinários, cujo enfrentamento se mostra despiendo no debate em pauta, pode-se definir a administração pública indireta como o conjunto de pessoas administrativas vinculadas à respectiva administração direta e com o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada.

Ora, é sabido que, quando o poder público não pretende executar determinada atividade por meio de seus próprios órgãos, ele transfere a titularidade ou a mera execução a outras entidades. Surge, então, o fenômeno da delegação.

Quando essa delegação é feita por contrato ou ato administrativo, aparecem como delegatários os concessionários e os permissionários de serviços públicos. Já nas situações em que a lei cria ou autoriza a criação de entidades para executar a atividade delegada, depreende-se a administração indireta.

Evidente, portanto, que a administração pública indireta é formada por pessoas jurídicas que não ficam soltas no mundo administrativo.

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro na obra *Parcerias na Administração Pública*, a descentralização administrativa supõe:

A transferência de uma atividade própria da Administração Pública ou, mais especificamente, de um serviço público, definido como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às

necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público” (DI PIETRO, 1995:84)⁴⁰

Submissa obviamente aos princípios que norteiam a administração pública, é certo ainda que a administração pública indireta também deve observância a princípios próprios, merecendo especial destaque os da reserva legal, os da especialidade e os do controle.

O princípio da reserva legal, contido no art.37, XIX, da CR/88, determina que somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo, neste último caso, lei complementar definir as áreas de atuação.

Por princípio da especialidade entende-se a absoluta necessidade de ser consignado na lei criadora/autorizadora a atividade a ser exercida pelo ente descentralizado, não sendo admitida finalidade genérica sem definição precisa do objeto de atuação.

Já por princípio do controle compreende-se “o conjunto de meios através dos quais pode ser exercida função de natureza fiscalizatória sobre determinado órgão ou pessoa administrativa”.⁴¹

José dos Santos Carvalho Filho leciona que pelo princípio do controle “toda pessoa integrante da Administração Indireta é submetida a controle pela Administração Direta da pessoa política a que é vinculada. (...) Se é a pessoa política que enseja a criação daquelas entidades, é lógico que tenha que se reservar o poder de controlá-la.”⁴² (grifo nosso)

Celso Antônio Bandeira de Mello define o “controle”, em sentido estrito, por oposição a hierarquia (existente na desconcentração administrativa), como o poder que a Administração Central tem de influir sobre a pessoa descentralizada. Para ele, “enquanto os poderes do hierarca são presumidos, os do controlador só existem quando previstos em lei e se manifestam apenas em relação aos atos nela indicados.”⁴³

Quando discorre a respeito da relação das autarquias com o ente que as criou, o eminente doutrinador diz que “controle é o poder que assiste à Administração Central de influir sobre elas com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas (...)”⁴⁴.

No âmbito federal, esse controle se dá por meio da chamada **supervisão ministerial**. Conforme o art. 19 do Decreto-Lei n.º 200/1967, “todo e qualquer órgão da administração federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente...”

40 DI PIETRO, Maria Sylvia – *Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras Formas* – 3 ed. Ed. Atlas – São Paulo, p. 49

41 CARVALHO FILHO, José dos Santos – *Manual de Direito Administrativo* – 20 ed. 2008, Ed. Lumem Júris – Rio de Janeiro, p. 40

42 IDEM, p. 40.

43 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio – *Curso de Direito Administrativo* – 13 ed.2001,Ed. Malheiros – São Paulo, p.117

44 Op. cit., p. 125

Por sua vez, o art. 26 do citado decreto delimita o objetivo da supervisão ministerial nos seguintes termos:

Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade.

II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade.

III - A eficiência administrativa.

IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento:

a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se fôr o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica;

b) designação, pelo Ministro dos representantes do Governo Federal nas Assembléias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade;

c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo;

d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia;

e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração ou controle;

f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração;

g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas;

h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;

i) intervenção, por motivo de interesse público.

O fundamento desse controle, repita-se, está no fato de que toda pessoa da administração indireta está vinculada a determinado órgão da respectiva administração direta. Ou seja, há uma **relação de vinculação, diferentemente do que se vê na relação de subordinação/hierarquização entre a administração pública direta e seus órgãos.**

Mais precisamente, busca-se assegurar o cumprimento dos objetivos fixados a uma atuação harmônica com a política e programação do governo e zelo pela obtenção de eficiência administrativa.

Novamente desprezando os embates travados na doutrina, apontam-se como entes descentralizados os também chamados entes da administração pública indireta, as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

2.2 Autarquias – natureza jurídica e principais características

O conceito legal de autarquia é aquele constante do art.5.º, I, do Decreto-Lei n.º 200/1967, de serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprios, para executar atividades típicas da administração pública que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira.

Na doutrina, Hely Lopes Meirelles conceitua as autarquias como “entes administrativos autônomos, criados por lei específica, com personalidade jurídica de Direito Público interno e patrimônio próprio.”⁴⁵

Também Maria Sylvia Zanella di Pietro define as autarquias como “pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de autoadministração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei.”⁴⁶

José dos Santos Carvalho Filho conceitua as autarquias como “a pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado.”⁴⁷

Embora criada por lei de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo, como já aduzido anteriormente, a autarquia não está subordinada à administração central, **mas sim a ela vinculada**, vinculação que ocorre em virtude do princípio do controle ou da chamada supervisão ministerial guardando autonomia jurídica, administrativa e financeira para o melhor desempenho de suas atividades, nos termos do Decreto Lei n.º 200/1967.

Celso Antônio Bandeira de Mello classifica o poder de controle do ente instituidor sob a autarquia como de **legitimidade** e de **mérito**. Quanto ao momento, como **preventivo** ou **repressivo**.

Será de **legitimidade** quando a lei haja habilitado o controlador a examinar a conformidade do comportamento autárquico com os ditames legais; e será de **mérito** quando, por força de lei, ao controlador assista aprecia-lo também sob o ângulo da conveniência e oportunidade, caso em que, evidentemente, seus poderes terão intensidade maior.

(...) tem-se o **controle preventivo** quando a autarquia, para praticar determinado ato, ou para que este adquira eficácia, depende de prévia manifestação do controlador. Será **repressivo** o controle quando só tem lugar depois da produção do ato e não é requisito

condicionador de sua eficácia. Evidentemente é a lei que confere o caráter preventivo ou repressivo ao controle que haja instaurado.⁴⁸

45 MEIRELLES, Hely Lopes – Direito Administrativo Brasileiro, 22 ed., Malheiros.

46 DI PIETRO, IDEM, p.409.

47 CARVALHO FILHO, Op.cit.

48 BANDEIRA DE MELLO, op. cit, p.127

Ainda sobre os tipos de controle, Mello faz distinção entre **controle ou tutela ordinária** e o **controle ou tutela extraordinária** ao discorrer:

Não é demais recordar que a doutrina, acertadamente, encarece que **o controle das autarquias existe nos casos, forma e modos que a lei estabelece.** (...) A ingerência que cabe à Administração Central exercer sobre elas e a própria integração de suas atividades no planejamento geral administrativo hão de realizar-se segundo os meios que a lei haja previsto, ao estabelecer o controle da entidade autárquica. Tal controle configura a chamada **tutela ordinária**. Cumpre observar, entretanto, que **a doutrina admite, em circunstâncias excepcionais, perante casos de descalabro administrativo, de graves distorções no comportamento da autarquia, que a Administração Central, para coibir desmandos sérios, possa exercer, mesmo à falta de disposição legal que a instrumente, o que denominam de tutela extraordinária.**⁴⁹ (negrito nosso)

Há, ainda, uma outra classificação de controle dada por Nogueira Sá, citado por Cotrim Neto em artigo intitulado “Natureza e extensão do controle sobre as autarquias”, que é o **controle substitutivo**:

Substitutivo (É repressivo e, por definição, de caráter extraordinário. **Verifica-se na hipótese de intervenção.** O órgão controlador toma, por assim dizer, e **temporariamente**, o lugar da autoridade controlada, e isto se faz mediante uma espécie de sub-rogação, **disciplinada, cuidadosamente, no ato que decreta a intervenção, de fiel conformidade com a lei preexistente.**)⁵⁰ (negrito nosso)

Nesse sentido, a intervenção, disciplinada no art.26, parágrafo único, “I”, do Decreto-Lei n.º 200/67, é uma das modalidades do controle ou da supervisão ministerial.

Cotrim Neto, no artigo supracitado, faz uma análise sobre a intervenção como modalidade de controle sobre a administração indireta, em especial as autarquias:

Inquestionavelmente a forma de controle administrativo mais incisiva, a exercer sobre os órgãos da administração descentralizada, **é a chamada intervenção**: para Bielsa, ela é um *contrator* de caráter substitutivo, subespécie do repressivo, e tem lugar quando a autoridade controlante se sub-roga aos órgãos ordinários da autarquia, para a realização de um ato ou atividade singular, ou, ainda, para exercer a totalidade de atividades que normalmente são atributo da mesma entidade. Para o mestre argentino, a **intervenção objetiva – 1.º, manter a autoridade no órgão padecente da medida, e, 2.º, restabelecer a normalidade administrativa, ou, mais desenvolvidamente: a) assegurar na autarquia a necessária unidade de orientação; b) continuar a linha ou o ritmo do funcionamento institucional, e c) assegurar a prestação regular e efetiva do serviço público a cargo da entidade administrativa.**

A intervenção é medida excepcional, se bem que indispensável em muitos casos de verdadeiro estado patológico no funcionamento institucional dos entes públicos, segundo feliz pronunciamento de Heredia.

O **autogoverno** atribuído pelo Estado a entidades que dele emanam **implica no poder de decisão e na faculdade de atuação, por via dos seus próprios instrumentos,**

e dentro das lindes de sua competência. **Condicionado está, entretanto, que o exercício desse poder e faculdade se realizem na obediência das leis gerais ou do estatuto da entidade (proceder legítimo).** Uma vez que tais condicionantes sejam extravasados, ocorrerão abusos, de fato ou de direito, que a autoridade controladora deverá reparar: é quando cabe a intervenção, aqui classificada de extraordinária, por ser medida extrema, a adotar-se quando verificada a insuficiência de controles ordinários.

Há de ser, entretanto, **observado que a intervenção não venha a transformar-se no avassalamento da entidade autárquica, sob pena de significar, isso, o desvirtuamento da instituição** e, num segundo tempo, vulneração das leis criadoras da autarquia. Por tais razões **se exige** que, a par da excepcionalidade da medida, do seu caráter de ação extraordinária, **seja a intervenção limitada no tempo, ou melhor, seja ela temporária.**

Em seu estudo do *controlador* a que temos referido, quando examina essa matéria, Horácio Heredia aponta, e o faz de modo exato, não se poder estabelecer uma regra geral e absoluta para o **exercício da intervenção**: “ela é uma questão de circunstância, a qual **haverá de resolver-se tendo em conta que a transmissão de competência se limite, exclusivamente, a que seja indispensável** para, a) manter em seu regular funcionamento a entidade, enquanto nela dure a intervenção, e b) corrigir ou eliminar a causa produtora do fato ou situação que a originou. **Fora destes limites todo ato dos órgãos extraordinários estará viciado de insanável nulidade, por incompetência.**”⁵¹(negritos nossos)

Do exposto, percebe-se que a independência das autarquias, bem como de todos os outros entes da administração indireta, **não é absoluta.** Ela encontra limites dados pela própria legislação de regência e pelos princípios norteadores, no caso o princípio do controle, chegando até, em situações excepcionais, à possibilidade de intervenção procedida pelo ente instituidor nos casos de interesse público, como nas hipóteses de desvio de finalidade, por exemplo.

Não obstante, essa intervenção **deverá ser temporária.** Vai perdurar apenas o tempo suficiente para a correção das falhas que ensejaram a medida excepcional, sob pena de configurar nulidade do ato intervencionista.

3 Caso concreto

No caso concreto em análise, o município de Itambacuri editou o Decreto Municipal n.º 07/2017 integrando a gestão administrativa e financeira do Serviço Autônomo de Água e Esgoto (SAAE) – autarquia criada pela Lei Municipal 22 de 1967 – à gestão do Poder Executivo de Itambacuri, nos seguintes termos:

DECRETO MUNICIPAL N.º 7, de 02 de janeiro de 2017.

Decreta Gestão Integrada entre a Prefeitura Municipal e a Autarquia – Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE de Itambacuri e dá outras providências.

O Prefeito do Município de Itambacuri, Estado de Minas Gerais, no uso das atribuições e considerando o inciso VI do art.52 da Lei Orgânica Municipal;

Considerando o Decreto Municipal n.º 01 de 02 de janeiro de 2017, que decreta situação de emergência.

Art.1º. Fica integrada a gestão administrativa e financeira da Autarquia Municipal, Serviço Autônomo de Água e

49 Idem, p.127

50 NOGUEIRA SÁ apud A C Cotrim Neto. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12331> acesso em 20.fev.2017.

51 COTRIM NETO, op. Cit.

Esgoto – SAAE, criada pela Lei Municipal n.º 22 de 15 de julho de 1967 à **gestão do Poder Executivo de Itambacuri**.

§1º. Para fins do disposto nesse artigo, **ficam os atos administrativos e gestão financeira da Autarquia sujeitos a deliberação do Chefe do Poder Executivo**.

§2º. Dentre as atribuições do gestor, compete administrar, planejar e coordenar todos os serviços da Autarquia, tanta na área administrativa, quanto na área operacional, ordenar despesa e arrecadar receita e determinar execução de serviços e ainda: (grifamos)

(...)

Art.2º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação **com vigência de 180 (cento e oitenta) dias**. (negritos nossos)

O teor do Decreto Municipal n.º 07/2017 supratranscrito possui a natureza de uma verdadeira intervenção do ente instituidor sob a autarquia municipal, submetendo à deliberação do chefe do Poder Executivo municipal todos os atos administrativos e de gestão financeira da autarquia.

Nos termos usados por Cotrim Neto em obra já citada, a autoridade controlante, no caso o Poder Executivo do município de Itambacuri, sub-rogou os órgãos ordinários da autarquia à realização de atos singulares, exercendo a totalidade de atividades que normalmente são atributos da mesma entidade, caracterizando, pois, a intervenção disposta no art.26, parágrafo único, “i”, do Decreto-Lei n.º 200/1967.

A motivação de referida intervenção encontra-se respaldada na situação de emergência municipal declarada no Decreto Municipal n.º 01/2017, conforme preâmbulo da norma jurídica em estudo (Decreto Municipal n.º 07/2017).

O art. 2.º do decreto intervencionista estipulou em cento e oitenta dias, a contar de sua publicação em 2.1.2017, o prazo de vigência, cumprindo, pois, a temporalidade, requisito fundamental para a validade da intervenção.

4 Conclusão

A autarquia, com personalidade jurídica de direito público, integrante da administração indireta do ente público que a criou por lei, possui autonomia administrativa e financeira para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei.

Também chamado supervisão ministerial, o controle tem por propósito conformá-la ao cumprimento dos objetivos públicos para os quais foi criada, de forma harmoniosa com a política e a programação do Governo Central, em busca da eficiência administrativa.

A intervenção, modalidade de controle prevista no art. 26, parágrafo único, “i” do Decreto-Lei 200/1967, é medida excepcional quando o poder controlador sub-roga aos órgãos ordinários da autarquia a realização de todas as atividades que originalmente são de atribuição desta. E, exatamente por ser medida excepcional, a intervenção tem que obedecer ao requisito da temporalidade e se restringir ao tempo suficiente para a correção dos atos que a ensejaram.

O Decreto Municipal n.º 07/2017 editado pelo município de Itambacuri, integrando a gestão da autarquia municipal de água e esgoto (SAAE) à gestão do município criador, possui natureza de intervenção motivada pela situação de calamidade administrativa e financeira declarada no Decreto Municipal n.º 01/2017, estipulando validade de 180 (cento e oitenta) dias a contar da data de publicação.

Não há, pois, a princípio, s.m.j, ilegalidade a ser combatida no Decreto Municipal n.º 07/2017.

Assim, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, são estas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes, sem caráter vinculativo.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, para posterior arquivamento do presente expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 7 de março de 2017.

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO Patrimônio Público

Ementa: Recomposição automática do teto remuneratório do serviço público municipal. Inadmissibilidade. Imprescindibilidade de lei específica.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pela Promotora de Justiça Gisele Stela Martins Araújo, da Comarca de Alfenas, relacionada à legalidade de eventual “renúncia” à recomposição de subsídios pelo prefeito durante o mandato de 2009/2012, com incidência direta no teto remuneratório do município.

Um servidor levantou a questão de que o congelamento do teto remuneratório por quatro anos lhe teria acarretado prejuízos financeiros porquanto a “revisão” somente se deu a partir de 2013 e com valores defasados.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

Em consonância com a Carta Magna vigente, os subsídios do prefeito, do vice-prefeito e dos secretários municipais serão fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, como dispõem os artigos 37, inciso XI, 39, § 4.º, 150, inciso II, 153, inciso III e § 2.º, I, da Constituição Federal, ao passo que os subsídios dos vereadores, podendo ser fixados por resolução da Câmara Municipal, serão fixados em cada legislatura para a subsequente, observados, em ambos os casos, os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os limites indicados na própria Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 29 – (...)

V - subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

VI - o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos: (...)

Desse modo, para o reajuste dos subsídios dos agentes políticos municipais, é mister a existência de lei específica ou resolução que fixe os valores correspondentes, devendo ser observados os limites constitucionais para reajustar o subsídio dos vereadores (notadamente os artigos 29, V, 29, VI e alíneas, tendo em vista o subsídio dos deputados estaduais), 29, VII (despesas com remuneração dos vereadores não poderão ultrapassar o limite de 5% da receita do município) e 29-A, §1.º (a Câmara Municipal não gastará mais de 70% de sua receita com folha de pagamento, incluído o subsídio dos vereadores).

O reajuste do **subsídio dos vereadores** deve observar, ainda, o **princípio da anterioridade da legislatura**, consagrado no artigo 29, VI da CF/88, retrotranscrito, o qual prevê a obrigatoriedade de fixação da remuneração em cada legislatura para a subsequente.

Por sua vez, nos termos do artigo 29, V (modificado pela Emenda Constitucional n.º 19/1998), a fixação dos subsídios do prefeito, do vice-prefeito e dos secretários municipais não observa o princípio da anterioridade de legislatura, **salvo disposição contrária na respectiva lei orgânica**.

Como se vê, respeitando o poder de auto-organização dos municípios, a lei orgânica municipal poderá estender a regra da anterioridade de legislatura para a fixação dos subsídios supramencionados, **uma vez que a CF/88 – ao suprimir referida regra – não a proibiu, deixando apenas de exigí-la, sendo, portanto, facultativa a sua adoção**.

Seja qual for o modo adotado para fixação do subsídio do prefeito, ele passa a ser referência no município para os fins de enquadramento do teto remuneratório, nos termos do artigo 37, inciso XI, da Carta Magna:

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:

[...]

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

Percebe-se que o ordenamento prevê tetos remuneratórios geral e específicos. O geral, como cediço, é o subsídio mensal, em espécie, dos ministros do Supremo Tribunal Federal que serve de parâmetro para todos os poderes da União, estados, Distrito Federal e municípios.

No que concerne ao teto específico (ou subteto), foi fixado o subsídio do prefeito para os municípios, enquanto que para os estados e para o Distrito Federal foram previstos três subtetos: 1.º) no Executivo, o subsídio mensal do governador; 2.º) no Legislativo, o subsídio dos deputados estaduais e distritais; 3.º) no Judiciário, o subsídio dos desembargadores do Tribunal de Justiça, limite aplicável aos membros do Ministério Público, aos procuradores e aos defensores.

Uma das inovações da reforma administrativa de 1998 (Emenda Constitucional n.º 19), contudo, foi a institucionalização do *princípio da periodicidade*, ou seja, a garantia de que, anualmente, haverá uma revisão geral nos vencimentos do funcionalismo público, para cobrir a perda inflacionária medida durante um ano, prevista no inciso X do artigo 37 da Constituição Federal, que assim dispõe:

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:

[...]

X — a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4.º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

3 Da dúvida da Promotora de Justiça solicitante

Denota-se dos documentos apresentados a esta coordenadoria que determinado servidor do município de Alfenas questiona a inércia em promover a revisão geral anual no subsídio do *alcaide* (mandato 2009/2012), teto remuneratório do funcionalismo municipal.

Segundo o reclamante, a conduta do ex-prefeito teria impedido indevidamente a recomposição remuneratória dos servidores públicos municipais, tendo em vista que esta esbarraria no limite do vencimento do Chefe do Executivo municipal.

Alega ele que, para o mandato de 2013/2016, o valor do subsídio do prefeito foi tomado com base no último subsídio pago em 2012, uma vez que a Câmara Municipal deixou de fixá-lo, com fulcro na permissão contida no artigo 28 da Lei Orgânica do Município de Alfenas⁵², prolongando, com isso, a defasagem na recomposição do teto salarial.

