



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Procedimento Administrativo n.º: 0024.13.007912-2

Representante: Luis Gustavo Patuzzi Bortoncello

Representado: Município de Padre Carvalho

Objeto: Inconstitucionalidade de dispositivos de Leis Municipais

Espécie: recomendação (que se expede)

Leis Municipais. Anexo. Cargos comissionados. Inexistência de relação de confiança. Desvirtuamento quanto às atribuições de chefia, direção e assessoramento. Inconstitucionalidade.

Excelentíssimo Prefeito do Município,

1. Preâmbulo

O presente expediente foi instaurado no âmbito desta Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade em razão de representação feita pelo Promotor de Justiça atuante na Comarca de Salinas, para fins de verificação de eventual inconstitucionalidade da legislação municipal que versa sobre a criação de cargos comissionados no âmbito do Município de Padre Carvalho.

Constatada a inconstitucionalidade de dispositivos das Leis n.ºs 229/2011 e da Lei n.º 255/2013, esta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade, antes de utilizar a via do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade da lei perante o Tribunal de Justiça, resolve expedir a presente RECOMENDAÇÃO a Vossa Excelência, objetivando, com isso, que o próprio Poder elaborador das normas impugnadas dê solução ao caso, exercendo seu poder de autocontrole da constitucionalidade, tudo nos termos a seguir.

Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade
Rua Dias Adorno, n.º 367/9º andar
Santo Agostinho - Belo Horizonte - MG



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2. Da fundamentação

2.1 DOS TEXTOS LEGAIS IMPUGNADOS

Eis o teor dos dispositivos eivados de inconstitucionalidade.

Lei n.º 229, de 30 de dezembro de 2011.

[...]

Art. 25 - A função gratificada se destina a remunerar encargos especiais que não justifiquem a criação de um novo cargo efetivo ou comissionado, mas exijam do servidor maiores responsabilidades e atribuições, no percentual entre 10% (dez por cento) e 100% (cem por cento) a critério do Chefe do Executivo, cuja base de cálculo será o vencimento mensal do servidor.

[...]

Lei Municipal n.º 255, de 09 de setembro de 2013.

Art. 1º - Fica alterado os Anexos II e IV CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO MODALIDADE DE RECRUTAMENTO AMPLO, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Anexo II

Cargos de Provimento em Comissão
Modalidade de Recrutamento: Amplo

| Denominação do Cargo | Código dos Cargos | Número dos Cargos | Símbolo de Vencimento |
|-----------------------------|--------------------------|--------------------------|------------------------------|
| [...] | | | |
| Procurador Jurídico | PJ | 01 | CC-XI |
| Assessor Jurídico | AJ | 01 | CC-X |
| Assessor Contábil | AC | 01 | CC-IX |
| Diretor de Gabinete | DG | 01 | CC-VIII |
| Diretor de | DDEI | 02 | |



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

| | | | |
|---|---------|----|--------|
| Departamento I: | | | |
| _ Gestão de Recursos Humanos | DDEIGRH | 01 | CC-VII |
| _ Serviços Gerais Administrativos | DDISGA | 01 | CC-VII |
| Coordenação Atensão Básica | CAB | 02 | CC- VI |
| Controlador Interno | CI | 01 | CC-V |
| Pregoeiro Oficial | PO | 01 | CC-V |
| Diretor de Departamento II: | DDEII | 08 | |
| - Técnico de Agricultura | DDIIAGR | 01 | CC-V |
| - Compras e Almoxarifado | DDIICA | 01 | CC-V |
| - Contabilidade | DDIIC | 01 | CC-V |
| - Transporte | DDIIT | 01 | CC-V |
| - Vigilância Sanitária | DDIIVS | 01 | CC-V |
| - Assistência de Saúde à Família | DDIIASF | 01 | CC-V |
| -Desenvolvimento Social e Cidadania | DDIIDSC | 01 | CC-V |
| [...] | | | |
| Chefe de Divisão | CDEI | 01 | |
| _ Tributos | CDEIT | 01 | CC-IV |
| Vice Diretor Escolar | VDE | 01 | CC-III |
| Chefe de Seção | CS | 12 | |
| - Limpeza Urbana | CSLU | 01 | CC-II |
| - Desenvolvimento Urbano | CSDE | 01 | CC-II |
| - Desenvolvimento Rural | CSDR | 01 | CC-II |
| - Manutenção de Veículos, Máquinas e Equipamentos | CSMVME | 01 | CC-II |
| - Apoio ao Cidadão | CSAP | 01 | CC-II |



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

| | | | |
|-----------------------------------|-------|-----------|-------|
| - Suprimentos | CSS | 01 | CC-II |
| - Processamento de Dados | CSPD | 01 | CC-II |
| - Almoxarifado | CSA | 01 | CC-II |
| Controle de Frotas | CSCF | 01 | CC-II |
| - Patrimônio | CSP | 01 | CC-II |
| - Gestão de Contratos e Convênios | CSGCC | 01 | CC-II |
| - Esporte Amador | CSEP | 01 | CC-II |
| Assessor de Secretaria | AS | 14 | CC-1 |
| Total | | 56 | |

Anexo II-A

[...]