Aduz que, mesmo durante o mandato 2013/2016, a recomposição dos subsídios do então prefeito baseou-se no valor de R\$ 15.650, quando o correto, segundo ele, seria R\$ 18.679,59.

Em suma, ele sustenta que a liberalidade do Chefe do Executivo, no mandato 2009/2012, prejudicou os servidores públicos no que diz respeito ao congelamento do teto remuneratório municipal.

Pois bem, a fixação dos subsídios do prefeito para os mandatos de 2009/2012 e 2013/2016, como notícia a documentação anexa, deu-se com base nos comandos legais.

Assim, a questão a ser enfrentada reside apenas na verificação de ser ou não automática e obrigatória a revisão geral do subsídio do prefeito e, conseqüentemente, do teto remuneratório dos servidores públicos municipais, previsto no artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal.

Ora, o direito à revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos, prevista no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, não se contrapõe e muito menos supera o comando também constitucional que prevê o teto dos vencimentos no serviço público municipal, que é o subsídio do prefeito.

Não se ignora o direito à revisão geral anual nos vencimentos dos servidores públicos municipais. No entanto, em hipótese alguma ela pode servir de amparo para quem quer que seja vir a obter vencimentos superiores aos do subsídio fixado para o prefeito. Mais diretamente, qualquer valor que superar o subsídio do Chefe do Executivo municipal deverá ser glosado.

Assim, absolutamente desarrazoado pretender impor ao ente federativo, no caso o município de Alfenas, que realize compulsória, anual e automática revisão de seu teto remuneratório, sob pena de completo desvirtuamento dos preceitos que impulsionam a existência de tal limite referencial.

A estipulação do teto de retribuição dos servidores públicos deve ser, de fato, uma forma de moralizar e de trazer maior credibilidade à administração pública perante a população. Consoante o entendimento de Paulo Modesto⁵³, há consenso de que a mais precisa definição dos limites de remuneração no setor público constitui um imperativo ético, sem o qual é impossível conter hipóteses de apropriação da coisa pública por grupos restritos de agentes, especialmente nos estratos mais elevados do Estado.

Nesse norte, não há que se falar em recomposição automática dos subsídios do prefeito e, conseqüentemente, do teto remuneratório daquele ente federativo. Para a implementação de tal recomposição, imprescindível se torna a edição de lei municipal específica.

Dessa forma, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, são essas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes, sem caráter vinculativo.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 9 de março de 2017.

José Carlos Fernandes Júnior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO Patrimônio Público

⁵² “Art. 28. Deixando a Câmara Municipal de fixar os valores dos subsídios dos agentes políticos, prevalecerão como devidos aqueles pagos por último no ano em que deveria ter se dado.”

⁵³ MODESTO, Paulo. Teto Constitucional de Remuneração dos agentes públicos: Uma crônica de mutações e emendas constitucionais. **Revista de Direito Administrativo** n.º 222, p. 1-21, outubro/dezembro 2000.

Ementa: Contratação temporária ou designação de outro servidor efetivo para exercício de funções de cargo público efetivo, cujo titular encontra-se afastado. Hipóteses admissíveis. Distinção entre afastamento definitivo e provisório. Situações de afastamento do titular em razão de designação para cargo em comissão de recrutamentos amplo e restritivo. Ausência de regulamentação prévia.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Promotor de Justiça da Comarca de Itaúna Weber Augusto Rabelo Vasconcelos, abrangendo duas indagações:

A – Havendo previsão em legislação municipal (nos moldes abaixo), é regular a designação de servidor efetivo para ocupar outro cargo efetivo, de natureza diversa, cujo titular esteja designado para cargo em comissão?

Lei Municipal n.º 3.072/96:

Art. 56. Para atender à necessidade do serviço público, poderá ser designado, com prévia anuência, servidor do quadro efetivo para ocupar outro cargo.

§1º. O servidor designado na forma do caput deste artigo poderá optar pela remuneração do cargo para o qual for designado.

§2º. Não poderá haver designação para cargos que tenha candidatos classificados em concurso público do Município.

§3º. O cargo de origem do servidor designado não poderá ser ocupado durante o período.

B – É regular a contratação temporária para o exercício de função de cargo efetivo, cujo titular encontra-se afastado em razão de sua designação para o exercício de cargo em comissão?

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

É sabido que, resultante da desconcentração administrativa, os órgãos públicos correspondem a centros de competência ou unidades de atuação pertencentes a uma entidade estatal, dotados de atribuições próprias, porém não de personalidade jurídica.

Esses órgãos públicos, instituídos por lei⁵⁴, pode-se afirmar, prestam-se ao desempenho das funções do Estado, sempre exercida por meio de seus agentes, configurando-se em divisões internas, partes de uma pessoa governamental.

⁵⁴ Art. 48, XI, CF

Aliás, socorrendo-se às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁵, os órgãos públicos nada mais significam que círculos de atribuições, feixes individuais de poderes funcionais repartidos no interior da personalidade estatal e expressados por meio dos agentes neles providos.

Portanto, é na estrutura do órgão público que se situam os cargos públicos (um ou mais) nos quais as pessoas físicas podem ser investidas, ao passo que os atos jurídicos (administrativos ou não) praticados por essas pessoas físicas investidas nos cargos públicos são atribuídos/imputados à pessoa jurídica na qual se insere o órgão público.

Por sua vez, cargo público é a unidade de atribuições e responsabilidades cometidas a um agente público. Criado por ato normativo⁵⁶, com denominação própria e inconfundível em relação a outro, tem como titular um único agente. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁷, é a denominação dada a mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente.

Ressalte-se que não há cargo sem função, embora haja função sem cargo, como no caso das funções transitórias ou provisórias cometidas a servidores temporários (art. 37, IX, CF), que não se vinculam a qualquer cargo. Daí a conclusão de que as funções que decorrem de cargo público são sempre permanentes.

De acordo com o grau de permanência ou de precariedade de seus titulares, os cargos públicos assim se apresentam:

A) cargos efetivos: seus titulares adquirem a estabilidade depois da aprovação no estágio probatório e de três anos de efetivo exercício. São providos mediante concurso público. Seus titulares somente perdem o cargo nas situações previstas na CF: em virtude de sentença judicial transitada em julgado (CF, art. 41, §1.º, I); mediante processo administrativo em que lhes seja assegurada ampla defesa (CF, art. 41, § 1.º, II); mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa (CF, art. 41, §1.º, III); e, por excesso de despesa com pessoal (CF, art. 169, § 4.º).

B) cargos em comissão (ou cargos de confiança): destinam-se apenas a funções de chefia, direção e assessoramento. São de livre provimento e de livre exoneração, ou seja, não há necessidade de concurso público. Não adquirem estabilidade com o decurso do tempo.

C) cargos vitalícios: ocupados por membros do Ministério Público, da Magistratura e dos Tribunais de Contas, que adquirem a vitaliciedade depois da aprovação no estágio probatório e de dois anos de efetivo exercício. Somente podem perder o cargo por meio de sentença judicial transitada em julgado.

⁵⁵ In Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 28ed, 2011.

⁵⁶ A extinção dos cargos públicos dá-se por lei, ressalvando-se, entretanto, que aqueles componentes da estrutura do Executivo podem ser extintos, quando vagos, por decreto do Chefe do Poder (CF, art. 84, VI, b, com redação dada pela EC 32/2001).

⁵⁷ Obra já citada.

Registrando que qualquer abordagem aos cargos vitalícios mostra-se absolutamente despcienda nesta peça, passemos então à distinção entre cargos em comissão e funções de confiança.

Apesar de ambos serem destinados às atribuições de chefia, direção e assessoramento, os cargos em comissão são abertos a qualquer pessoa, titular ou não de cargo efetivo. A Constituição Federal apenas determina que um percentual de vagas seja reservado para aqueles que já integrem a administração pública.

Já as funções de confiança (também chamadas de gratificadas) são exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargos efetivos. Mais especificamente, correspondem a aditivos de responsabilidades de natureza gerencial ou de supervisão conferidas a servidor ocupante de cargo efetivo, tendo como referência a correlação de atribuições.

Veja-se, portanto, a imprescindibilidade de as atribuições do cargo efetivo do servidor possuir correlação com as atribuições de direção, chefia e assessoramento de unidade administrativa a que se vincula a função de confiança, sob pena de se estar diante, na verdade, de outro cargo.

Outrossim, no âmbito dos cargos em comissão, verificam-se duas situações: a de recrutamento amplo e a de recrutamento restrito.

Enquanto no recrutamento amplo a nomeação pode recair sobre qualquer pessoa, independentemente de ser ou não titular de cargo efetivo, tratando-se de recrutamento restrito somente pessoas do quadro efetivo de servidores públicos poderão ser nomeadas para o exercício das funções do mencionado cargo em comissão.

A previsão constitucional de reserva de cargos em comissão para preenchimento apenas por servidores efetivos é, por óbvio, alicerçada no evidente interesse público de profissionalização e estímulo à carreira no serviço público, privilegiando critérios objetivos de escolhas em detrimento daqueles oriundos exclusivamente da subjetividade do gestor.

Ressalte-se que, independentemente da forma de provimento, amplo ou restrito, e diferentemente do que se vê na função de confiança, o cargo comissionado constitui-se num conjunto de atribuições de direção, chefia e assessoramento, desprovido de qualquer correlação com a estrutura de cargos efetivos.

Como visto, enquanto nas funções de confiança há um *plus* nas atribuições do servidor efetivo, nos cargos em comissão existe de fato um cargo público, ou melhor, uma unidade de atribuições e responsabilidades cometidas a um agente público, com denominação própria e inconfundível em relação a outro.

No que se refere especificamente ao preenchimento dos cargos efetivos e dos cargos em comissão, a base para o raciocínio a ser desenvolvido encontra-se no artigo 37 da Constituição Federal:

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:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

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**;

[...]

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**;

[...]

IX - **a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.** (negritos nossos)

Da simples leitura da norma constitucional transcrita, podem ser extraídas diversas conclusões:

a) a regra para a investidura em cargo ou emprego público é a prévia seleção por concurso de provas ou provas e títulos, sendo as demais formas de provimento extremamente excepcionais, sob pena de se ferirem os princípios norteadores da administração pública;

b) os cargos em comissão devem ser ocupados preferencialmente por servidores de carreira e destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, ou seja, fora dessas hipóteses não há que se falar em nomeação para o exercício de cargo comissionado, o que constitui patente inconstitucionalidade;

c) as contratações por tempo determinado (temporárias) são admitidas, mas somente para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, devendo observar, ainda, a regulamentação da matéria por meio de lei (no âmbito federal, a disciplina veio por meio da Lei n.º 8.745/1993).

O concurso público é, pois, a regra geral para a contratação de pessoal, devendo ser observado tanto pela administração pública direta quanto pela indireta.

Assim, dispondo a administração pública de profissionais em seus quadros, contratados para o desempenho de determinadas funções, esses deverão efetivamente executá-las. Ocorrendo a vacância dos cargos, impõe-se a realização do competente concurso público para seu preenchimento.

Da mesma forma, constatada a insuficiência de pessoal em face da necessidade do serviço, a medida a ser tomada é a realização de concurso público para o provimento dos cargos existentes.

No entanto, havendo a necessidade de contratação de pessoal para satisfazer demanda temporária, há possibilidade de a administração pública proceder à contratação temporária de pessoal, caso a situação seja temporária e de excepcional interesse e necessidade públicas, além de corresponder à previsão legal da hipótese.

Ressalte-se que a contratação temporária no âmbito da administração pública é medida excepcional, e que, portanto, deve atender a rígidos critérios, sob pena de se transformar em meio oficial de burla à regra geral.

Repetindo orientação da Carta Magna Federal, a Constituição do Estado de Minas Gerais dispõe que:

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

Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica a funções de magistério.

Nesse sentido é a lição da ilustre administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Para atender a necessidade transitória e excepcional de interesse público, a demora do procedimento do concurso público pode ser incompatível com as exigências imediatas da Administração, em caso, por exemplo, de epidemia ou calamidade pública. É preciso que a lei, ao disciplinar esse tipo de contratação, estabeleça regras que assegurem a excepcionalidade da medida, evitando que se transforme em regra geral, a exemplo do que ocorreu na vigência da Constituição anterior, e determine as hipóteses em que a seleção pública é exigível. ⁵⁸ (negrito nosso)

Merece relevo, ainda, decisão do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. REITERADA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES. EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. AUSÊNCIA. O excesso de contratações temporárias, sem o requisito da excepcionalidade prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal e em detrimento do provimento de cargos mediante concurso público, atenta contra os princípios norteadores da atividade de administração pública e enseja o deferimento de medida liminar para suspender os efeitos de atos potencialmente lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa. O Poder Judiciário não pode ser conivente com a prática de atos desviados de suas finalidades específicas, que não atendem aos preceitos da Constituição e que deixam de satisfazer pretensões coincidentes com os interesses da coletividade. Nega-se provimento ao recurso. (TJMG. Rel. Almeida Melo. 05/12/2002). (negritos nossos)

São trazidos também à baila os ensinamentos do jurista José dos Santos Carvalho Filho:

[...] o pressuposto da temporariedade 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 mobilizador senão o de favorecer a alguns apaniguados para ingressarem no serviço público sem concurso, o que caracteriza inegável desvio de finalidade. O último pressuposto é a excepcionalidade do interesse público que obriga ao recrutamento. Empregando o terno excepcional para caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores. Portanto, pode dizer-se que a excepcionalidade do interesse público corresponde à excepcionalidade do próprio regime especial. Algumas vezes os Poder Público, tal como sucede com o pressuposto anterior e em regra com o mesmo desvio de poder, simula desconhecimento de que a excepcionalidade do interesse público é requisito inafastável para o regime especial.⁵⁹

Em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais n.º 1.0000.09.494517-7/000(1), em que teve como requerido o Município de Manhuaçu, decidiu-se pela inconstitucionalidade da lei municipal que autorizava as contratações temporárias, fora das hipóteses permitidas pela Carta Magna:

ADMINISTRATIVO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MUNICÍPIO DE MANHUAÇU - LEIS MUNICIPAIS QUE AUTORIZAM A CONTRATAÇÃO DE PESSOAL EM CARÁTER TEMPORÁRIO - HIPÓTESE DE CONTRATAÇÃO PREVISTA CONSTITUCIONALMENTE PARA ATENDER SITUAÇÕES INCOMUNS, EXCEPCIONAIS E DE RELEVANTE INTERESSE PÚBLICO - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS INTRÍNSECOS - TEMPORARIEDADE E EXCEPCIONALIDADE - DESVIRTUAMENTO DO ALCANCE DA NORMA LEGAL NO CASO PRESENTE - ABUSO DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS ADMITIDAS - PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. O sistema constitucional vigente prevê como regra que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (art.37, II da Constituição Federal). Entretanto, revelando-se verdadeira exceção à regra do concurso público, tem-se a norma permissiva da contratação temporária, prevista no artigo 37, inciso IX da Carta Federal que dispõe que a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. - No caso em exame, **as Leis Municipais representadas preveem a contratação temporária de pessoal para a realização de atribuições e funções comuns e permanentes, usualmente desempenhadas pelos servidores públicos efetivos, em nada atendendo aos pressupostos intrínsecos à legitimidade da contratação por tempo determinado prevista no ordenamento pátrio vigente, quais sejam, a determinação temporal, a temporariedade e a excepcionalidade da contratação, revelando-se cogente a sua retirada do mundo jurídico, com o consequente acolhimento desta representação.** (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.0000.09.494517-7/000 - Comarca de Manhuaçu - Requerente(s): Procurador-Geral Justiça Estado Minas Gerais - Requerido(a)(s): Prefeito Município Manhuaçu, Câmara Municipal Manhuaçu - Relator: Exmo. Sr. Des. Edivaldo George Dos Santos (negrito nosso)

Como se vê, a regra é a admissão de servidor público mediante concurso público. As duas exceções à regra são

58 Direito Administrativo. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 432/433

59 Manual de Direito Administrativo; Editora Atlas - 25.ª Edição; São Paulo - 2012; pág. 600/601

para os cargos em comissão referidos no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX da CF). Nesta hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições:

- a) previsão em lei dos casos;
- b) tempo determinado;
- c) necessidade temporária de interesse público;
- d) interesse público excepcional.

3 Das dúvidas suscitadas

A primeira premissa a ser elaborada para a obtenção de conclusões que permitam a superação das dúvidas apresentadas a este Centro de Apoio Operacional pelo Promotor de Justiça de Itaúna, bem como de outras que porventura possam advir quando do enfrentamento de situações similares por outros órgãos de execução ministerial, reside exatamente na fixação do convencimento a respeito da possibilidade ou não de contratação temporária para o preenchimento de cargo efetivo vago.

Para tanto, imperiosa inicialmente a identificação pertinente à real extensão temporal dos efeitos do afastamento do servidor titular do mencionado cargo público efetivo, ou seja, se definitiva ou provisória.

Tratando-se de vacância decorrente do afastamento definitivo do servidor público efetivo, fruto da extinção de seu vínculo com a administração pública em relação àquele cargo específico, como, por exemplo, na hipótese de sua exoneração ou promoção vertical, evidente que, não havendo aprovados em concurso público ainda vigente, e persistindo o interesse do ente público no preenchimento daquele cargo, a contratação temporária mostrar-se-á cabível, por período correspondente ao necessário para realização do concurso público.

Aliás, neste particular, mostra-se preciso o voto do ministro Luiz Fux, no julgamento da Adin 3.649, inclusive com o zelo de explicitar o prazo de 12 meses para que a contratação temporária subsista, já que razoável tal período para que a administração pública realize o respectivo concurso público:

Há, contudo, hipóteses específicas de contratação temporária que serão, necessariamente, sucedidas da realização de um concurso público. É o caso, por exemplo, da aposentadoria de um professor universitário durante o período letivo. A contratação será formalizada para atender a referida necessidade temporária, mas, em razão da vacância do cargo efetivo daquele que se aposentou, novo concurso deverá ser realizado pela Administração Pública. Nesses casos de vacância do cargo efetivo e que são acompanhados da contratação temporária, não é razoável que ela subsista por mais de 12 meses, tal como já reconhecido por esta Corte em hipótese semelhante quando do julgamento do RE n.º 527.109 da relatoria da Min. Cármen Lúcia, Inf. STF n.º 742, Julgamento: 09/04/2014. Na referida ocasião, o Pleno reconheceu que o prazo de 12 meses seria o razoável para a realização do concurso público, tendo validado as contratações temporárias em vigor pelo período de 12 meses.

A questão, no entanto, adquire certa peculiaridade quando se estiver diante do afastamento provisório do titular do cargo público efetivo, ou seja, embora haja uma “vacância” provisória, ainda persiste o vínculo com administração pública.

Em regra, não se tem dúvida que também nesta situação será possível a contratação temporária, a vigorar, por dedução lógica, pelo período do respectivo afastamento do titular do cargo público. Cite-se, como exemplo, o licenciamento regular de um titular do cargo efetivo de professor para cursar mestrado.

Ora, com possibilidade de retorno do servidor ao cargo público do qual é titular, por certo que não há interesse da administração pública em realizar concurso público para seu preenchimento, podendo, então, recorrer à contratação temporária.

Entretanto, tratando-se de afastamento provisório do titular do cargo efetivo em razão de sua designação para o exercício de cargo em comissão, de bom alvitre distinguir se o cargo em comissão é de recrutamento amplo ou restrito; senão vejamos.

Nossa Carta Magna, em seu art. 37, inciso V, estabelece que “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”.

Dita previsão constitucional de reserva de cargos em comissão para preenchimento apenas por servidores efetivos, como já aduzido, tem sua *ratione* no evidente interesse público de profissionalização e estímulo à carreira no serviço público, privilegiando critérios objetivos de escolhas em detrimento daqueles oriundos exclusivamente da subjetividade do gestor.

Vê-se, então, que não se trata de situação excepcional e, muito menos, imprevisível, já que a designação para tais cargos públicos deve necessariamente recair sobre servidores efetivos, exigindo daí a estruturação adequada dos quadros de servidores efetivos necessária a tal demanda, sabidamente perene no âmbito da administração pública.

Nesta linha, inarredável a conclusão de que a admissão da contratação temporária para preenchimento de cargos públicos efetivos “vagos” provisoriamente em razão da designação de seu titular para o exercício de cargo em comissão de recrutamento restrito afronta diretamente os comandos previstos no art. 37, incs. V e IX, da Constituição Federal.

Primeiro, porque não se trata de situação excepcional; pelo contrário, absolutamente previsível e corriqueira no âmbito da rotina administrativa.

Segundo, porque configura evidente burla ao comando constitucional de respeito à reserva mínima de cargos em comissão a serem exercidos exclusivamente por servidores públicos efetivos.

Ademais, oportuno ressaltar que, mesmo que configurada situação autorizadora da contratação temporária, esta de-

verá ser precedida de seleção pública em respeito, entre outros, aos princípios da impessoalidade e da isonomia, salvo nas hipóteses de emergência ou calamidade pública.

Mas resta ainda superar a seguinte indagação: **é regular a designação de servidor público efetivo para exercer as funções de outro cargo público, cujo titular foi designado para o exercício de cargo em comissão?**

Ora, nada impede que a legislação que disciplina a respeito do quadro de pessoal de um determinado órgão público preveja critérios de substituição entre os agentes públicos visando a suprir eventuais afastamentos temporários destes, obviamente desde que sejam estabelecidos parâmetros que impeçam prejuízos ao bom andamento do serviço público e, em especial, ofensas aos princípios do concurso público e da impessoalidade, entre outros.

Tais substituições, sabidamente, poderão se dar com ou sem prejuízo das funções do cargo público do qual é titular o substituto, a depender da opção prevista na legislação para a situação em comento.

Da mesma forma, no caso de acumulação das funções, o direito ou não a alguma gratificação e seu respectivo valor deverá estar previsto nos atos normativos pertinentes.

O que se veda, no entanto, é pretender, por vias oblíquas, que o afastamento do titular do cargo efetivo venha a transmutar sua natureza, ainda que provisoriamente, para a de um cargo em comissão de recrutamento restrito.

Mais diretamente, não é porque um cargo público efetivo se encontra vago e haja a previsão normativa de que possa algum outro servidor efetivo ser designado para o exercício provisório de suas funções, com ou sem prejuízo daquelas pertinentes ao cargo do qual é titular, que o gestor poderá, a seu bel-prazer, pinçar quem bem entender, entre todos os que compõem o quadro de servidores efetivos, para desempenhar as funções daquele cargo vago.

Não, absolutamente que não!

Ora, sob pena de inaceitável tratamento discriminatório, devido à absoluta e incontestável ofensa aos princípios da impessoalidade e da isonomia, entre outros, faz-se imperiosa a devida regulamentação prévia dos critérios objetivos a serem empregados pelo gestor para identificação do servidor efetivo substituto do cargo que se encontra desprovido de seu titular, seja por afastamento provisório ou definitivo.

Conclusão diversa, por certo, configuraria afrontosa burla ao disposto no art. 37, incs.V, da Constituição Federal, já que se estaria dando vestes de cargo em comissão, de recrutamento restrito, a um cargo que, de fato e de direito, é efetivo.

E não é só! Estar-se-ia também diante de claríssima burla ao princípio de impessoalidade, dotando o gestor público, fora das hipóteses autorizadas em lei, a premiar, de acordo exclusivamente com sua vontade, qualquer dos servidores que compõem o quadro de pessoal do respectivo órgão público.

O que se dirá, então, da utilização de tal situação para se pretender um verdadeiro efeito dominó, promovendo designações em sequência para preenchimento de outros cargos cujos titulares estariam afastados por força de designações “em cascata” estimuladas a partir da primeira designação. Mais especificamente, designa-se o primeiro servidor para exercer as funções do cargo cujo titular está afastado para em seguida designar outro servidor para o exercício do cargo agora desprovido, em razão da designação de seu titular para o exercício do primeiro cargo, e assim por diante.

Obviamente que tal sequência de substituições contraria os mais mezinhos princípios republicanos, pelas mesmas razões já exaustivamente apresentadas à condenável postura de se pretender que o afastamento do titular de um cargo efetivo transmudaria sua natureza para de cargo em comissão, mesmo que de recrutamento restrito.

Neste ponto, constatada de fato a inexistência de regulamentação de como se dará tal seleção, de bom alvitre que o órgão de execução do Ministério Público, em procedimento instaurado especificamente a partir de notícia dando conta de tal omissão, emita inicialmente uma recomendação ao chefe do Poder Executivo municipal expondo a importância do estabelecimento desses critérios, em respeito, entre outros, aos princípios do concurso público, da legalidade, da impessoalidade, isonomia, eficiência e economicidade.

Contudo, se houver várias opções pertinentes à forma de como se poderá dar tal seleção, não compete a promotor ou a promotora de Justiça, em sua recomendação, delimitar este ou aquele modo de seleção, mas sim buscar impulsionar a administração pública a regulamentar os dispositivos da lei municipal dentro dos princípios que norteiam a administração pública.

Claro que se ocorrer ofensa a tais princípios quando da regulamentação da seleção, especialmente no que concerne aos da proporcionalidade, da razoabilidade, do concurso público, da legalidade, da isonomia e da impessoalidade, poderá então o Ministério Público enfrentar o respectivo ato administrativo, apontando especificamente quais preceitos estariam, de fato, sendo burlados e que deveriam ser alterados/afastados, sem que isso possa ser interpretado como uma intromissão indevida no mérito do ato administrativo.

Emitida recomendação expondo a importância de regulamentação a respeito da forma de como se dará a seleção e, mesmo assim, não se dispondo o chefe do Executivo Municipal a fazê-la, não restará outra medida que não o ajuizamento de uma ação civil pública contra o município, visando à imposição de obrigação de não fazer, mais especificamente, a de não designar para o exercício de funções de um cargo público efetivo outro servidor que não seja o seu respectivo titular, até que haja a devida regulamentação a respeito de substituição, em obediência aos princípios da isonomia, da impessoalidade, da eficiência, da economicidade, da moralidade, do concurso público e da legalidade, entre outros.

Claro, também, que, mesmo depois da expedição de recomendação ministerial vindo a ser efetivada alguma designação, e restando evidente para o Promotor de Justiça Natural que tal ato administrativo, **no caso concreto**,

implicou flagrante propósito de burla aos princípios que norteiam a administração pública, dispensando tratamento privilegiado em favor de determinada pessoa e em prejuízo do interesse público, em tese, estar-se-á diante da prática de ato de improbidade administrativa.

A propositura ou não de ação de improbidade administrativa, naturalmente, é da alçada exclusiva do Promotor de Justiça à frente da investigação que, diante dos elementos colhidos, verificará no caso concreto se de fato houve ou não tratamento atentatório aos princípios que norteiam a administração pública, especialmente aos da isonomia, da impessoalidade, da eficiência, da economicidade, da legalidade e do concurso público, detalhando em sua inicial a situação fática que o levou à conclusão de que uma determinada pessoa foi escolhida de forma indevida e privilegiada em desfavor do interesse público.

Nesta linha de raciocínio, como informa o Promotor de Justiça consulente, sem qualquer esforço ao disposto no *caput* do art. 56 da Lei Municipal n.º 3.072/1996, denota-se que o Município de Itaúna prevê a possibilidade de emprego de servidores efetivos para o exercício das funções de cargos efetivos cujos respectivos titulares encontram-se afastados.

Embora o legislador municipal não tenha tido o cuidado de especificar o afastamento do titular do cargo em relação ao qual poderá ocorrer a designação, diante da impossibilidade de mais de uma pessoa física ocupar um cargo público, outra não pode ser a interpretação a tal dispositivo que não a imprescindibilidade de que o titular do cargo esteja de fato afastado, com ou sem extinção do vínculo pertinente àquele cargo entre a administração pública e seu respectivo titular.

Já no comando previsto no § 3.º do mesmo artigo da Lei Municipal n.º 3.072/1996, extrai-se que houve a opção de a substituição dar-se com prejuízo das funções do cargo de origem do substituto, com a correta ressalva, no entanto, de não se admitir a designação de outro servidor para aquele, impedindo-se, com isso, o famigerado, abusivo e ilegal “efeito dominó” decorrente de designações subsequentes.

Do § 2.º extrai-se a previsão de que o substituto poderá optar por entre os vencimentos correspondentes ao cargo do qual é titular ou por aqueles do cargo que substitui, se diversos, naturalmente.

Não se verifica o cuidado do estabelecimento de critérios prévios para identificação de quem, entre os titulares de cargo efetivo, será o designado para tal substituição, evitando-se qualquer tratamento discriminatório e, muito menos, burla ao disposto no art. 37, inc. V, da Constituição Federal.

Nos moldes já expostos, o afastamento do titular de um cargo efetivo não transmuda sua natureza para de cargo em comissão, seja de recrutamento amplo ou restrito, uma vez que este, por força de comando constitucional, destina-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Aliás, numa interpretação atenta aos princípios da eficiência e da economicidade, denota-se que não houve nem mesmo a preocupação de se prever que o substituto preferencialmente deverá ser servidor titular de cargo público

efetivo da mesma **classe**⁶⁰ do cargo sobre o qual recai a designação e, na inexistência ou impedimento deste, da mesma **carreira**⁶¹, respeitando-se naturalmente a escala de hierarquia, para somente então se poder falar em seleção de servidores de outra classe e carreira. Ainda assim, repita-se, com o emprego de medidas administrativas previamente regulamentadas, evitando-se tratamento discriminatório.

4 Conclusão

Em suma, acerca do tema provocado, e respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, conclui este Centro de Apoio Operacional:

a) tratando-se de **afastamento definitivo**⁶² do titular de cargo público efetivo, fruto da extinção de seu vínculo com a administração pública em relação ao respectivo cargo, não havendo aprovado em concurso público ainda em vigência e persistindo o interesse do ente público no preenchimento daquele cargo, a contratação temporária mostrar-se-á cabível, por período correspondente ao necessário para realização do concurso público.

b) tratando-se de **afastamento provisório**⁶³ do titular de cargo público efetivo, ou seja, ainda persiste o vínculo deste com a administração pública em relação ao respectivo cargo, será possível, **em regra**, a contratação temporária, a vigorar pelo período do respectivo afastamento do titular do cargo público.

b.1) tratando-se de **afastamento provisório** do titular de cargo público efetivo, em razão de sua designação para o exercício de cargo em comissão de **recrutamento restrito**, o emprego do instituto da contratação temporária afronta diretamente os comandos previstos no art. 37, incs. V e IX, da Constituição Federal, uma vez que não se trata de situação excepcional e, muito menos, imprevisível, já que a designação para tais cargos públicos deve necessariamente recair sobre servidores efetivos, exigindo daí a estruturação adequada dos quadros de servidores efetivos necessária a tal demanda, sabidamente perene no âmbito da administração pública.

c) a **contratação temporária** para suprir demanda decorrente do afastamento de titulares de cargos públicos efetivos, nas hipóteses permitidas, deverá ser precedida de procedimento seletivo, em atenção aos princípios da impessoalidade, da isonomia e da legalidade, entre outros, salvo em situações de emergência e calamidade pública; e

d) a **designação de servidor público efetivo para exercer as funções de outro cargo público efetivo**, visando a atender demanda decorrente do afastamento de seu titular,

60 **Classe**: corresponde à junção de cargos de idêntica natureza, com competência, responsabilidade e vencimentos idênticos.

61 **Carreira**: corresponde à organização dos cargos, sendo obrigatória a sua existência na administração direta e indireta, sugerindo vinculação hierárquica entre uns e outros e formas isonômicas de acesso, por promoção, remoção, permuta etc..

62 Exemplos: exoneração, aposentadoria, promoção vertical, falecimento, etc.

63 Exemplos: licenciamento para frequência em cursos, designação para cargo em comissão, de recrutamento amplo.

exige prévia normatização de parâmetros que impeçam burla aos princípios do concurso público, da impessoalidade, da isonomia, da eficiência e da economicidade, entre outros.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do respectivo PAAF.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 20 de março de 2017.

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO Patrimônio Público

Nota Jurídica n.º 13/2017

PAAF n.º 0024.17.002539-9

Comarca: PJ Ituiutaba

Ementa: Dízimo Partidário. Extensão do termo “autoridade pública” para os fins do artigo 31, inciso II, da Lei n.º 9.096/1995. Exclusão de servidores que exerçam funções de assessoria.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pela Promotora de Justiça Daniela Toledo Gouveia Martins, da Comarca de Ituiutaba, relacionada ao “díizimo partidário” implementado durante todo o exercício de 2013 no município de Ituiutaba.

De acordo com a documentação que instrui a consulta, as contas pertinentes ao exercício de 2013 do Partido Democratas, no qual era filiado o então prefeito de Ituiutaba, foram rejeitadas pela Justiça Eleitoral em razão do recebimento de valores de fonte vedada, nos moldes do artigo 31, inciso II, da Lei n.º 9.096/1995, que assim dispõe:

Art. 31. É vedado ao partido receber, direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie, procedente de:

(...)

II - autoridade ou órgãos públicos, ressalvadas as dotações referidas no art. 38;

Mais especificamente, da leitura da mencionada documentação extrai-se que vários servidores ocupantes de cargos demissíveis *ad nutum* do Poder Executivo do Município de Ituiutaba contribuíram com o partido DEM, no exercício de 2013, totalizando o importe de R\$ 44.177 (quarenta e quatro mil, cento e setenta e sete reais).

As dúvidas da douda Promotora de Justiça de Ituiutaba consistem em saber: a) qual seria a extensão do conceito de autoridade pública para os fins da vedação contida no artigo 31, II, da Lei n.º 9096/1995; b) se os servidores que exercem cargo de assessoramento estariam ou não incluídos na vedação de repasse de contribuições a partidos políticos; e c) se a proibição do repasse de contribuições de servidores públicos, ocupantes de funções de direção e chefia, em favor da agremiação partidária, independe do consentimento formal do servidor.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

A obrigatoriedade de prestação de contas dos órgãos partidários à Justiça Eleitoral encontra-se esculpida no artigo 17, inciso III, da Constituição Federal, com regulamentação mais detalhada pela Lei n.º 9.096/1995 (Lei dos Partidos

Políticos) e pela Resolução TSE 23.464/2015⁶⁴, entre outros atos normativos expedidos pelo TSE.

Outrossim, visando a melhor compreensão sobre a extensão das diversas acepções do termo “autoridade” conferidas pela doutrina e jurisprudência, especialmente pelo Tribunal Superior Eleitoral, mostra-se conveniente uma prévia explanação a respeito das variantes interpretativas experimentadas desde a promulgação da Lei n.º 9.096/1995.

O primeiro julgado acerca do tema, PET n.º 134-DF (Resolução TSE n.º 19.804/97), assim restou ementado:

FUNDO PARTIDÁRIO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. PARTIDO LIBERAL – PL. CONTRIBUIÇÃO DE FILIADOS – PARLAMENTARES VINCULADOS AO PARTIDO. NÃO SE APLICA A VEDAÇÃO DO ART. 31, II, DA LEI N.º 9.096/95. APROVADA.”(PETIÇÃO N. 134, Resolução n.º 19804 de 25/02/1997, Relator (a) Min. Walter Ramos da Costa Porto, Publicação: DJ – Diário da Justiça, Data 14/03/1997, p. 6987 RJTSE – Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 9, Tomo 1, Página 347)

Da fundamentação do voto condutor do acórdão, extrai-se a seguinte interpretação conferida ao dispositivo legal em comento:

Não creio se deva interpretar o texto com o rigor com que o fez nossa Secretaria de Controle Interno. Tivesse sido utilizada, ali, a expressão ‘agentes políticos’ e seriam alcançados, como entende a melhor doutrina, ‘os componentes do Governo em seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais.’ (Hely Lopes Meirelles). Ou os que têm a função ‘de formadores da vontade superior do Estado’ (Celso Antônio Bandeira de Mello). Empregando, no entanto, termo ‘autoridades’, o que a lei procurou impedir foi a interferência dos organismos estatais na vida partidária, a desmedida influência do poder político no âmbito das agremiações. Mas não obstar, o que seria excessivo, contribuições financeiras de quem, representante de partidos, o Parlamento, nas Câmaras Municipais, pretenda, com seu aporte financeiro, vitalizar as legendas, superar a crise em que, o mais das vezes, vivem as instituições.

Observe-se que a interpretação do termo “autoridade” conferida pelo TSE, na ocasião, levava apenas à vedação do aporte de recursos provenientes de organismos estatais, autorizando-se, assim, as contribuições originárias do patrimônio privado dos contribuintes. Na hipótese, estava em questão as contribuições de parlamentares da bancada federal do Partido Liberal. Esse pioneiro julgado não enfrentou, pois, a problemática das contribuições efetuadas por detentores de cargos demissíveis *ad nutum*.

Já na PET n.º 119 (Res. 19.817), julgada tempos depois, fez-se uma superficial advertência à agremiação partidária a respeito da redação de dispositivo do respectivo estatuto, que previa a arrecadação compulsória de contribuição partidária dos detentores de cargos em comissão. Ainda que as contribuições dos detentores de cargos demissíveis *ad nutum* não fossem objeto da causa, o relator do voto condutor do acórdão consignou:

Mas creio seja conveniente advertir a agremiação quanto à redação de um dos parágrafos do artigo 100, de seus Estatutos, que os autos transcrevem: ‘§ 1.º – Os filiados que exercerem cargos exoneráveis *ad nutum* contribuirão, mensalmente, com quantia equivalente a 3% (três por cento) de seus vencimentos’. Entendo que essas contribuições afrontam a disposição do art. 31 da Lei n. 9.096/95 e não podem, assim, ser admitidas.

As contas restaram aprovadas naquela ocasião, já que as contribuições provinham exclusivamente de senadores e deputados federais vinculados à agremiação partidária. Ainda assim, o acórdão restou dessa forma ementado:

FUNDO PARTIDÁRIO PRESTAÇÃO DE CONTAS. PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO – PMDB. CONTRIBUIÇÃO DE FILIADOS – PARLAMENTARES VINCULADOS AO PARTIDO. A VEDAÇÃO DO ART. 31, II, DA LEI N. 9.096/95, ATINGE, PORÉM, OS FILIADOS A PARTIDO QUE EXERÇAM CARGOS EXONERÁVEIS “AD NUTUM”. APROVADA.” (PETIÇÃO n.º 119, Resolução n.º 19817 de 06/03/1997, Relator(a) Min. WALTER RAMOS DA COSTA PORTO, Publicação: DJ – Diário de Justiça, Data 27/03/1997, Página 9556 RJTSE – Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 9, Tomo 1, Página 354).

Ainda pode ser citada a PET n.º 132 (Res. 19.834), em que se concluiu pela possibilidade irrestrita de contribuições de servidores públicos:

Prestação de contas do Partido Socialista Brasileiro – PSB. Contribuição de filiados. Hipótese em que não se aplica a vedação do art. 31, inciso II, da Lei n.º 9.096/95. Contas consideradas regulares.” (Petição n.º 132, Resolução n.º 19834 de 08/04/1997, Relator(a) Min. COSTA LEITE, Publicação: DJ – Diário de Justiça, Data 08/05/1997).

Foi no Resp. n.º 16.230 (Relator Min. Eduardo Alckmin) que o egrégio Tribunal Superior Eleitoral, pela primeira vez, desaprovou a prestação de contas de agremiação partidária em razão da vedação do recebimento de contribuições de ocupantes de cargos em comissão. Veja-se a ementa:

RECURSO ESPECIAL – PRESTAÇÃO DE CONTAS – CONTRIBUIÇÃO ESTATUTÁRIA FILIADOS QUE EXERCEM CARGO DEMISSÍVEL AD NUTUM – VEDAÇÃO DO ART. 31 II DA LEI 9.096/95. RECURSO NÃO CONHECIDO. (RECURSO ESPECIAL ELEITORAL n.º 16236, Acórdão n.º 16236 de 13/04/2000, Relator(a) Min. JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN, Publicação: DJ – Diário de Justiça, Data 12/05/2000, Página 89).

Citando excerto do parecer do Ministério Público, o relator, Min. José Eduardo Rangel de Alckmin, assim consignou em seu voto:

Cumprе ressaltar que, no caso sob exame, a contribuição dos filiados ocupantes de cargos de confiança no Governo do Estado, ou seja, exoneráveis a qualquer momento, viola frontalmente, o art. 31, II, da Lei n. 9.096, de 1995, por serem agentes administrativos e, segundo a lição de Hely Lopes Meirelles, ‘de acordo com a posição hierárquica que ocupam e as funções que lhes são cometidas, recebem a correspondente parcela de autoridade pública para o seu desempenho no plano administrativo, sem qualquer poder político’. (Direito Administrativo Brasileiro, 23.ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, pág. 78). Mais adiante, concluiu: ‘De fato, há que se fazer distinção entre contribuição estatutária efetuada por filiados a partidos políticos que são parlamentares e contribuição de filiados que exerçam cargos exoneráveis ad nutum’.

⁶⁴ Revogou a Resolução TSE n.º 23.432/14, que, por sua vez, revogou a Resolução TSE n.º 21.841/2004.

No primeiro caso, este Tribunal já fixou o entendimento de que não incidiria a vedação constante do art. 31, II, da Lei 9.096/95 (Resolução 19.804). A segunda hipótese, entretanto, esta Corte assentou que se incluiria entre as previstas em tal dispositivo legal (Resolução 19.817), de modo a impedir a interferência dos organismos estatais na vida partidária.

Contudo, na PET n.º 310 (Res. 20.844), o TSE retomou o entendimento anterior ao permitir as contribuições em questão, pois que provenientes do patrimônio privado dos contribuintes:

PRESTAÇÃO DE CONTAS. PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT. EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 1996. Contribuição de filiados ocupantes de cargos exoneráveis ad nutum. Inexistência de violação ao art. 31, II, da Lei n.º 9.096/95. Contas aprovadas. (PETIÇÃO N.º 310, Resolução n.º 20844 de 14/08/2001, Relator(a) Min. NELSON JOBIM, Publicação: DJ – Diário de Justiça, Volume 1, Data 09/11/2001, Página 154 RJTSE – Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 13, Tomo 1, Página 302).

Depois de fazer detalhado histórico das decisões do TSE sobre o tema, o eminente relator destacou em seu voto:

O partido é instrumento da dinâmica e da democratização do poder político. O que não se admite é que o partido seja instrumento para servir aos interesses estatais e deixe de refletir pluralidade de opiniões. Para a preservação dos partidos, como braços da sociedade, a lei veda a influência e a interferência do Estado, que decorreria de contribuição de órgãos do poder público investidos de autoridade. O objetivo é impedir o exercício, por órgãos do Estado, de controle político sobre a agremiação. Tal como os parlamentares, os filiados podem dispor de seus rendimentos e a eles dar a destinação que julgarem mais conveniente. Não interessa se os rendimentos são auferidos em decorrência do exercício de cargo público ou de cargo na iniciativa privada. A remuneração é do filiado, que aceitou a condição do partido.

Esse entendimento prevaleceu até a edição das Resoluções 22.025 (Consulta n.º 1.135-DF) e 22.585 (Consulta n.º 1.428-DF), cujas ementas são colacionadas adiante:

CARGO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA – CONTRIBUIÇÃO A PARTIDO POLÍTICO – DESCONTO SOBRE A REMUNERAÇÃO – ABUSO DE AUTORIDADE E DE PODER ECONÔMICO – DIGNIDADE DO SERVIDOR – CONSIDERAÇÕES – Discrepa do arcabouço normativo em vigor o desconto, na remuneração do servidor que detenha cargo de confiança ou exerça função dessa espécie, da contribuição para o partido político. (CONSULTA n.º 1135, Resolução n.º 22.025 de 14/06/2005, Relator (a) Min. MARCO AURÉLIO MENDE DE FARIAS MELLO, Publicação: DJ – Diário de Justiça, Data 25/07/2005, Página 1 RJTSE – Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 16, Tomo 2, Página 403).

Como visto, houve de fato variantes no entendimento do disposto no artigo 31, II, da Lei n.º 9.096/1995, passando-se de uma interpretação que privilegiava a proteção do partido político contra a influência do poder público – talvez justificada inicialmente pela necessidade de se fortalecerem as instituições partidárias em uma democracia incipiente – para uma interpretação que ressalta a relevância dos princípios democráticos da moralidade, dignidade do servidor e preservação contra o abuso de autoridade e do poder econômico.

Posteriormente, o TSE teve a oportunidade de responder consulta a respeito de contribuições pecuniárias por titulares de cargos demissíveis *ad nutum*:

Partido político. Contribuições pecuniárias. Prestação por titulares de cargos demissíveis *ad nutum* da administração direta ou indireta. Impossibilidade, desde que se trate de autoridade. Resposta à consulta, nesses termos. Não é permitido aos partidos políticos receberem doações ou contribuições de titulares de cargos demissíveis *ad nutum* da administração direta ou indireta, desde que tenham a condição de autoridades. (CONSULTA n.º 1428, Resolução n.º 22.585 de 06/09/2007, Relator(a) Min. JOSÉ AUGUSTO DELGADO, Relator(a) designado(a) Min. ANTONIO CEZAR PELUSO, Publicação: DJ – Diário de Justiça, Data 16/10/2007, Página 172).

Do inteiro teor do julgado, extrai-se que os eminentes ministros Marco Aurélio, Felix Fischer e José Delgado (relator) responderam negativamente à consulta, sustentando que seria vedado o recebimento de contribuições pecuniárias de todo e qualquer servidor ocupante de cargo demissível *ad nutum*, independentemente de ser ou não considerado “autoridade”. Essa tese, contudo, restou vencida, prevalecendo o entendimento consignado na ementa supracitada.

O conceito de autoridade, segundo a tese vencedora, abrangeria os servidores ocupantes de cargos de direção e chefia (artigo 37, V, da Constituição Federal), excluindo-se aqueles que desempenhem exclusivamente a função de assessor, ou seja, que não possuam funções de direção e chefia.

Excluem-se, portanto, do conceito de autoridade os meros agentes executores, ou melhor, aqueles que se limitam ao cumprimento de ordens de seus superiores hierárquicos e também os que ostentam apenas competência para deliberar em abstrato ou emitir pareceres ou opiniões, como é o caso dos servidores que detêm exclusivamente funções de assessoria.

A racionalidade da norma, como bem ressaltou o ministro Cezar Peluso, que proferiu o voto condutor do acórdão na Res. TSE 22.585/07, visa a “desestimular a nomeação, para postos de autoridade, de pessoas que tenham tais ligações com partido político e que dele sejam contribuintes.” Mais adiante, arremata: “em sentido amplo, todo aquele que possa, por exemplo, em mandado de segurança, comparecer nessa qualidade, para mim é autoridade.”

Veja-se que há equivalência do conceito de “autoridade pública” para fins de enquadramento na vedação de repasse de contribuições a partidos políticos com o adotado para fins de impetração de mandado de segurança (artigo 1.º da Lei n.º 12.016/2009)⁶⁵; já que ambos são interpretados da maneira a abarcar todos aqueles agentes públicos que detenham poder de decisão, excluindo-se, por consequência, os meros executores.

65 Art. 1.º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Aliás, outro não é o posicionamento do renomado e sempre festejado jurista Edson Rezende de Castro⁶⁶, consagrada-mente um dos mais experientes membros do Ministério Público na seara do Direito Eleitoral, de que “as pessoas físicas podem doar, salvo se servidoras públicas e ocupantes de cargo de direção e chefia na administração, porque envolvidas na expressão “autoridade”.

A respeito da necessidade ou não do consentimento formal do servidor, para configurar a vedação ao artigo 31, inciso II, da Lei n.º 9.096/1995, impõe-se tecer as seguintes considerações.

Apesar de ser a liberdade política da própria essência do que se define como Estado Democrático de Direito, sabidamente que em um mercado de trabalho em que se verifica oferta de mão de obra não capacitada superior à demanda, o trabalhador que busca uma ocupação para lhe assegurar sustento e à sua família, naturalmente tenderá a filiar-se a qualquer partido político, detentor indireto do poder, para, em passo seguinte, sucumbir-se a emprestar aquiescência – que, apenas no plano formal, pode ser vista como espontânea – a desconto de determinado valor em benefício do partido político a que se faz vinculado.

Melhor dizendo, em não raras vezes, ou o pretendente ao cargo de confiança ou à função comissionada concorda em se filiar e contribuir, ou acaba não logrando sua designação a um determinado cargo público em comissão ou função de confiança; exigindo-se, daí, efetiva e eficaz fiscalização quanto ao cumprimento dos comandos que regulamentam as receitas de partidos políticos, inclusive de forma a rechaçar que eventual anuência de um servidor público quanto a eventuais descontos em seus vencimentos possa ser capaz de suplantar comando legal em contrário.

Por fim, incontestemente que o agente público que, no exercício de suas funções, dolosamente determina e/ou autoriza⁶⁷ a adoção das medidas administrativas para a efetivação de descontos em vencimentos de servidor público em favor de partidos políticos fora das hipóteses permitidas na legislação, em tese, comete a prática de ato de improbidade administrativa, tipificado no art. 11, inc. I, da Lei n.º 8.429/1992.

Ora, cumpre ao agente público, no exercício do poder estatal, ser fiel aos princípios nucleares estabelecidos no artigo 1.º da Constituição Federal. O estado de direito, republicano e democrático, bem como as demais normas insertas no ordenamento constitucional, em especial no artigo 37, *caput*, incisos e parágrafos, e mesmo no ordenamento infraconstitucional, sob pena de sua conduta resultar em desvio de finalidade ou abuso de poder, sujeita-se às consequências previstas no ordenamento jurídico.

Como muito bem se extrai das lições do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, ao tratar dos princípios básicos da Administração Pública, em sua imorredoura obra *Direito*

Administrativo Brasileiro, 22.ª edição atualizada, Editora Malheiros:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública SÓ É PERMITIDO FAZER O QUE A LEI AUTORIZA. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “DEVE FAZER ASSIM”.

3 Conclusão

Diante do exposto, ressalvada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, conclui este Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público que:

a) o conceito de autoridade, para efeito de aplicabilidade da Lei dos Partidos Políticos, abrange aqueles servidores públicos que detenham poder de decisão para determinar a prática de atos de execução ou o seu desfazimento, dele excluindo-se, portanto, os meros agentes executores, que se limitam ao cumprimento de ordens de seus superiores hierárquicos, bem como os que ostentam somente competência para deliberar em abstrato ou emitir pareceres ou opiniões, como no caso dos servidores que detenham exclusivamente funções de assessoria;

b) a aquiescência do servidor público demissível *ad nutum* ao débito em seus vencimentos a favor de partido político não afasta a vedação contida no artigo 31, inciso II, da Lei n.º 9.096/1995;

c) comete, em tese, ato de improbidade administrativa, tipificado no art. 11, inc. I, da Lei n.º 8.429/1992, o agente público que, no exercício de suas funções, dolosamente determina e/ou autoriza⁶⁸ a adoção das medidas administrativas para a efetivação de descontos em vencimentos de servidor público em favor de partidos políticos fora das hipóteses permitidas na legislação.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 22 de março de 2017.

José Carlos Fernandes Júnior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público

⁶⁶ *In* Curso de Direito Eleitoral, Editora Del Rey, 8 ed, 2016.

⁶⁷ Não se trata da autorização concedida pelo servidor público em cujo vencimento recai os descontos revertidos ao Partido Político. Com tal conduta, por si só, este servidor não comete ato de improbidade administrativa; pelo contrário, suporta as consequências financeiras advindas de um desconto implantado arbitrária e ilegalmente em seu desfavor.

⁶⁸ Não se trata da autorização concedida pelo servidor público em cujo vencimento recai os descontos revertidos ao Partido Político. Com tal conduta, por si só, este servidor não comete ato de improbidade administrativa; pelo contrário, suporta as consequências financeiras advindas de um desconto implantado arbitrária e ilegalmente em seu desfavor.

Ementa: Procurador-Geral do Município. Incompatibilidade excepcionada ao exercício da advocacia. Desnecessidade de desvinculação da sociedade de advogados, bastando seu licenciamento. Situações de impedimento da sociedade de advogados da qual se encontra licenciado o Procurador-Geral do Município em demandas que tenham como parte o respectivo ente federado. Situações de impedimento do Procurador-Geral do Município de praticar ato administrativo capaz de produzir efeito na contratação da sociedade de advogados da qual se encontra licenciado, quando preexistente à sua assunção ao mencionado cargo público.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Dr. Weber Augusto Rabelo Vasconcelos, Promotor de Justiça Comarca de Itaúna, relacionada à existência de obrigatoriedade ou não de o Procurador-Geral do Município se desvincular da sociedade de advogados e se, caso havendo o mero licenciamento, a referida sociedade encontrar-se-ia impedida de atuar em demandas em que o Município figure como parte.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

Como já afirmado na Nota Jurídica n.º 2/2017, quando decorrentes de lei e não de penalidade administrativa ou judicial, as proibições ao exercício da advocacia podem figurar como **incompatibilidades** ou, em menor grau de severidade, na forma de **impedimentos**. É o que dispõe o artigo 27 da Lei 8.906/94:

Art. 27. **A incompatibilidade determina a proibição total, e o impedimento, a proibição parcial do exercício da advocacia.**

No art. 28 do Estatuto da OAB, são apontadas hipóteses de incompatibilidade:

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais;

II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juizes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; (Vide ADIN 1127-8)

III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público;

IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro;

V - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza;

VI - militares de qualquer natureza, na ativa;

VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais;

VIII - ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

§ 1º A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente.

§ 2º Não se incluem nas hipóteses do inciso III os que não detenham poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro, a juízo do conselho competente da OAB, bem como a administração acadêmica diretamente relacionada ao magistério jurídico.

Já o art. 29 daquele mesmo diploma legal dispõe que:

Art. 29. Os Procuradores Gerais, Advogados Gerais, Defensores Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional **são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exercam, durante o período da investidura.** (grifos nossos)

Este último artigo traz uma **incompatibilidade excepcionada** ao exercício da advocacia. Veja-se doutrina de Gisela Gondim Ramos⁶⁹:

Incompatibilidade excepcionada - Esta figura vem definida no art. 29 do Estatuto, e abrange uma situação que, a rigor, seria de incompatibilidade, ou seja, proibição total de exercer a advocacia. Em geral, tratam-se de casos que seriam, ordinariamente enquadrados nos incisos do art. 28. Entretanto, quando se trate de uma função ou cargo, cujas atividades desenvolvidas são privativas da advocacia, o Estatuto abre uma exceção, para permitir o exercício profissional, **mas restrito às atribuições do cargo ou função.**

Resta evidente, assim, que o exercício da Procuradoria-Geral do Município implica em incompatibilidade ao exercício da advocacia, salvo quando adstrita especificamente ao desempenho das funções daquele cargo público.

Tal dispositivo legal, entretanto, não implica a necessidade de desvinculação da sociedade de advogados a qual faça parte porventura o Procurador-Geral do Município.

O Estatuto da OAB, em seu art. 16, §2º, prevê a possibilidade do mero licenciamento da sociedade em casos como o *sub examine*:

Art. 16. (...)

(...)

69 RAMOS, Gisela Gondim. *Estatuto da Advocacia – Comentários e Jurisprudência Selecionada*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 4ª ed., 2003, p. 468.

§ 2º O licenciamento do sócio para exercer atividade incompatível com a advocacia em caráter temporário deve ser averbado no registro da sociedade, não alterando sua constituição.

Destarte, inaceitável pretender-se impor ao Procurador-Geral de um município que se retire da sociedade de advogados que porventura integre enquanto ocupar referido cargo público, bastando seu licenciamento regularmente averbado no registro da sociedade e, naturalmente, o respeito à incompatibilidade com a advocacia de outros interesses que não os do ente federativo a quem presta seus serviços.

Quanto aos limites de atuação da sociedade de advocacia que tenha em seu quadro societário o licenciado, temos duas vertentes: a primeira, se poderia ser contratada para prestar serviços advocatícios à municipalidade, patrocinando, por consequências, causas em seu favor ou defendendo-a nas que lhe são movidas, e, a segunda, se poderia demandar contra o município.

Como sabido, para representar os interesses de um município em juízo ou fora dele, a sociedade de advogados necessariamente deve ser previamente contratada por aquele ente federativo, seja por dispensa ou inexigibilidade de licitação, ou se submetendo a procedimento de licitação em alguma das modalidades permitidas, de acordo com a situação experimentada em concreto, nos exatos termos impostos pela Lei n.º 8.666/93.

Por outro lado, de acordo com o art. 9º, inciso III e § 3º da Lei de Licitações,

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

(...)

III – servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

(...)

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimento e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

O fundamento da vedação traduzida no dispositivo legal retro é a presunção de que o servidor do órgão contratante poderá obter informações que facilitem sua participação no certame, ocasionando o desequilíbrio entre os interessados na contratação de prestação de serviços, de fornecimento de bens ou de execução de obra. Restariam infringidos, assim, os princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da moralidade pública, dentre outros.

Ora, não obstante licenciado da sociedade de advogados, permanece o vínculo entre esta e o Procurador-Geral do Município, que possui papel primordial no procedimento licitatório. Clara, assim, a vedação de sua contratação pelo município para representar seus interesses na esfera judicial ou extrajudicial.

Neste sentido é a doutrina de Marçal Justen Filho, em seus *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*:

Também não podem participar da licitação o servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Também se proíbe a participação de empresas cujos sócios, administradores, empregados, controladores, etc, sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes. Essa vedação reporta-se ao princípio da moralidade, sendo necessário pressuposto da lisura da licitação e contratação administrativas A caracterização de participação indireta contida no § 3º aplica-se igualmente aos servidores e dirigentes do órgão.⁷⁰

Quanto à possibilidade de patrocinar demandas contra o município, também inarredável o reconhecimento do impedimento da sociedade de advogados em que Procurador-Geral figure como sócio, mesmo que licenciado.

Como se viu anteriormente, ao exercer temporariamente função incompatível com a advocacia, cabe ao advogado licenciar-se da sociedade à qual pertença, enquanto perdurar o exercício da dita função.

Apesar disto, evidente que mesmo licenciado o advogado permanece vinculado à sociedade de advogados, cuja constituição não é alterada durante este período.

Mesmo não podendo praticar atos que não aqueles restritos ao exercício do cargo de Procurador-Geral do Município que exerce temporariamente, seu vínculo com a sociedade de advogados constituída perdura e, por consequência, também os interesses comuns de todos os integrantes do quadro societário, no qual se incluem os licenciados.

De outra banda, nos termos do art. 75, III, do Código de Processo Civil, sabidamente que compete ao Procurador-Geral do Município defender, ativa ou passivamente, os interesses do ente federado; enquanto que o Estatuto da OAB, em seu art. 15, § 6º, veda a atuação de advogados integrantes de uma mesma sociedade defendendo interesses antagônicos numa disputa processual:

Art. 15 (...)

(...)

§ 6º Os advogados sócios de uma mesma sociedade profissional não podem representar em juízo clientes de interesses opostos.

Ora, se ao juiz de direito é imprescindível a imparcialidade, ao procurador da parte é imprescindível que esteja absolutamente dedicado à defesa dos interesses desta; daí porque incompatível que a sociedade de advogados venha a patrocinar demanda contra um determinado município, enquanto um sócio seu licenciado esteja exercendo o cargo de Procurador-Geral do mesmo.

Na oportunidade, vale trazer à baila a lição de Humberto Theodoro Júnior que afirma não bastar que o magistrado sinta-se, em seu íntimo, capaz de exercer suas funções imparcialmente. É necessário que, além de ser imparcial, pareça imparcial, não suscitando em ninguém a dúvida de que motivos pessoais possam influir sobre seu ânimo⁷¹.

70 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 5ª edição, p. 111.

71 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 191.

Assim, também no caso do Procurador-Geral do Município, no exercício de suas funções públicas é imprescindível não só que esteja alinhado aos interesses do Município, mas que não reste qualquer dúvida a este respeito. Só assim restarão observados os princípios constitucionais da moralidade pública, da impessoalidade e da eficiência, dentre outros.

Neste particular, oportuno refutar com veemência qualquer pretensão de transferir para o Procurador-Geral do Município o impedimento que, sabida e legalmente, é da sociedade de advogados que integra, apesar de licenciado. Observemos, nestes casos, as diretrizes estabelecidas pelo legislador processual civil ao prever as hipóteses de impedimentos do magistrado:

Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

§ 1o Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o defensor público, o advogado ou o membro do Ministério Público já integrava o processo antes do início da atividade judicante do juiz.

§ 2o É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz.

§ 3o O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo. (Não destacado no original)

Ocupando o licenciado da sociedade de advogados o cargo de Procurador-Geral do Município, resta claro que antes mesmo do início de qualquer processo judicial em que figure como parte o respectivo ente federado, já é sabido que será ele seu principal patrono. Sendo assim, o patrocínio pela sociedade de advogados da causa de integrante do polo ativo em uma relação processual em que o município figurará

no polo passivo, esbarra necessariamente na inadmissibilidade de criação superveniente de causa de impedimento do Procurador-Geral, claramente vedada pelo dispositivo legal retro, aplicável por analogia ao caso em comento.

Neste sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO ORIGINÁRIA. EMBARGOS INFRINGENTES INTERPOSTOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA AMAZONENSE E REMETIDOS AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR EFEITO DA LETRA “N” DO INCISO I DO ART. 102 DA MAGNA CARTA. IMPEDIMENTO DO PROCURADOR SUBSTABELECIDO. JUÍZO NATURAL. Nos termos do parágrafo único (parte final) do art. 134 do CPC, **é defeso ao advogado pleitear no processo a fim de criar o impedimento do Juiz.** Com base neste dispositivo e no princípio constitucional do juízo natural, o Plenário desta egrégia Corte declarou o impedimento de procurador que obteve substabelecimento com o intuito de provocar a situação de suspeição e, assim, afastar a competência da Corte estadual para julgamento de embargos de declaração. Tal aconteceu na AO 1.120-QO, Relatora Ministra Ellen Gracie, caso similar ao presente, figurando como substabelecido o mesmo causídico. Questão de ordem que se resolve no mesmo sentido, com devolução dos autos à origem, onde se facultará à parte interessada a contratação de novo advogado. (AO 1158, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2005, DJ 11-11-2005 PP-00005 EMENT VOL-02213-01 PP-00161 RTJ VOL-00196-01 PP-00089)

QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO ORIGINÁRIA. ART. 102, I, N, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRATAÇÃO SUPERVENIENTE DE ADVOGADO, APÓS JULGAMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES, QUE PROVOCA A ANTEVISTA DECLARAÇÃO DE SUSPEIÇÃO DA MAIORIA DOS INTEGRANTES DO TRIBUNAL ESTADUAL PARA APRECIAR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DO JUÍZO NATURAL. 1. **A contratação superveniente de determinado advogado, por parte da requerida, logo após o julgamento - a ela desfavorável - dos embargos infringentes, constituiu o único fator responsável pelo desencadeamento da série de declarações de impedimento ou suspeição por parte dos membros do Tribunal a quo, ressaltando-se que nove deles já haviam participado de pelo menos um dos julgamentos anteriormente realizados;** 2. A norma de competência prevista no artigo 102, I, n da Carta Magna que encarrega o Supremo Tribunal Federal do processamento e do julgamento das ações em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos é regra explícita de conformação entre os princípios constitucionais do juízo natural e da imparcialidade. Busca resguardar o dever da boa prestação jurisdicional, restabelecendo, dessa forma, a igualdade de forças entre as partes no processo. 3. **Hipótese não configurada no caso concreto, no qual se criou situação de formal, porém desvirtuada, caracterização da regra de conformação de princípios acima indicada (art. 102, I, n da CF) para ofender, materialmente, o princípio do juízo natural;** 4. **Questão de ordem resolvida para declarar o impedimento do causídico constituído nas referidas circunstâncias, por aplicação analógica da segunda parte do art. 134, par. único do CPC, bem como a incompetência originária desta Corte na apreciação dos embargos de declaração interpostos.** (AO 1120 QO, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2005, DJ 26-08-2005 PP-00006 EMENT VOL-02202-01 PP-00050 RTJ VOL-00194-03 PP-

Imagine-se, então, no caso de uma ação judicial proposta pelo município. De todo evidente que, pelas mesmas razões, não poderá a mencionada sociedade de advogados habilitar-se como patrono de quem figure no polo passivo daquela ação judicial, em que o município é o autor, enquanto integrante de seu quadro societário, embora licenciado, exerça o cargo de Procurador-Geral daquele ente federado.

Por outro lado, diversas serão as consequências se no momento da nomeação do integrante licenciado da sociedade de advocacia para o cargo de Procurador-Geral Municipal esta já for contratada administrativamente daquele ente federado ou já for patrono de algum demandante ou demandado em processo judicial em que o município também seja parte; senão vejamos:

O ocupante do honroso cargo público de Procurador-Geral do Município, como qualquer outro agente público, sabidamente, deve obediência aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência, dentre outros.

Desta forma, sua atuação deve estar sempre voltada ao atendimento do interesse público e fincada em padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

Portanto, não se admite qualquer prevalência do exercício de suas funções públicas em situações que se façam também presentes seus interesses privados.

Veja-se o que dispõe a Lei de Processo Administrativo – Lei n.º 9.784/1999, acerca das hipóteses expressas de impedimento:

Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I – tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II – tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III – esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

E tratando deste dispositivo legal, com muita propriedade nos ensina Carvalho Filho⁷²:

“Registre-se que as situações que constituem os impedimentos não acarretariam, em tese, a incapacidade do administrador, como sucede também com o juiz, que, em certas ocasiões, poderia ter imparcialidade para julgar. Não obstante, a lei prefere não correr o risco e enumera expressamente os casos que, pela só ocorrência, rendem ensejo ao impedimento do agente. Tais casos estão arrolados no art. 18 da lei.”

Por outro lado, exatamente para assegurar um controle sobre as atividades da Administração Pública, que se ocupa da execução concreta da lei, que esta, antes de agir concre-

tamente na aplicação da lei, deve expedir uma declaração de vontade anunciando a decisão adotada.

Essa declaração de vontade do Estado, anunciando a decisão adotada, chama-se **ato administrativo**.

Enquanto no Estado de Polícia temos apenas a vontade da Administração Pública e a ação concreta adotada, no Estado de Direito há a vontade da Administração Pública, o ato administrativo (anúncio da decisão adotada) e a ação concreta.

Ou melhor, antes de adotar qualquer atuação material, a Administração Pública tem que expedir previamente o ato administrativo.

Veja-se que o ato administrativo é expedido no exercício da função administrativa:

a) provém do Estado ou de quem esteja investido em prerrogativas estatais.

b) esta sob a regência do direito público;

c) deve visar sempre à produção de efeitos jurídicos de interesse público, que são os fins almejados pelo Estado.

d) está sujeito ao controle jurisdicional.

e) tem caráter infralegal (papel secundário, complementar aos comandos da lei, mas ao mesmo tempo está sujeito a lei).

f) tem como finalidade produzir efeitos jurídicos.

Em suma, é uma espécie de ato jurídico, ou seja, é um ato jurídico típico do Direito Administrativo, onde o agente (sujeito) está investido de prerrogativas públicas e o objeto mostra-se preordenado a determinado fim de interesse público.

Neste sentido, em respeito aos princípios que norteiam a administração pública, especialmente os da legalidade, da impessoalidade, da eficiência e da moralidade, indubitável que o Procurador-Geral do Município está impedido de, no exercício das funções públicas de seu cargo, praticar atos administrativos que produzam efeitos na contratação administrativa da sociedade de advogados que integra, embora licenciado, preexistente à sua assunção à chefia da procuradoria do município, bem como em processos judiciais e/ou administrativos em que o município figure como parte e neles haja o patrocínio de qualquer das partes por aquela sociedade de advogados.

Pelas mesmas razões, está também impedido de representar o município em processos judiciais em que aquele ente federado seja parte e a sociedade de advogados, da qual se encontra licenciado, habilitou-se como patrono de quaisquer das partes antes⁷³ de sua assunção ao cargo de Procurador-Geral do Município.

72 CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Processo Administrativo Federal*. Comentários à Lei n.º 9.784, de 29/01/1999, Lúmen Juris, 4ª ed., 2009, p. 146.

73 Como já exposto anteriormente, a sociedade de advogados está impedida de habilitar-se em processo judicial em que o município seja parte, após um de seus integrantes, embora licenciado, ter sido guindado ao cargo de Procurador-Geral do mesmo.

Assim, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, são estas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes.

Remeta-se cópia, via *e-mail*, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente feito.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 27 de março de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público

Nota jurídica n.º 15/2017

PAAF n.º 0024.16.018135-0

Comarca: PJ Jequitinhonha

Ementa: Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública. Tributo *sui generis*, vinculado à finalidade específica. Impossibilidade de aplicação de sua receita para custear despesas com energia elétrica em prédios públicos.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Dr. Allender Barreto Lima da Silva, Promotor de Justiça da Comarca de Jequitinhonha, indagando a respeito da regularidade no emprego, pelo município, de valores decorrentes da Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública (COSIP) para suportar gastos com o consumo de energia elétrica de prédios públicos.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

Com muita propriedade nos ensinam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo⁷⁴ que, “o preceito mais genérico ao assunto “serviços públicos” existente na Constituição de 1988 é o seu art. 175, que está inserido no Título VII (‘Da ordem Econômica e Financeira’)

In verbis

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação a prestação de serviços públicos:

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III- política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

De outra banda, socorrendo-se às lições do festejado jurista Celso Antônio Bandeira de Melo⁷⁵, facilmente visualiza-se a iluminação pública como um serviço público:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade, fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituídos pelo

⁷⁴ Direito Administrativo Descomplicado, Editora Método, 23ª Edição, p. 739.

⁷⁵ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 21ª ed., rev.e atual, Malheiros Editores, São Paulo, Pág. 642.

Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios do sistema normativo.

Por sua vez, o tributarista Roque Antônio Carrazza⁷⁶ leciona que os serviços públicos podem ser gerais ou específicos:

“(…) os serviços públicos dividem-se em gerais e específicos. Os serviços gerais, ditos também universais, são os prestados uti universi, isto é, indistintamente a todos os cidadãos. Eles alcançam a comunidade, como um todo considerada, beneficiando número indeterminado (ou, pelo menos, indeterminável) de pessoas. É o caso dos serviços de iluminação pública, de segurança pública, de diplomacia, de defesa externa do país etc. Todos eles não podem ser custeados, no Brasil, por meio de taxas, mas, sim, das receitas gerais do Estado, representadas, basicamente, pelos impostos (…)

Já, os serviços públicos específicos, também chamados singulares, são os prestados uti singuli. Referem-se a uma pessoa ou a um número determinado (ou, pelo menos, determinável) de pessoas. São de utilização individual e mensurável. Gozam, portanto, de divisibilidade, é dizer, da possibilidade de avaliar-se a utilização efetiva ou potencial, individualmente considerada. É o caso dos serviços de telefone, de transporte coletivo (…). Estes, sim, podem ser custeados por meio de taxas de serviço”.

Nesse diapasão, incontestável que se trata a iluminação pública de serviço público geral, universal, que tem por objetivo exclusivo prover de claridade os logradouros públicos, de forma periódica, contínua ou eventual (art. 2º, XXXIX, da Resolução Normativa da ANEEL n.º 414, de 9 de setembro de 2010).

O douto Promotor de Justiça da Comarca de Jequitinhonha indaga este CAOPP sobre a regularidade do custeio da energia elétrica consumida em prédios públicos, pelo município, através do emprego de valores oriundos da Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública (COSIP) e, no caso de haver irregularidade, como detectá-la.

Com efeito, a Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública – COSIP, como muito bem já destacou pelo Ministro Ricardo Lewandowski, ao proferir o seu voto como relator no julgamento do RE 573.675-0/SC, tem natureza jurídica de tributo, com caráter *sui generis*, cuja receita destina-se a finalidade específica, enquanto que a sua base de cálculo limita-se ao rateio das despesas incorridas pelo município com iluminação pública.

Nesta mesma linha, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná concluiu pela impossibilidade de aplicação dos recursos remanescentes decorrentes da COSIP em finalidade diversa, no caso, construção de hospital público, ainda que sob a alegação de vinculação da arrecadação municipal a gastos com educação e saúde. Vejamos trecho da resposta à consulta do Prefeito Municipal de Foz de Iguaçu:

Acórdão n.º 205/2007 do Tribunal Pleno

Decisão proferida em 22/02/2007, publicado no AOTC n.º 90/2007, publicada na Revista do TCE-PR n.º 160, sobre o processo n.º 563771/2006, a respeito de Contribuição para o custeio dos Serviços de Iluminação Pública; Origem: Município de Foz do Iguaçu; Interessado: Prefeito Municipal; Relator: Auditor Ivens Zschoerper Linhares. Ementa Impossibilidade de destinação dos recursos remanescentes decorrentes

da contribuição para custeio da iluminação pública para a construção e instalação de Hospital Municipal, com recomendação ao Município sobre a necessidade de revisão dos valores cobrados a título da contribuição mencionada, (...) Pelos ensinamentos acima transcritos, a Diretoria de Contas Municipais entende que, em verdade, não deveria “sobrar” recursos decorrentes da contribuição para custeio dos serviços de iluminação pública, uma vez que tal contribuição foi criada para sanar um problema dos municípios com relação a este gasto específico. Posiciona-se assim, pela utilização de eventuais recursos remanescentes na própria iluminação pública. (...) VISTOS, relatados e discutidos estes autos de CONSULTA protocolados sob n.º 563771/06, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO, por unanimidade em: Responder a presente Consulta, pela impossibilidade de destinação dos recursos remanescentes decorrentes da contribuição para custeio da iluminação pública, para a construção e instalação de Hospital Municipal, com recomendação ao Município sobre a necessidade de revisão dos valores cobrados a título da contribuição mencionada, acompanhando a Diretoria de Contas Municipais e o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

Ademais, o próprio Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em resposta à Consulta n.º 717.707, tendo como Relator o Conselheiro Elmo Braz, em sessão de 16/12/2009, firmou o entendimento de que os valores arrecadados com a Contribuição para Custeio da Iluminação Pública – COSIP têm destinação especial prevista em lei e, por tal razão, não se incluem na base de cálculo sobre a qual incidirá o percentual do repasse a que tem direito a Câmara Municipal.

No mesmo sentido, cita-se a resposta à Consulta n.º 932439, Relator Conselheiro Cláudio Terrão, aprovada na sessão do dia 03/02/2016 (TCEMG), cuja ementa assim dispõe:

CONSULTA. PRELIMINAR. CONHECIMENTO. NECESSIDADE DE REFORMA DE TESE VIGENTE. MÉRITO. COMPOSIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PARA OBTENÇÃO DO LIMITE DO DUODÉCIMO REPASSADO AO PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL DE QUE TRATA O ART. 29-A DA CR/88. NÃO INCLUSÃO DOS RECURSOS DECORRENTES DAS CONTRIBUIÇÕES PARA CUSTEIO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA MUNICIPAL E DAS CONTRIBUIÇÕES DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA POR SE TRATAR DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS VINCULADAS. REFORMA PARCIAL DO ENTENDIMENTO MANIFESTADO NA CONSULTA N. 838450.

1 – Os recursos decorrentes das contribuições para o custeio do regime próprio de previdência municipal e das contribuições do serviço de iluminação pública configuram “receitas tributárias vinculadas” e, consequentemente, não devem compor a base de cálculo do limite do duodécimo repassado ao Poder Legislativo municipal.

2 – Decide-se pela reforma parcial do entendimento manifestado na resposta à anterior Consulta n. 838.450, no referente à contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública e à contribuição para o custeio do regime próprio de previdência dos servidores municipais.

No caso específico enfrentado na Comarca de Jequitinhonha, o órgão de execução consulente informa que, de acordo com representação recebida, o município estaria utilizando valores oriundos da COSIP para custear o consumo de energia elétrica de prédios públicos.

76 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 19ª ed., rev., ampl. e atual., Malheiros Editores, São Paulo. Pag. 471/472.

Nesse ponto, registra-se que a Resolução Normativa n.º 414, de 09/09/2010, da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), no parágrafo 6º, de seu art. 5º, estabelece a definição da classe iluminação pública, não deixando dúvida quanto à sua abrangência:

§ 6º. A classe iluminação pública, de responsabilidade de pessoa jurídica de direito público ou por esta delegada mediante concessão ou autorização, caracteriza-se pelo fornecimento para iluminação de ruas, praças, avenidas, túneis, passagens subterrâneas, jardins, vias, estradas, passarelas, abrigos de usuários de transportes coletivos, logradouros de uso comum e livre acesso, inclusive a iluminação de monumentos, fachadas, fontes luminosas e obras de arte de valor histórico, cultural ou ambiental, localizadas em áreas públicas e definidas por meio de legislação específica, exceto o fornecimento de energia elétrica que tenha por objetivo qualquer forma de propaganda ou publicidade, ou para realização de atividades que visem a interesses econômicos.

Percebe-se, pois, que a iluminação de prédios públicos refoge à abrangência jurídica do conceito de iluminação pública. Esta se presta a iluminar áreas de terrenos destinadas pelo Poder Público ao uso e trânsito públicos, os quais, geralmente, são os livres espaços como praças, avenidas, jardins, ruas, dentre outros, que se destinam à circulação de veículos e ao uso comum dos cidadãos; enquanto que as despesas de energia elétrica dos prédios públicos decorrem da utilização desta para a execução dos serviços administrativos e dos serviços públicos desempenhados naqueles bens de uso especial.

Vejamos o que se infere do parágrafo 5º, do artigo 5º da Resolução Normativa n.º 414, de 09/09/2010, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL:

§ 5º A classe poder público, independente da atividade a ser desenvolvida, caracteriza-se pelo fornecimento à unidade consumidora solicitado por pessoa jurídica de direito público que assuma as responsabilidades inerentes à condição de consumidor, incluindo a iluminação em rodovias e semáforos, radares e câmeras de monitoramento de trânsito, exceto aqueles classificáveis como serviço público de irrigação rural, escola agrotécnica, iluminação pública e serviço público, considerando-se as seguintes subclasses:

I – poder público federal;

II – poder público estadual ou distrital; e,

III – poder público municipal.

Com isso, é certo que a receita obtida com a arrecadação da COSIP está vinculada ao custeio do serviço de iluminação pública, de forma que qualquer redestinação, como, por exemplo, o pagamento de despesas de energia elétrica dos prédios públicos, mostra-se ilegal.

Corroborando ainda mais esse entendimento, releva destacar o artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal, cujo texto estabelece:

Art. 8º Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea c do inciso I do art. 4º, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso.

Parágrafo único. **Os recursos legalmente vinculados à finalidade específica serão utilizados exclusivamente**

para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso (destacamos).

3 Conclusão

Portanto, é possível afirmar que, os recursos provenientes do recolhimento da COSIP deverão ser utilizados **exclusivamente** para atender à sua finalidade específica, mais diretamente, a iluminação pública.

Finalmente, registra-se que uma das possíveis formas de verificação da regularidade na utilização dos recursos oriundos da COSIP consiste na expedição de ofício ao gestor público municipal para que informe acerca da aplicação do valor dos recursos obtidos com sua arrecadação, no período devidamente delimitado na investigação ministerial, inclusive demonstrando, contabilmente, sua destinação para o custeio da iluminação pública, bem como que informe e comprove a origem dos recursos empregados para custear a despesa que, segundo eventual representação ofertada ao órgão de execução, estaria sendo custeada indevidamente com recursos provenientes da COSIP.

De posse de tais informações e sem desprezo a outros possíveis elementos que possam ter chegado ao órgão de execução (especialmente instruindo eventual representação), poder-se-á, então, cotejar os valores e verificar quanto à existência de irregularidades na gestão dos recursos oriundos da COSIP.

Destarte, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, são estas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes, sem caráter vinculativo.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 17 de abril de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público

EMENTA: Contratação de Fundação para realização de Concurso Público. Dispensa de licitação. Aplicabilidade do artigo 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93. Requisitos. Súmula n.º 250/TCU.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Dr. Marcos Paulo de Souza Miranda, Promotor de Justiça da Comarca de Santa Luzia, acerca da legalidade da contratação de Fundação para realização de seleção de Conselheiros Tutelares do Município de Santa Luzia, sem prévio procedimento licitatório (dispensa).

O expediente veio instruído com cópia integral do Inquérito Civil n.º 0245.15.000659-2.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

Quanto à obrigatoriedade de licitação para celebração dos contratos administrativos, dispõe o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que:

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:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (destaque nosso)

Assim, facilmente percebe-se que a exigência de prévia licitação é a regra geral para contratação com a Administração Pública. Contudo, o próprio texto constitucional admite exceção à regra nos casos expressamente previstos na legislação.

Desse modo, cumpre inicialmente distinguir inexigibilidade de dispensa de licitação, uma vez que, para cada uma dessas exceções à obrigatoriedade de prévia licitação, existem regras e limites próprios que, apesar de semelhantes, não se confundem.

A inexigibilidade de processo licitatório ocorre nas situações em que se mostra inviável a competição, conforme estabelece o artigo 25 da Lei n.º 8.666/93; enquanto que, na dispensa essa competição é plenamente possível, sendo facultada a não realização do procedimento nas hipóteses

previstas no rol taxativo constante nos incisos do artigo 24, daquela mesma norma.

Focando na consulta submetida a este Centro de Apoio Operacional, verifica-se que estaríamos diante de hipótese de possível admissão de dispensa de licitação, alicerçada no inciso XIII, do artigo 24 da Lei de Licitações, que diz respeito especificamente à contratação de “instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos”.

Portanto, o regular enquadramento na hipótese de contratação direta (por dispensa de licitação) prevista em tal dispositivo exige a conjunção dos seguintes requisitos:

- a contratada ser instituição brasileira;
- incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou, ainda, dedicada à recuperação social do preso;
- dotada de inquestionável reputação ético-profissional; e,
- sem fins lucrativos.

Como se percebe, a contratação alicerçada no inciso XIII, do art. 24 da Lei n.º 8.666/93, tem como uma de suas pilastras mestras a demonstração de que a contratada, obrigatoriamente brasileira e sem fins lucrativos, exerça, dentre suas finalidades ou objetivos estatutários, atividades de pesquisa, de ensino ou de desenvolvimento institucional, ou dedicada à recuperação social de preso.

Outra exigência muito bem destacada pelo Professor Marçal Justen Filho é a de que:

“Deve ser inquestionável a capacitação para o desempenho da atividade objetivada. Exigem-se as virtudes éticas relacionadas direta e necessariamente com o perfeito cumprimento do contrato”. (*In Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 11ª edição, página 253).

Aliás, o TCU tem sido firme quanto à imprescindibilidade de conexão entre o objeto da contratação e a reputação da contratada (Processo n.º 002.510/2002-0. Acórdão n.º 427/2002 – Plenário).

Ademais, estes também têm sido os entendimentos jurisprudenciais:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REMESSA EX OFFICIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DIRETA PARA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS E DE CADASTRO RESERVA DE CARGOS DE ANALISTA JUDICIÁRIO E TÉCNICO JUDICIÁRIO DO TRE/CE. ART. 24, XIII, DA LEI Nº 8.666/93. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REGENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VIOLAÇÃO. CONTRATADAS SEM EXPERIÊNCIA EM CERTAMES DE MESMA NATUREZA E COM CONCURSOS INVALIDADOS POR IRREGULARIDADES. CONTRATAÇÃO EM CONFRONTO COM A MANIFESTAÇÃO DOS SETORES TÉCNICOS DO ÓRGÃO CONTRATANTE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INVALIDAÇÃO DA CONTRATAÇÃO. DESPROVIMENTO. 1. Remessa ex officio aviada em face de sentença de procedência do pedido de ação civil pública, via do qual se anulou o

contrato firmado entre o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Ceará (TRE/CE) e a Fundação Universidade Estadual do Ceará (FUNECE), com interveniência do Instituto de Estudos, Pesquisas e Projetos da UECE (IEPRO), “para realização de concurso público objetivando o preenchimento de vagas de quadro permanente do Tribunal Regional Eleitoral, e a formação de cadastro de reserva”. 2. **A Lei nº 8.666/93 - Com permissão da CF/88 (art. 37, XXI) - Autoriza a dispensa de licitação, “para a contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos” (art. 24, XIII).** 3. Segundo o TCU: “[...] o entendimento hodierno desta Casa é no sentido da possibilidade na contratação direta, com dispensa de licitação, de entidade para a realização de concurso público, nos termos do art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666, de 1993, desde que respeitadas as exigências do referido dispositivo legal [...]” Não obstante, impõe-se reconhecer que a interpretação do art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993 não suporta toda e qualquer contratação direta de instituição para realização de concurso público, mas apenas de instituições que atendam aos requisitos constantes do próprio texto legal, ou seja: ser brasileira, não ter fins lucrativos, apresentar inquestionável reputação ético-profissional, ter como objetivo estatutário-regimental a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional. Além disso, a instituição deve deter reputação ético-profissional na estrita área para a qual está sendo contratada (Decisão 908/1999 Plenário-TCU) e o objeto contratado deve guardar correlação com o ensino, pesquisa ou o desenvolvimento institucional [...]” (trechos do Acórdão 2.360-25/08-2, Rel. Min. André Luís de Carvalho, j. em 22.07.2008). 4. Entende-se por “inquestionável reputação ético-profissional”, “em termos licitatórios, idoneidade assemelhada, *mutatis mutandis*, àquela resultante da habilitação prevista no art. 27 e à notória especialização definida no art. 25, § 1º [dispositivos da Lei nº 8.666/93]” (Jessé Torres Pereira Júnior). Para se legitimar a contratação direta com espeque no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93, é necessária a demonstração da qualificação da candidata à condição de contratada, ou seja, é preciso verificar se ela tem capacidade técnica para realizar o objeto da contratação, cuja complexidade pode ser medida, *in casu*, pelo valor do ajuste (mais de três milhões de reais), pelo tipo da prestação contratual e pelo universo de sujeitos alcançados (especialmente considerados os que se submeterão ao serviço). 5. A contratação direta de instituição, com base no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93, para a realização de concurso público, estando comprovado que ela não tem qualificação ou capacidade técnica, implica violação não apenas à regra legal aludida, mas também a inúmeros princípios, implícitos e explícitos, constitucionais regentes da Administração Pública, a exemplos dos preceitos fundamentais da supremacia do interesse público e da moralidade. 6. Comprovada, *in casu*, a não satisfação da exigência de “inquestionável reputação ético-profissional”, seja porque a contratada não tem qualquer experiência em concursos de mesma natureza, seja porque em desfavor da contratada pesa a existência de concursos públicos por ela realizados e que foram invalidados por irregularidades, inclusive o atinente ao vestibular para o UECE de 2010. Ademais, não pode fugir à consideração o fato de que a contratação se deu em confronto com a manifestação dos setores técnicos do órgão contratante, que sopesaram a inconveniência da contratação, também ocupando posição contrária a União, a ponto de fazer surgir o conflito de interesses entre o ente Público Federal e o TRE/CE. 7. Existência de manifestação do Pleno deste TRF5: “[...] - Contratada para realizar concurso público. Legitimidade

duvidosa para requerer suspensão de liminar. Interesses públicos primários. Lesão não demonstrada. Diretamente interessada na realização do concurso público é a pessoa jurídica que pretende prover os cargos por meio da seleção de pessoal que seria efetuada pela questionada contratação. Excepcional medida da suspensão. Via que cuida apenas de averiguar a existência de uma potencial violação ao interesse público, configurada no risco de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Contratação com dispensa de licitação. Hipótese que exige exame de mérito propriamente dito para se saber se a contratada teria capacidade técnica, ou não, para suportar a contratação que decorreu de escolha com dispensa de licitação, o que não se compadece com a via excepcional da suspensão. Documentação acostada aos autos noticiando várias irregularidades que demonstram, a priori, a incapacidade da contratada bastante a infirmar a aparência do seu bom direito. Inexistência de grave lesão à ordem pública, considerando a existência de vários servidores cedidos, os quais poderiam retornar aos seus respectivos cargos e assim sanar eventual déficit no quadro funcional do Tribunal contratante. Agravo inominado do Ministério Público Federal ao qual se dá provimento” (SL 4013/CE, Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho, j. em 28.01.2009, unânime, p. em 10.02.2009). 8. Existência de manifestação desta Turma Julgadora, quando do exame do AGTR nº 93937/CE e o AGTR nº 96849/CE, Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti, j. em 06.05.2010, unânime. 9. Pelo desprovimento da remessa oficial. (REOAC nº 519660/CE (0014802-93.2008.4.05.8100), 1ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Francisco Cavalcanti, j. 08.09.2011, unânime, DJe 15.09.2011). (Grifo nosso)

Nota-se, desta forma, que tal dispositivo impõe uma interpretação de fato adequada ao princípio republicano, de modo a exigir a comprovação, no procedimento de dispensa de licitação, do nexos entre a natureza e a competência da instituição com o objeto do ajuste.

Imagine-se, como exemplo, a esdrúxula hipótese de um determinado ente municipal pretender contratar diretamente, com fulcro no mencionado dispositivo legal, para elaboração e aplicação de concurso público voltado ao preenchimento de cargos públicos efetivos da administração pública municipal direta, uma instituição dedicada à recuperação social de presos.

Sem qualquer esforço, percebe-se naturalmente a ilegitimidade de tal contratação hipotética.

Aliás, neste particular, vejamos a redação da Súmula 250, editada pelo TCU:

Súmula 250 – TCU

A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexos efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.

Mais diretamente, inadmite-se a contratação para serviços ou compras que nenhuma relação tem com seus objetivos institucionais, exigindo-se a presença do “vínculo de pertinência” entre os objetivos da instituição e o objeto do contrato, de modo, como muito bem alerta José dos Santos Carvalho Filho⁷⁷, que “deve ser verificado se o estatuto da

⁷⁷ Manual de Direito Administrativo, Editora Atlas, 25ª edição, p. 253.

entidade permite realmente a execução do serviço ou o negócio de compra (é menos comum a hipótese de obras), ou se, ao contrário, o ajuste não será mero instrumento de dissimulação”.

Conclui-se, portanto, que a dispensa de licitação, com base no inciso XIII do art. 24 da Lei n.º 8.666/93, exige a demonstração de que a entidade contratada seja:

- brasileira;
- sem fins lucrativos,
- detentora de inquestionável reputação ético-profissional;
- incumbida regimental e estatutariamente do ensino, da pesquisa ou do desenvolvimento institucional, ou, ainda, dedicada à recuperação social do preso; e,
- capaz de executar, com sua própria estrutura e de acordo com sua competência, o objeto do contrato⁷⁸.

Finalmente, não se permite ignorar a redação do artigo 26, parágrafo único, incisos II e III, da Lei n.º 8.666/93, que impõe outros dois importantes requisitos de regularidade em contratações como a em apreço:

Art. 26. As **dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24**, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

(...)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço; (destaques nossos)

No que concerne à exposição da razão da escolha do contratado, sua imprescindibilidade na hipótese em apreço advém logicamente da própria condição experimentada pelo agente competente para autorizar, desde que atendidos os demais requisitos legais, a contratação direta.

Já a justificativa do preço alicerça-se no dever inarredável da administração pública de cuidar de verificar previamente o valor a ser despendido com a contratação que pretende firmar.

3 Conclusão

Diante de todo o exposto, acerca do tema provocado e respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, conclui este Centro de Apoio Operacional pela necessidade do órgão de execução ministerial, quando da verificação da regularidade de contratação direta, embasada no inciso XIII, do art. 24, da Lei n.º 8.666/93, atentar para a imprescindível presença, dentre outros, dos seguintes requisitos:

1) que a entidade contratada seja:

- a - brasileira;
- b - sem fins lucrativos,
- c - detentora de inquestionável reputação ético-profissional;
- d - incumbida regimental ou estatutariamente do ensino, da pesquisa ou do desenvolvimento institucional, ou, ainda, dedicada à recuperação social do preso; e,
- e - capaz de executar, com sua própria estrutura e de acordo com sua competência, o objeto do contrato;

2) haja conexão entre o objeto da contratação e a reputação ético-profissional da contratada;

3) tenha havido exposição das razões da escolha do contratante; e,

4) o preço contratado mostre-se justificado, com comprovada compatibilidade com os preços praticados no mercado .

Remeta-se cópia, via *e-mail* institucional, ao órgão de execução ministerial consulente, com posterior arquivamento do presente expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 19 de abril de 2017

José Carlos Fernandes Júnior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO Patrimônio Público

⁷⁸ Nesse sentido: TCU. Processo nº 017.537/96-7

Ementa: Secretário Municipal. Dedicção exclusiva e tempo integral. Acumulação de cargos públicos. Peculiaridades. Exercício de atividade privada. Possibilidade.

1 Relatório:

Trata-se de consulta formulada pelo Dr. Weber Augusto Rabelo Vasconcelos, DD. Promotor de Justiça da Comarca de Itaúna, relacionada à compreensão dos efeitos pertinentes à dedicação exclusiva dos secretários municipais, especialmente no que concerne a pasta da saúde.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação:

2.1 Acumulação de Cargos pelo Secretário Municipal

A acumulação de cargos públicos é expressamente vedada pela Constituição Federal, em seu art. 37, XVI. Entretanto, como toda boa regra, esta também comporta exceções:

“Art. 37 (...)

(...)

XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e as sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público.”

As exceções admitidas pela Constituição Federal, como se pode perceber, denotam a intenção de aproveitamento, pela administração pública, de pessoal qualificado para o exercício de determinadas tarefas.

Assim, admite-se a acumulação de cargos de professor com outro (de professor ou técnico ou científico) e a de profissionais da área da saúde.

Vale destacar que a possibilidade de acumulação remunerada de cargos, nestes casos, está sujeita à aplicação do teto constitucional, de forma que o benefício do servidor não se revele como um privilégio excessivo.

Como já tratado por este CAOPP na Nota Jurídica 3/2017, a interpretação deste dispositivo constitucional deverá ser sempre restritiva: a regra é a proibição da acumulação remunerada de cargos públicos. Neste sentido são as lições de Dalmo de Abreu Dallari:

A acumulação de cargos é um anacronismo. Conforme se pode observar, pelo exame da evolução desse instituto no Brasil, ela tem como fatores determinantes duas situações: o excesso de poder e a falta de pessoal qualificado. Ou servia para possibilitar que pessoas privilegiadas e bem relacionadas acumulassem poder, remuneração, influência e prestígio social, ou então, possibilitava o preenchimento de funções públicas realmente importantes em setores nos quais havia a carência de profissionais habilitados. Ora, no Brasil do século XX não mais se justificam os privilégios dos tempos da Colônia, do Império e da Velha República; nem tem qualquer sentido falar-se em falta de profissionais para o provimento de cargos e funções na Administração Pública.

(...)

Acumular cargos e empregos públicos é e sempre será um privilégio, uma exceção ao princípio da igualdade, e, por isso, no exame dessa matéria sempre será necessário, na dúvida, adotar a posição mais restritiva, obviamente sem violentar o texto constitucional.⁷⁹

Assim, a não ser que a situação se encaixe perfeitamente em uma das exceções previstas nas alíneas “a” a “c” do inciso XVI do art. 37 da Constituição, a acumulação de cargos públicos é inadmissível.

Nos casos dos secretários municipais, seu enquadramento é descartado no tocante a alínea “a”, que prevê a possibilidade de acumulação remunerada de dois cargos de professor. Resta, assim, entender se o cargo de secretário estaria abrangido pelos conceitos de cargo técnico ou científico, que poderia ser acumulado com um cargo de professor, ou como cargo privativo de profissional de saúde, com profissão regulamentada.

Ao tratar do tema, Marçal Justen Filho detalha o que se entende por cargo técnico ou científico:

A segunda exceção envolve a acumulação de um cargo de professor com outro, “técnico” ou “científico”. A qualificação adotada na parte final da alínea “b” do inciso XVI do art. 37 não pode ser ignorada. A acumulação apenas poderá ser admitida se a atividade inerente ao cargo for qualificável como técnica ou científica. A atividade científica consiste naquela de produção, desenvolvimento e transmissão de conhecimento científico. A atividade técnica é aquela orientada a produzir a modificação concreta da realidade circundante, por meio da aplicação do conhecimento especializado. Assim, as atividades puramente burocráticas não se enquadram na exigência constitucional.⁸⁰

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, afirma sobre o cargo técnico:

“...é o que exige conhecimentos profissionais especializados para seu desempenho, dada a natureza científica ou artística das funções que encerra. Nesta acepção é que o art. 37, XVI, ‘b’ da CF o emprega, sinonimizando-o com o cargo científico, para efeito de acumulação.”⁸¹

79 Regime Constitucional dos Servidores Públicos, págs. 69-70.

80 Curso de Direito Administrativo, 7ª Ed., pag. 881.

81 Direito Administrativo Brasileiro, 24ª Ed., pag. 373.

Há que se verificar, assim, se o cargo de secretário municipal exige conhecimentos técnicos ou científicos, para o fim de ser acumulável com um cargo de professor. No Município de Taquaritinga, em São Paulo, por exemplo, é requisito mínimo para o Secretário de Educação ter curso superior, licenciatura de graduação plena ou pós-graduação na área de educação. Nesta senda, entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo, tratar-se de cargo acumulável. Vejamos a ementa do acórdão proferido nos autos da Apelação n.º 0003646-19.2014.8.26.0619, prolatado na sessão de 31/08/2015:

APELAÇÃO – Mandado de segurança – Professor de Educação Básica e Secretário Municipal de Educação – Acumulação de cargos na esfera estadual e municipal – Compatibilidade verificada – Exegese do artigo 37, inciso XVI, da Constituição Federal, do artigo 4º do Decreto Estadual n.º 41.915/1997 e do artigo 8º, inciso V, da Lei Municipal n.º 948/1998 – Sentença que denegou a ordem reformada – Recurso provido.

Em seu voto, concluiu a Desembargadora Relatora Ana Liarte que “é possível extrair que o pretendido cargo de Secretário de Educação é cargo técnico, porquanto se exige, ‘para o seu exercício, conhecimentos específicos de nível superior’, ‘na área de educação’, podendo, assim, ser acumulado ao cargo de professor já exercido pelo impetrante.

O mesmo Tribunal, em outra ocasião, entendeu não caber a acumulação de cargos, posto que a lei não exigia qualificação técnica ou científica para o exercício do cargo de Secretário Municipal:

“Apelação n.º 994.09.388762-6

Comarca: Embu

Relator: Franklin Nogueira

1ª Câmara de Direito Público do TJSP

Data da sessão: 13/07/2010

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – acumulação de cargos públicos – professor e Secretário Municipal – impossibilidade de considerar esse último cargo como técnico ou científico – segurança denegada – recurso improvido.

VOTO

(...)

O apelante pretende acumular o cargo de Professor PEB II com o cargo de Secretário de Obras e Edificações do Município de Embu. Ora, é óbvio que o cargo de Secretário Municipal não pode ser enquadrado naquele conceito de cargo técnico, pois não exige, pela própria natureza de suas funções, conhecimentos profissionais especializados. Observe-se que o que importa é a exigência do cargo. De todo irrelevante que o interessado possua conhecimentos técnicos específicos da área. O que importa, não é demais repetir, para a possibilidade da acumulação, é que o cargo exija conhecimentos profissionais especializados para seu desempenho. O cargo de Secretário Municipal é, por natureza, político, podendo ser exercido por qualquer pessoa, mesmo que não possua conhecimentos da área.

Se assim é, fica claro que não se trata mesmo de cargo técnico ou científico, por não exigir conhecimentos profissionais especializados para seu desempenho.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais já externou este mesmo entendimento na Consulta n.º 701702,

Relatada pelo Conselheiro Moura e Castro e votada na sessão do dia 14/12/2005:

“Relativamente à última questão, qual seja, o servidor estadual, ocupante de cargo efetivo de médico, poder exercer, em acúmulo, cargo de diretor municipal de saúde, a Constituição Federal, no artigo 37, XVI, proíbe a acumulação de cargos, funções ou empregos no serviço público federal, estadual ou municipal, assim entendidas as atividades desenvolvidas pela administração direta, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. Entretanto, essa regra comporta exceções, entre as quais a acumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, conforme redação determinada pela Emenda Constitucional n.º 34/01. Dessa forma, a legalidade das acumulações de cargo efetivo de médico com o de secretário ou diretor municipal de saúde só será possível se esse cargo político for, por lei, privativo de profissional de saúde. A par das acumulações autorizadas constitucionalmente, deve-se verificar, sempre, a compatibilidade de horário, pois, em não existindo esta, não será permitido o acúmulo de cargos públicos. E mais, em qualquer hipótese de acumulação remunerada de cargos públicos deve ser respeitado o teto previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição de 1988.”

Não obstante tal decisão, que remonta os idos de 2005, não se permite ignorar o disposto na Lei Federal n.º 8.080/90, que aprova o Regulamento do Sistema Único de Saúde, atribuindo em seu artigo 9º a direção do SUS, no âmbito dos Municípios, à respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente:

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e

III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Por outro lado, ao tratar da política de recursos humanos na área de saúde, determina:

“Art. 28 Os cargos e funções de chefia, direção e assessoramento, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), só poderão ser exercidos em regime de tempo integral.

§ 1º Os servidores que legalmente acumulam dois cargos ou empregos poderão exercer suas atividades em mais de um estabelecimento do Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também aos servidores em regime de tempo integral, com exceção dos ocupantes de cargos ou função de chefia, direção ou assessoramento.”

Ora, uma vez atribuída ao secretário de saúde a função de direção do SUS no âmbito municipal, fica clara sua inserção dentre aqueles que a Lei 8.080/90 veda a acumulação com outro cargo público, sendo, portanto, neste caso, despicienda qualquer discussão a respeito de haver ou não disposição legal prevendo tratar-se de cargo de natureza técnica ou científica ou privativa de profissional da área de saúde.

Ademais, comporta registro que a Lei Complementar n.º 97/2014 do Município de Itaúna, ao estabelecer, em seu Anexo I, os requisitos para provimento dos cargos em comissão da Administração Direta do Poder Executivo, disciplina que o secretário municipal deverá possuir conhecimentos específicos. Entretanto, tal expressão é utilizada também para definir os requisitos para provimento dos cargos de Controlador-Geral, Secretário Adjunto e Chefe de Gabinete. Já ao tratar dos cargos de Procurador-Geral do Município, de Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa e do Patrimônio, de Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial e Fiscal, de Procurador-Chefe da Procuradoria da Administração Autárquica e Fundacional, de Procurador Adjunto, prevê como necessário curso superior de Direito e registro profissional. Ou seja, quando quis, o legislador explicitou quais os conhecimentos técnicos necessários para o provimento de determinado cargo. Lado outro, foi lacônico em relação aos cargos de Secretário Municipal, Controlador-Geral, Secretário Adjunto e Chefe de Gabinete.

Neste contexto, não se pode dizer que o cargo de Secretário de Saúde do Município de Itaúna tenha natureza técnica ou científica, e, muito menos, que seja privativo de profissionais da área de saúde. E, ainda, há previsão legal expressa em lei federal vedando sua acumulação com outro cargo público.

2.2 Exercício de atividade privada pelo secretário municipal

Esgotada a questão relativa à acumulação de cargos públicos, há que se considerar, por outro lado, não existir disposição constitucional que vede o exercício de atividade privada pelos secretários municipais fora de sua jornada de trabalho, cabendo, assim, a análise da legislação local para averiguação desta possibilidade.

Ao tratar da jornada de trabalho dos secretários municipais, assim se manifestou o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, na Consulta n.º 707175, cuja resposta foi aprovada pelo Pleno na sessão do dia 15/03/2006:

“Quanto à possibilidade de se alterar a carga horária dos agentes políticos, há que se ver a sistemática legislativa de cada Município sobre o tema, haja vista a autonomia administrativa dos entes políticos para deliberarem sobre essa matéria.

Em tese, parece-me necessário ressaltar que a disponibilidade do Secretário Municipal no exercício do cargo há que ser total, visto ser o mesmo de natureza política. Contudo, como já dito, a fixação e alteração da jornada de trabalho dos Secretários Municipais constituem matéria de competência do município, no exercício de sua autonomia administrativa.”

De fato, não se pode pretender estabelecer um tratamento uniforme quanto à matéria, a ser aplicado a todos os entes federativos, haja vista a grande diversidade de realidades que se verifica em todo o território do Estado de Minas Gerais, que dirá no território nacional. Nada mais razoável, assim, reconhecer tratar-se a jornada de trabalho dos ocupantes de cargos de confiança de questão compreendida dentro da autonomia administrativa do ente federado, não cabendo, assim, a ingerência externa, desde que respeitados, obviamente, os comandos constitucionais.

Ao mesmo tempo em que a regra estabelecida pela Constituição Federal é a da vedação à acumulação de cargos públicos, pelas razões já explicitadas anteriormente, a regra quanto ao exercício da atividade laborativa privada é a da liberdade. O texto constitucional, analisado sistemicamente, leva a esta conclusão, desde seu art. 1º, em cujo inciso IV consagra como fundamento do Estado Democrático de Direito os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, até o estabelecimento da valorização do trabalho humano como base da ordem econômica (art. 170), passando pela garantia, como direito fundamental, da liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, inciso XIII).

Visando ilustrar a questão, vejamos a vedação aos Membros do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, também agentes políticos, prevista no inc. III, do art. 111 de nossa Lei Orgânica Estadual:

Art. 111. Ao membro do Ministério Público é vedado:

I – (...)

III- exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista;

Percebe-se que há, de fato, previsão legal de impedimento de um promotor ou promotora de Justiça exercer o comércio, sem, contudo, que isto implique também na proibição de desenvolver, por exemplo, atividades pecuárias em sua propriedade rural, iminentemente de natureza privada.

O mesmo se diga, como exaustivamente apontado na nota jurídica n.º 14/2017, expedida por este centro de apoio operacional, em relação ao impedimento do Procurador-Geral do Município de exercer a advocacia privada.

Nos dois exemplos, como se sabe, há lei expressamente proibindo o exercício de determinada atividade privada.

Assim, evidente que no caso de não haver previsão expressa vedando, desde que a dedicação do agente político ou servidor, durante sua jornada de trabalho, seja plena, havendo compatibilidade de horários e inexistindo conflito de interesses com o ente público, a regra é a possibilidade de exercício de outras atividades de natureza privada.

De fato, entendia-se que o regime de trabalho integral ou de dedicação exclusiva seria impeditivo da prática de qualquer outra atividade remunerada, seja na esfera pública, seja na privada. Já o regime de dedicação plena permitiria o exercício de outra atividade, desde que diversa da de seu cargo ou função pública. Neste sentido as lições do saudoso Hely Lopes Meirelles:

“A diferença entre o regime de tempo integral e o de dedicação plena está em que, naquele, o servidor só pode trabalhar no cargo ou na função que exerce para a Administração, sendo-lhe vedado o desempenho de qualquer outra atividade profissional pública ou particular, ao passo que neste (regime de dedicação plena), o servidor trabalhará na atividade profissional de seu cargo ou de sua função exclusivamente para a Administração, mas poderá desempenhar atividade diversa da de seu cargo ou de sua função sem qualquer outro emprego particular ou público, desde que compatíveis com o da dedicação plena.”

No regime de tempo integral o servidor só poderá ter um emprego; no de dedicação plena poderá ter mais de um desde que não desempenhe a atividade correspondente à sua função pública exercida neste regime. Exemplificando: o professor em regime de tempo integral só poderá exercer as atividades do cargo e nenhuma outra atividade profissional pública ou particular; o advogado em regime de dedicação plena só poderá exercer a advocacia para a Administração da qual é servidor, mas poderá desempenhar a atividade de magistério ou qualquer outra, para a Administração (acumulação de cargos) ou para particulares.”

Inclusive, o já revogado Decreto n.º 60.091/67, que regulamentava o regime de dedicação exclusiva e tempo integral dos servidores da União, em seu artigo 4º, dispunha que “ao funcionário sujeito a regime de tempo integral e dedicação exclusiva é proibido exercer cumulativamente outro cargo, função ou atividades particulares de caráter empregatício profissional ou público de qualquer natureza”.

Entretanto, as ideias a respeito da definição do que seria dedicação exclusiva e regime de tempo integral vêm evoluindo e sendo flexibilizada ao longo do tempo, como se pode verificar da legislação aplicável aos servidores públicos federais. A Lei n.º 11.890/2008 dispõe, em seu art. 6º:

“Art. 6º Aos titulares dos cargos de que tratam os incisos I a V do ‘caput’ do art. 1º da Lei n.º 11.358, de 19 de outubro de 2006, aplica-se o regime da dedicação exclusiva, com o impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada, potencialmente causadora de conflito de interesses, ressalvado o exercício do magistério, havendo compatibilidade de horários.”

Como se vê, a norma flexibilizou o conceito de exclusividade ao inserir em seu texto o qualificativo “potencialmente causadora de conflito de interesses”, de forma que a proibição do exercício de outra atividade remunerada deixou de atingir qualquer atividade pública ou privada para abarcar somente aquelas potencialmente causadoras de conflito de interesses.

Na mesma esteira a legislação regulamentadora do SUS, a já citada Lei n.º 8.080/90, que, através da inserção de dois parágrafos, mitigou o regime de tempo integral estabelecido pelo art. 28. Leia-se, mais uma vez:

“Art. 28 Os cargos e funções de chefia, direção e assessoramento, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), só poderão ser exercidos em regime de tempo integral.

§ 1º Os servidores que legalmente acumulam dois cargos ou empregos poderão exercer suas atividades em mais de um estabelecimento do Sistema Único Saúde (SUS).

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também aos servidores em regime de tempo integral, com exceção dos ocupantes de cargos ou função de chefia, direção ou assessoramento.”

Denota-se, portanto, que, tal dispositivo legal cuidou de dispor expressamente pela permissão a servidores sujeitos ao regime de tempo integral de acumularem legalmente dois cargos ou empregos públicos, excepcionando apenas os ocupantes de cargos ou função de chefia, direção ou assessoramento, ao mesmo tempo em que silencia a respeito de qualquer restrição à atividade privada.

Na oportunidade, preciosos são os seguintes trechos do Parecer n.º 0477-3.17/2014/CONJUR/MP-CGU/AGU:

“40. Destaca-se que o entendimento aqui defendido, ao contrário de retroceder na proposta de instituição do regime de dedicação exclusiva trazido pela lei n.º 11.890/08, harmoniza referido regime de trabalho com as liberdades individuais constitucionalmente garantidas, entre as quais se encontra a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, bem como a liberdade de consciência, crença e exercício dos cultos religiosos, previstas, respectivamente, no art. 5º, incisos VI e IX, da Carta Magna.

41. Consoante já salientado, o regime de dedicação exclusiva visa a manter o servidor direcionado ao melhor desempenho profissional possível. Conforme se depreende da própria nomenclatura atribuída a tal regime, pressupõe-se que haja efetiva dedicação às atividades inerentes aos cargos abrangidos pela lei n.º 11.890/08, dada a relevância dos mesmos para o desenvolvimento do país.

42. Contudo, se a jornada de trabalho característica do regime de dedicação exclusiva se estende por 8 (oito) horas diárias e 40 (quarenta) horas semanais, revela-se extremamente radical vedar o desempenho, pelo servidor, nas horas vagas, de atividades particulares [...] ausente o conflito de interesses. Entende-se, assim, indevida qualquer ingerência da Administração Pública nas opções feitas pelo servidor com vistas ao preenchimento do tempo livre de que dispõe diária e semanalmente, exceto se verificado o conflito de interesses ou violada eventual lei ou norma constitucional de vedação de acumulação de funções.

[...]

46. Conclui-se, ante todo o exposto, que a interpretação da Lei n.º 11.890/08 no sentido da proibição do exercício de toda e qualquer atividade remunerada, pública ou privada, implica a violação de direitos fundamentais e origina regra extremamente restritiva, destituída de amparo no próprio texto legal, o qual, repita-se, proíbe apenas o exercício de atividades remuneradas potencialmente causadoras de conflito de interesses. Não se pode presumir que todas as atividades remuneradas sejam incompatíveis com as atribuições do cargo ocupado pelo servidor e que sejam utilizadas em prol de terceiros contra interesses da Administração.”

Desta feita, quanto aos cargos de secretários municipais, ausente disposição legal que expressamente o vede, não se pode impedir o exercício de outra atividade profissional na esfera privada, havendo compatibilidade de horário e inexistindo conflito de interesses com o ente municipal.

3 Conclusão

Diante de todo o exposto, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, conclui este Centro de Apoio Operacional:

1) qualquer restrição ao exercício de atividade privada por secretários municipais, desde que respeitada a jornada de trabalho prevista na legislação municipal respectiva e não haja conflito de interesses com o ente municipal, deve estar devidamente prevista em lei;

2) mesmo havendo previsão legal no sentido de ser o cargo de secretário municipal de saúde privativo de pro-

fissional de saúde, não se admite a sua acumulação com outro cargo público⁸² efetivo, ainda que de médico, tendo em vista a vedação legal expressa contida no artigo 28 da Lei Federal nº 8080/90;

3) o município detém competência política/administrativa para legislar a respeito da jornada de trabalho de seus agentes públicos.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente feito.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2017.

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO Patrimônio Público

Nota Jurídica n.º 18/2017

Solicitante: Promotoria de Justiça de Cláudio (MG)

Ementa: Membros da Mesa Diretora da Câmara de Vereadores – Subsídio diferenciado – Impossibilidade – Sumula 63 do TCE/MG. Servidor Público – Equiparação de vencimentos para cargos assemelhados de Poderes distintos – Vedação – Art.37, XIII da CR/88 – Possibilidade de fixação de vencimentos iguais desde que mediante edição de lei específica – Inadmissibilidade do Poder Judiciário aumentar vencimentos com supedâneo na isonomia. Súmula Vinculante n.º 37. Ausência de justificativa para atuação ministerial.

1 Relatório

Trata-se de ofício oriundo da douta Promotoria de Justiça de Cláudio /MG, solicitando posicionamento pertinente à política remuneratória dos agentes públicos dos Poderes Executivo e Legislativo do Município de Cláudio, nos seguintes termos:

“a) acerca da existência, ou não, de similaridade dos cargos existentes no executivo e no legislativo municipal, a eventual aplicação do preconizado no art.37, XII, da Constituição da República e, por fim, a existência de extrapolação pela referida Câmara Municipal do referido teto.

b) acerca da diferença de salários entre os vereadores ocupantes das mesas de direção e a sua adequação, ou não, aos regramentos pertinentes”.

2 Fundamentação

A) Equiparação de Vencimentos dos Servidores dos Poderes Executivo e Legislativo – Art.37, XII da CR/88

O art.37, XII, da Carta Magna de 1988, dispõe que os vencimentos dos cargos nos Poderes Legislativo e Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo⁸³.

Não obstante o dispositivo constitucional acima citado prever, à primeira leitura, impossibilidade dos vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário ser superior aos vencimentos pagos pelo Poder Executivo, a interpretação dada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o artigo em referência não proclama uma isonomia remuneratória, como antes da EC n.º 19/98 dispunha o art. 39, §1º, mas sim cria um limite.

82 Atentar também para o disposto no inc. XVII, do Art. 37 da CF/88 – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e as sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público.”

83 Art.37 (...) XII – os vencimentos dos cargos no Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo.

Vejamos:

Não há (...) ofensa ao disposto no art. 37, X e XII, da Constituição do Brasil. Como ponderou o Min. Célio Borja, relator à época (...): "(...) Argui-se (...) violação do inciso XII, do art. 37, da Constituição (...). Não está aí proclamada isonomia remuneratória prescrita alhures (art. 39, § 1º, CF) para os cargos, aliás, de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder ou dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. O que o inciso XII, art. 37, da Constituição cria é um limite, não uma relação de igualdade. Ora, esse limite reclama, para implementar-se, intervenção legislativa uma vez que já não havendo paridade, antes do advento da Constituição, nem estando, desse modo, contidos os vencimentos, somente mediante redução dos que são superiores aos pagos pelo Executivo, seria alcançável a parificação prescrita".⁸⁴ (grifamos)

Aliás, a EC n.º 19/98 não apenas excluiu do texto constitucional o art. 39, §1º, que previa a isonomia remuneratória, como modificou a redação do art. 37, XIII, vedando a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias.

Entretanto, tal vedação não impossibilita que **lei específica** preveja vencimentos iguais para servidores que ocupem cargos similares, ainda que em diferentes Poderes. Nesse sentido vejamos julgado da Corte de Contas Mineira:

EMENTA: CONSULTA – PODER LEGISLATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – REMUNERAÇÃO – EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS PARA CARGOS IDÊNTICOS OU ASSEMELHADOS ENTRE PODERES DISTINTOS – VEDAÇÃO, TANTO PARA EQUIPARAÇÃO QUANTO PARA VINCULAÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 37, XIII, DA CR/88 – INEXISTÊNCIA DE ÓBICE À FIXAÇÃO DE VENCIMENTOS IGUAIS, MEDIANTE LEI ESPECÍFICA, DESDE QUE RESPEITADAS AS DISPOSIÇÕES DO ART. 39, §1º, DA CR/88.

É vedada a equiparação ou vinculação da remuneração do pessoal do serviço público, nos termos do art. 37, XIII, da Constituição da República; no entanto, **tal vedação não impossibilita que as remunerações de servidores de diferentes Poderes sejam fixadas, por meio de lei específica, em valores iguais,** desde que respeitadas as disposições do art. 39, §1º, da Carta Magna.⁸⁵(grifo e negrito nossos)

De interessante transcrição o voto do Conselheiro Relator, acolhido por unanimidade, no citado julgado:

O Consulente questiona, em síntese, se é possível a equiparação entre os vencimentos dos servidores dos Poderes Legislativo e Executivo do Município, uma vez verificada a identidade de função, com mesma produtividade e qualidade do serviço desempenhado. Acerca do tema, é de se considerar que o art. 39, § 1º, da Constituição da República, em sua redação originária, assegurava aos servidores da Administração Direta a plena isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local do trabalho. Contudo, com o advento da Emenda Constitucional n.º 19, de 04/06/98, houve substancial modificação na redação do aludido dispositivo, que inclui a supressão do princípio da plena isonomia remuneratória. Passou a dispor o art. 39, § 1º, que a fixação dos padrões de vencimentos e das de-

mais parcelas integrantes da remuneração devem observar a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira, bem como os requisitos para a investidura e as peculiaridades próprias dos cargos e das funções. Importa observar que a alteração implementada pela Emenda Constitucional não gera óbice a que os vencimentos sejam fixados em valores idênticos, com base no princípio da isonomia, na hipótese de tratar-se de cargos que tenham a mesma natureza e grau de responsabilidade e a complexidade iguais. Sobreleva notar, contudo, que o inciso XIII do art. 37, da Constituição Federal, veda a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para efeito de remuneração de pessoal do serviço público, o que significa dizer que não é admissível a previsão de reajustes automáticos por meio da vinculação de uma categoria a outra. Mesmo entendimento é perfilhado pelo administrativista José dos Santos Carvalho Filho, que assim se pronuncia quanto ao tema:

A constituição em vigor proibiu a vinculação ou equiparação de vencimentos para o efeito da remuneração de pessoal do serviço público (art. 37, XIII). A regra, como é fácil notar, procura evitar os denominados aumentos em cascata, que ocorrem quando, aumentada a retribuição de uma classe de servidores, outras classes se beneficiam, por estarem atreladas àquela. Significa que o aumento de um significaria o aumento de milhares, com grande prejuízo ao erário e aos próprios servidores, neste caso porque o Estado não se ariscaria a conceder aumentos específicos a esta ou àquela classe, sabedor que a seu reboque milhares de outros cargos se beneficiariam do aumento.

Destarte, apesar da possibilidade de fixação de vencimentos iguais, para cargos de Poderes distintos, desde que respeitados os ditames do art. 39, §1º, da Lei Maior, é vedado o estabelecimento de regra que preveja reajuste automático a uma categoria, toda vez que a outra tiver seus vencimentos majorados.

Ademais, a estipulação de vencimento idêntico para cargos de Poderes diferentes não iguala todos os servidores em vencimentos e vantagens. Isso porque, em cada caso, pode haver diferenças específicas de função, condição de trabalho, tempo de serviço, grau de instrução, dentre outras, que desiguale os vencimentos finais, até porque cada servidor pode exercer as mesmas funções, mas em condições pessoais e até mesmo funcionais distintas, percebendo, assim, retribuições diferenciadas.

No que tange à possibilidade de se fixar os vencimentos dos servidores do Poder Legislativo por meio de resolução, tenho a considerar que nos termos do art. 37, X, c/c art. 51, IV e art. 52, XIII, todos da Constituição da República, a remuneração dos servidores públicos somente poderá ser fixada ou alterada por lei específica, devendo ser observada a iniciativa privativa para cada caso.

Vale dizer, no caso de servidores do Executivo, a iniciativa compete ao Chefe desse Poder, ao passo que, no que se refere aos cargos do Legislativo, a iniciativa para a fixação dos vencimentos cabe à Casa Legislativa, no presente caso, à Câmara Municipal.

Desse modo, a fixação e a alteração dos vencimentos dos servidores de cada Poder devem ser precedidas de lei específica, não se admitindo a edição de resolução para disciplinar o assunto.

Com essa assertiva, tenho por prejudicado o segundo questionamento, haja vista que as indagações do Consulente, nele contidas, encontram-se abarcadas pelas explanações tecidas com relação ao primeiro item.

84 ADI 603, voto do Rel. Min. Eros Grau, j. 17-8-2006, DJ de 6-10-2006.

85 Processo 886297 – Rel. Conselheiro Cláudio Couto Terrão – Sessão 20/03/2013

Portanto, a eventual fixação de vencimentos iguais para servidores que exerçam cargos similares em Poderes diferentes é uma opção legislativa, mediante a apresentação de projeto de lei pelo ente detentor da iniciativa legislativa, desde que respeitadas as disposições do art. 39, §1º, da CR/88.

Nesse particular, o Supremo Tribunal Federal, a vista de sua reiterada jurisprudência no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia, publicou, em 24/10/2014, a Súmula Vinculante n.º 37, com o seguinte verbete: **“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”**.

Aliás, em recentíssimo julgado, o STF assim se pronunciou acerca do tema:

Não constitui demasia observar que a reserva de lei – consoante adverte JORGE MIRANDA (“Manual de Direito Constitucional”, tomo V/217-220, item n. 62, 2ª ed., 2000, Coimbra Editora) – traduz postulado revestido de função excludente, de caráter negativo (que veda, nas matérias a ela sujeitas, como sucede no caso ora em exame, quaisquer intervenções, a título primário, de órgãos estatais não legislativos), e cuja incidência também reforça, positivamente, o princípio que impõe à administração e à jurisdição a necessária submissão aos comandos fundados em norma legal, de tal modo que, conforme acentua o ilustre Professor da Universidade de Lisboa, “quaisquer intervenções – tenham conteúdo normativo ou não normativo – de órgãos administrativos ou jurisdicionais só podem dar-se a título secundário, derivado ou executivo, nunca com critérios próprios ou autônomos de decisão” (grifei). **Não cabe, pois, ao Poder Judiciário atuar na anômala condição de legislador positivo** (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765 – RTJ 161/739-740 – RTJ 175/1137, v.g.), **para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento**. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.

Não foi por outro motivo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar proposta de súmula vinculante consubstanciadora desse entendimento (PSV 88), veio a aprová-la, editando a Súmula Vinculante 37, publicada no DOU e no DJe nº 210, ambos de 24/10/2014, cujo enunciado possui o seguinte conteúdo: **“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.”** (grifei) **É importante observar que esse enunciado sumular, hoje constitucionalmente impregnado de eficácia vinculante (CF, art. 103-A, “caput”), resultou de antiga e consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, anteriormente consagrada na Súmula 339/STF** (RE 700.001/SE, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 776.118/SE, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 780.537/SE, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 781.255/SE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.).⁸⁶ (grifos e negritos nossos)

86 ARE 952851 Agr, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 6.2.17, DJe 13.3.2017

Em outro julgado, tratando-se dessa vez da equiparação de vencimentos de cargos distintos, assim entendeu a Corte Suprema:

Na espécie, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, manteve a sentença que determinara a equiparação de remuneração entre o cargo em comissão CJ-02 e a função comissionada FC-01, passando os Agravados a perceberem, como chefes de cartórios eleitorais, o valor correspondente ao cargo em comissão CJ-02. (...) Ao Poder Judiciário compete propor alterações de seus cargos e das funções ao Legislativo (art.96 da Constituição), ao qual cabe, se tanto deliberar, segundo processo constitucionalmente estabelecido, criar a norma legal com as mudanças propostas. (...) **Não pode o Poder Judiciário compelir o Legislativo a criar lei sobre equiparação de remuneração de servidor público, conduta constitucionalmente vedada. Tampouco cabe ao Judiciário a função de legislar, criando cargos ou equiparando remuneração de servidores públicos, para tanto se articulando com o princípio da isonomia**. Tal foi o que se deu na espécie, como anotado pela Agravante.⁸⁷ (grifos e negritos nossos)

Na mesma linha de raciocínio, forçosa também a conclusão de não comportar tal situação qualquer atuação do Ministério Público, já que esbarraria necessariamente na impossibilidade de obtenção de tutela jurisdicional, nos termos da Súmula Vinculante n.º 37.

Ademais, cumpre também registrar, que até mesmo a atuação legiferante não poderá se dar a pretexto de aplicação de isonomia, tendo em vista que a própria Constituição Federal veda a vinculação ou equiparação de vencimentos, nos termos do art. 37, XIII⁸⁸. Nesse sentido, vejamos julgado do STF:

Ressalto que, segundo pacificado no Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia, conforme preceitua o Enunciado nº 339 da Súmula desta Corte, **nem ao próprio legislador é dado, segundo o art.37, XIII da Constituição Federal, estabelecer vinculação ou equiparação de vencimentos**.⁸⁹ (grifamos)

B) Subsídio Diferenciado para Membros da Mesa Diretora da Câmara de Vereadores:

Em relação ao item “b” da consulta - parecer acerca da diferença de salários entre os vereadores ocupantes das mesas de direção -, o CAOPP já externou seu posicionamento sobre a matéria, ao responder à Consulta n.º 189/2011, em 18 de novembro de 2011, formulada pela órgão de execução ministerial de Ibiá.

Em consonância com a doutrina e jurisprudência aplicáveis, firmou-se entendimento pela impossibilidade de se fixar subsídios diferenciados para os vereadores membros da Mesa Diretora, incluído o Presidente da Câmara Municipal.

87 ARE 742574 ED, Relatora Ministra Carmem Lúcia, Segunda Turma, DJe 16.03.2015

88 Art.37 (...), XIII – é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público.

89 ARE 762806 AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 18/09/2013.

Tal proibição, inclusive, deu ensejo à edição, pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, da Súmula 63, ratificada no D.O.C. de 07/04/2014, cujo teor transcrevemos:

O subsídio dos Vereadores, incluído o dos membros da mesa diretora, será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. (grifos nossos)

De outra banda, cumpre ressaltar ser possível o ressarcimento, a título de indenização, das despesas que, excepcionalmente, o vereador tenha necessidade de realizar, devido a atividades contingenciais no exercício do cargo, desde que devidamente comprovadas em regular processo de prestação de contas⁹⁰.

3 Conclusão

Diante de todo o exposto, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, conclui este Centro de Apoio Operacional:

1) o art.37, inciso XII, da Constituição Federal não prevê isonomia de vencimentos entre servidores que ocupem cargos similares em poderes ou órgãos públicos diferentes;

2) não compete ao Poder Judiciário aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia, conforme inclusive disciplina a **Súmula Vinculante n.º 37**;

3) nos termos do que dispõe o art. 39, parágrafo 4º, da Constituição Federal, não se admite a fixação de subsídio diferenciado para membros da Mesa Diretora da Câmara de Vereadores, já tendo inclusive o Tribunal de Contas de Minas Gerais, a respeito, editado a **Súmula 63**, ratificada no D.O.C. de 07/04/2014.

Remeta-se cópia da presente Nota Jurídica ao órgão de execução solicitante, com posterior arquivamento do presente expediente.

Belo Horizonte, 3 de maio de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador CAOPP

NOTA JURÍDICA N.º 19/2017

PAAF n.º 0024.17.002648-8

Consulta da 3ª Promotoria de Justiça de Três Pontas

Ementa – Remuneração de serviço público concedido (concessão) -Instituição de Tarifa – Hipóteses de Majoração – Manutenção do Equilíbrio Econômico-Financeiro - Edição de lei municipal prevendo impedimento para exercício do cargo de secretário municipal. Autonomia política/administrativa do ente municipal. Possibilidade. Situações de impedimento do secretário do município de praticar ato administrativo capaz de produzir efeito na contratação de empresa da qual integra o quadro societário, quando preexistente à sua assunção ao mencionado cargo público. Impedimento de empresa, cujo integrante de seu quadro societário ascendeu ao cargo de secretário municipal, de participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários, no âmbito da respectiva administração pública municipal.

1 Relatório

O presente expediente foi instaurado a partir de *e-mail* subscrito pela Promotora de Justiça de Três Pontas, Doutora Ana Gabriela Brito Melo Rocha, solicitando orientação deste centro de apoio operacional em relação à possibilidade de Secretário daquele município ser sócio de concessionária de transporte público coletivo, beneficiada recentemente com a majoração da tarifa cobrada pela prestação de tal serviço.

2 Fundamentação

Sob a perspectiva utilitária, é sabido que a tarifa tem caráter instrumental na implementação de políticas públicas, merecendo, portanto, especial cuidado do poder concedente, uma vez que seu valor está necessariamente adstrito ou vinculado a duas condicionantes fundamentais: a justa remuneração do concessionário e a capacidade econômica do usuário.

O valor da remuneração do concessionário afere-se de forma objetiva, mediante a aplicação de fórmulas e cálculos matemáticos e financeiros, sendo fruto, basicamente, do somatório dos custos operacionais, mais parcela de amortização de investimentos, mais parcela destinada à constituição de reserva técnica e mais margem de lucro.

Já a capacidade econômica do usuário decorre da aferição de sua condição socioeconômica.

90 Consulta TCEMG n.º 747.263/2009.

Pode-se dizer, então, que o controle da tarifa está inserto no rol das atividades de interesse público, uma vez que a sua variação (majoração, redução ou mesmo supressão pela modificação do regime de prestação do serviço) é decisiva para determinar o grau e o alcance de fruição do serviço por parte dos usuários e a própria regularidade e continuidade da sua prestação.

O artigo 37, XXI, da Constituição Federal, ao disciplinar a obrigatoriedade do procedimento licitatório, prescreve que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta”.

Essa referência a “mantidas as condições efetivas da proposta” tornou obrigatória a criação de um sistema legal de preservação da margem de lucro do contratado, denominado equilíbrio econômico-financeiro.

A disciplina legislativa do tema consta da Lei n.º 8.666/93 (arts. 57, § 1º, e 65, II, *d*), da Lei n.º 8.987/95 (art. 9º, § 2º) e da Lei n.º 9.074/95 (art. 35).

No que se refere à equação econômico-financeira, esta pode ser conceituada como a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido e a remuneração pactuada, enquanto que a manutenção desse equilíbrio é um direito constitucionalmente tutelado do contrato, decorrendo do princípio da boa-fé e também da busca pelo interesse público primário, com fundamentos nas cláusulas *rebus sic stantibus* e *pacta sunt servanda*.

Em termos práticos, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro obriga o contratante a alterar a remuneração do contratado sempre que sobrevier circunstância excepcional capaz de tornar mais onerosa a execução. Assim, procura-se recompor a margem de lucro inicialmente projetada no momento da celebração contratual. Essa alteração remuneratória pode se dar mediante reajuste ou revisão.

Reajuste é a terminologia apropriada para denominar a atualização remuneratória do valor ante as perdas inflacionárias ou majoração dos insumos. Normalmente, as regras de reajuste têm previsão contratual e são formalizadas por meio de instituto denominado apostila.

Já a revisão ou recomposição são alterações no valor efetivo da tarifa, quase sempre sem previsão contratual, diante de circunstâncias insuscetíveis de recomposição por reajuste.

Portanto, no reajuste é promovida uma simples atualização monetária da remuneração, ao passo que na revisão ocorre um aumento real no valor pago ao contratado por motivos sazonais.

Tecendo comentários sobre a imprevisibilidade necessária à revisão contratual, Maria Sylvania Di Pietro nos ensina:

[...] ficam claras as exigências de que se tratem de fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis; que esses fatos retardem ou impeçam a execução

do contrato e configurem álea econômica extraordinária ou extracontratual.

Aliada esta norma aos princípios já assentes em doutrina, pode-se afirmar que são requisitos para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pela aplicação da teoria da imprevisão, que o fato seja:

1. imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências;
2. estranho à vontade das partes;
3. inevitável;
4. causa de desequilíbrio muito grande no contrato.” (Direito administrativo. Atlas, p. 235)

Diógenes Gasparini, ao discorrer sobre a teoria da imprevisão, enfatiza o entendimento exposto:

Por essa teoria, fatos imprevisíveis, anormais, fora da cogitação dos contratantes e que tornam o cumprimento do contrato ruinoso para uma das partes criam um situação que não pode ser suportada unicamente pelo contratante prejudicado e impõem uma imediata revisão do ajuste. (Direito administrativo. Ed. Saraiva, p.262)

Conclui-se, desta forma, que a imprevisibilidade do ato (ou da sua consequência) que gerou o desequilíbrio do contrato é requisito essencial para que seja possível a revisão dos valores originalmente pactuados.

Em contato com a Central de Apoio Técnico – CEAT, visando buscar sugestões de meios de prova para verificação da real natureza da majoração da tarifa e sua regularidade, a coordenadora do setor contábil da CEAT, sempre solícita, operosa e comprometida com as demandas oriundas deste CAO, informou ser de bom alvitre requisitar ao município a planilha apresentada pela empresa de transporte coletivo para justificar a excepcionalidade da medida (nessa planilha deverão constar todos os itens discriminados com os valores da época da contratação e seus valores atuais), bem como cópia de toda a documentação que serviu de suporte para a empresa questionar a necessidade da alteração contratual (ex.: nota fiscal dos materiais, convenção coletiva de trabalho referente ao aumento do piso salarial dos motoristas/cobradores, etc.).

De posse de tais elementos, será então possível uma conferência contábil, identificando de fato a real extensão e natureza da majoração imposta ao valor da tarifa.

Não é demais lembrar que a defesa da alteração tarifária, com base apenas nos interesses do concessionário do serviço de transporte coletivo urbano, figura-se incompatível com o objetivo primordial e insubstituível de qualquer contrato administrativo, que é o interesse público.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento do TJMG no acórdão proferido nos autos do processo nº 1.0024.04.425490-2/002(1):

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO ORDINÁRIA - TRANSPORTE COLETIVO - CÂMARA DE COMPENSAÇÃO TARIFÁRIA - PRETENSÃO DE OBTER INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE PREJUÍZOS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE - DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO - IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS - MANUTENÇÃO -

IMPROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O reajuste de tarifas não pode atender apenas à vontade das prestadoras de serviços públicos de transporte, pois é uma atitude que envolve diversos interesses, principalmente, o de não inviabilizar a sua utilização pela população. Na permissão as condições de funcionamento podem e devem ser alteradas pelo Estado sempre que o interesse público exigir, já que os serviços públicos visam à consecução de pretensões da coletividade, não a satisfação de interesses pecuniários dos indivíduos ou de permissionárias.

Outrossim, devidamente comprovada a ilegalidade do ato normativo/administrativo que majorou a tarifa de transporte coletivo no município, absolutamente possível o ajuizamento de ação civil pública pelo *Parquet* visando a sua invalidação.

Por outro lado, no que se refere à noticiada situação fáctica de que secretário municipal seria sócio da empresa concessionária de transporte coletivo, inicialmente há que se perquirir o momento em que se efetivou a contratação da empresa de transporte coletivo: se antes ou depois da posse daquele agente político municipal.

Tendo a assunção ao cargo ocorrido após a consumação de tal contratação, evidente que o Secretário Municipal não deveria ter tomado posse, diante do disposto no artigo 82 da Lei Orgânica do município de Três Pontas (de 14 de outubro de 1990), cuja Emenda n.º 12/97 introduziu o parágrafo primeiro no referido artigo, estendendo aos Secretários Municipais e ao Procurador as hipóteses de impedimentos previstas para o Prefeito, senão vejamos:

Art. 82 – O Prefeito não poderá, sob pena de perda do cargo:

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com o Município, com suas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista ou com suas empresas concessionárias de serviços públicos, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que seja remissível “ad nutum”, nas entidades da alínea anterior, salvo mediante aprovação em concurso público, caso em que, após investidura, ficará automaticamente licenciado, sem vencimentos.

II - desde a posse:

a) ser proprietário, controlador ou diretor de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público municipal ou nela exercer função remunerada;

b) ocupar cargo ou função de que seja demissível “ad nutum”, nas entidades a que se refere o inciso I, alínea a;

c) patrocinar causas em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, alínea a;

d) ser titular de mais de um cargo ou mandato público eletivo.

§1º - Os impedimentos acima, se estendem aos Secretários e ao Procurador, no que forem aplicados. (Redação dada pela Emenda 012/97) – grifos nossos.

Como se percebe, há dispositivo claro na Lei Orgânica do Município de Três Pontas no sentido de não admitir que proprietários, controladores ou diretores de empresas que mantenham vínculo contratual com o poder público municipal, venham ascender ao importante e honroso cargo de secretário municipal.

Neste norte, encontrando-se tal dispositivo legal abarcado pelo feixe de competência política/administrativa do ente municipal, conclui-se facilmente ser absolutamente inadmissível a posse no cargo de Secretário Municipal de Três Pontas de proprietários, controladores ou diretores de empresas que mantenham vínculo contratual com o poder público municipal.

De outra banda, se o respectivo procedimento licitatório tiver sido deflagrado após o proprietário, controlador ou diretor já haver tomado posse como secretário municipal, dever-se-á, então, atentar-se para o disposto no artigo 9º, inciso III e § 3º da Lei de Licitações. *In verbis*:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

(...)

III – servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

(...)

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimento e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

O fundamento da vedação traduzida no dispositivo legal retro é a presunção de que o servidor do órgão contratante poderá obter informações que facilitem sua participação no certame, ocasionando o desequilíbrio entre os interessados na contratação de prestação de serviços, de fornecimento de bens ou de execução de obra. Restariam infringidos, assim, os princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da moralidade pública, dentre outros.

Nesse sentido está a doutrina de Marçal Justen Filho, em seus Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

Também não podem participar da licitação o servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Também se proíbe a participação de empresas cujos sócios, administradores, empregados, controladores, etc, sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes. Essa vedação reporta-se ao princípio da moralidade, sendo necessário pressuposto da lisura da licitação e contratação administrativas. A caracterização de participação indireta contida no § 3º aplica-se igualmente aos servidores e dirigentes do órgão.⁹¹

Inclusive, há precedente esclarecedor, oriundo do TCU, sobre o tema: “servidor efetivo ou investido em função na condição de agente público está impedido de participar, direta ou indiretamente, da licitação ou do fornecimento de bens necessários à Prefeitura.” (Processo n.º TC-005.742/2005-2. Acórdão n.º 3006/2006 – 2ª Câmara).

Veja-se que nem mesmo a condição de servidor licenciado afasta o impedimento previsto no dispositivo em comento, conforme decisão do STJ que assim já entendeu: “[...] não pode participar de procedimento licitatório, a empresa que

91 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 5ª edição, p. 111.

possuir em seu quadro de pessoal, servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação (Lei nº 8.666/93, artigo 9º, inciso III). O fato de estar o servidor licenciado, à época do certame, não ilide a aplicação do referido preceito legal, eis que não deixa de ser funcionário o servidor em gozo de licença.” (STJ, 1ª Turma, Resp n.º 254115/SP. Registro n.º 200000323780. DJ 14 ago. 2000. p. 154 e RESP n.º 467871/SP. Registro n.º 200201273861. DJ 13 out. 2003. p. 233).

Finalmente, apesar de não ter sido objeto específico da consulta, cumpre, ainda, a este centro de apoio operacional manifestar-se a respeito de uma situação pertinente ao tema em apreço e que, por certo, mais cedo ou mais tarde, poderá vir a ser demandada por órgãos de execução ministerial, qual seja, quando a legislação municipal não prevê vedação de ascensão ao cargo de secretário municipal por proprietários, controladores ou diretores de empresas que já mantenham vínculo contratual com o poder público municipal.

Mais diretamente: já existindo o vínculo contratual entre a empresa e o ente público municipal e não havendo previsão na legislação municipal de vedação à nomeação, como se resolveria a situação na hipótese de um dos integrantes do quadro societário desta empresa ascender ao cargo de secretário municipal?

Ora, como já discorrido na Nota Jurídica n.º 14/2017 (expedida por este centro de apoio operacional em 27 de março de 2017), é inconteste que à administração pública compete, antes de agir concretamente na aplicação da lei, expedir uma declaração de vontade anunciando a decisão adotada.

Essa declaração de vontade do Estado, anunciando a decisão adotada, denomina-se **ato administrativo**.

Enquanto no Estado de Polícia temos apenas a vontade da administração pública e a ação concreta adotada, no Estado de Direito há a vontade da administração pública, o ato administrativo (anúncio da decisão adotada) e a ação concreta.

Ou melhor, antes de adotar qualquer atuação material, a administração pública tem que expedir previamente o ato administrativo, de forma a possibilitar o salutar controle sobre seus atos, exigido em um estado democrático de direito.

Veja-se que o ato administrativo é expedido no exercício da função administrativa:

- a) provém do Estado ou de quem esteja investido em prerrogativas estatais.
- b) está sob a regência do direito público;
- c) deve visar sempre à produção de efeitos jurídicos de interesse público, que são os fins almejados pelo Estado.
- d) está sujeito ao controle jurisdicional.

e) tem caráter infralegal (papel secundário, complementar aos comandos da lei, mas ao mesmo tempo está sujeito a lei).

f) tem como finalidade produzir efeitos jurídicos.

Em suma, é uma espécie de ato jurídico, ou seja, é um ato jurídico típico do Direito Administrativo, por meio do qual o agente (sujeito) está investido de prerrogativas públicas e o objeto mostra-se preordenado a determinado fim de interesse público.

Por sua vez, a Lei de Processo Administrativo – Lei n.º 9.784/1999 assim dispõe acerca das hipóteses expressas de impedimento:

Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I – tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II – tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrerem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III – esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

E tratando deste dispositivo legal, com muita propriedade nos ensina Carvalho Filho⁹²:

Registre-se que as situações que constituem os impedimentos não acarretariam, em tese, a incapacidade do administrador, como sucede também com o juiz, que, em certas ocasiões, poderia ter imparcialidade para julgar. Não obstante, a lei prefere não correr o risco e enumera expressamente os casos que, pela só ocorrência, rendem ensejo ao impedimento do agente. Tais casos estão arrolados no art. 18 da lei.

Desta feita, alicerçado nos princípios que norteiam a administração pública, especialmente os da legalidade, da impessoalidade, da eficiência e da moralidade, permite-se afirmar que todo secretário municipal está impedido de, no exercício das funções públicas de seu cargo, praticar atos administrativos que produzam efeitos na contratação administrativa de empresas das quais seja integrante de seu quadro societário, preexistente à sua assunção àquele honroso cargo, bem como em processos judiciais e/ou administrativos em que o município e mencionada empresa figurem como partes.

3 Conclusão

Diante de todo o exposto e respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, conclui este centro de apoio operacional que:

3.1) detêm o município autonomia política/administrativa para editar lei prevendo impedimento no sentido de não admitir que proprietários, controladores ou diretores de empresas que mantenham vínculo contratual com o poder público municipal venham a ascender ao honroso cargo de secretário municipal;

⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Processo Administrativo Federal*. Comentários à Lei nº 9.784, de 29/01/1999, Lúmen Juris, 4ª ed., 2009, p. 146.

3.2) na hipótese de não haver na legislação municipal previsão do impedimento de que trata o item anterior, em respeito aos princípios que norteiam a administração pública, especialmente os da legalidade, da impessoalidade, da eficiência e da moralidade, está o Secretário Municipal impedido de, no exercício das funções públicas de seu cargo, praticar atos administrativos que produzam efeitos na contratação administrativa de empresas das quais seja integrante de seu quadro societário, preexistente à sua assunção àquele honroso cargo, bem como em processos judiciais e/ou administrativos em que o município e a mencionada empresa sejam partes.

3.3) nos termos do art. 9º, inc. III e parágrafo 3º, da Lei n.º 8.666/93, está impedida de participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários, no âmbito da administração pública municipal, a empresa que tenha como um dos integrantes do seu quadro societário, pessoa ocupante do cargo de Secretário Municipal.

Remeta-se cópia da presente peça ao órgão de execução solicitante, com posterior arquivamento do respectivo PAAF.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO - Patrimônio Público