Atribuições

I - Cargos de Provimento em Comissão

[...]

2 - PROCURADOR JURÍDICO E ASSESSOR JURÍDICO

2.1 - OBJETIVO: Prestar assessoramento e apoio ao Prefeito e à Administração Pública Municipal em matéria de natureza técnica, legal e jurídica, bem como planejar, executar, coordenar e controlar as atividades relativas ao desenvolvimento, interpretação e aplicação de legislação; desempenhar tarefas afins.

2.2 - ESCOLARIDADE: Superior Específico

2.3 - RECRUTAMENTO: Amplo

2.4 - PECULIARIDADE: Cargo de provimento exclusivo de profissional com formação Superior em Direito, com registro no órgão de classe.

3 - CHEFE DE DEPARTAMENTO I E II:

3.1 - OBJETIVO: Implantar, dirigir, avaliar, controlar e executar projetos, planos, programas e atividades e ações inerentes à sua área de atuação; desempenhar tarefas afins.

3.2 - ESCOLARIDADE: Livre

3.3 - RECRUTAMENTO: Amplo.

4- Chefe de Gabinete:

Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade
Rua Dias Adorno, n.º 367/9º andar
Santo Agostinho - Belo Horizonte - MG



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

4.1 - OBJETIVO: Atuar como elemento de ligação entre o Prefeito e os demais órgãos da Administração, bem como, coordenar e executar a programação de audiências, reuniões, atividades de representação social de interesse do Prefeito; desempenhar tarefas afins.

4.2 - ESCOLARIDADE: Livre

4.3 - RECRUTAMENTO: Amplo

5 - DIRETOR:

5.1 - OBJETIVO: Planejar, organizar, formular, dirigir, supervisionar e coordenar as políticas, diretrizes, planos e programas de governo bem como avaliar e controlar a execução de atividades inerentes à sua área de atuação; desempenhas tarefas afins.

5.2 - ESCOLARIDADE: Livre

5.3 - RECRUTAMENTO: Amplo

6 - ASSESSOR:

6.1- OBJETIVO: Prestar assistência e assessoramento direto e imediato à autoridade superior, em assuntos inerentes à sua área de atuação, bem como planejar, coordenar e executar trabalhos específicos; desempenhar tarefas afins;

6.2 - ESCOLARIDADE: Livre

6.3- RECRUTAMENTO: Amplo

[...]

8 - CHEFE DE DIVISÃO E SEÇÃO

8.1 - OBJETIVO: Avaliar, controlar e executar, projetos, planos, programas, atividades e ações inerentes à sua área de atuação; desempenhar tarefas afins.

8.2 - ESCOLARIDADE: LIVRE

8.3 - RECRUTAMENTO: Amplo

9 - DIRETOR DO CONTROLE INTERNO:

9.1 - OBJETIVO: Realizar atividades de grande responsabilidade no setor de controle interno do município, dando suporte técnico na execução dos serviços administrativos, prestação contas e planejamento orçamentário.

9.2 - ESCOLARIDADE: Ensino Médio

9.3 - RECRUTAMENTO: Amplo



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2.2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A REGRA DO CONCURSO PÚBLICO
PARA ADMISSÃO DE SERVIDORES E SOBRE AS EXCEÇÕES ADMITIDAS

Consoante se infere do inciso II do artigo 37 da Constituição da República, regra geral, o acesso a determinados cargos públicos dá-se com a necessária realização de concurso público. Outrossim, infere-se do mesmo dispositivo legal exceção a tal exigência, a saber, a nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Senão, veja-se:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

A seu turno, a Constituição do Estado de Minas Gerais, no §1º do artigo 21 e no *caput* do artigo 23, reproduz o disposto no inciso V do artigo 37 da Constituição Federal:

Art. 21 - Os cargos, funções e empregos públicos são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.

§ 1º - A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

[...]



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 23 - As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. (*caput* com redação dada pelo art. 5º da Emenda à Constituição nº 49, de 13.06.2001.) (grifo nosso)

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

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.¹

Ademais, a Suprema Corte brasileira já manifestou o seguinte entendimento:

O provimento de cargos públicos tem sua disciplina traçada, com vigor vinculante, pelo constituinte originário, não havendo que se falar, nesse âmbito, em autonomia organizacional dos entes federados.²

Ante o exposto, depreende-se que as hipóteses para provimento em comissão, previstas nas Leis Complementares ora vergastadas, burlaram a exigência constitucional do concurso para acesso ao serviço público.

2.3 LEI MUNICIPAL E ANEXOS. CARGOS COMISSONADOS. INEXISTÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES CONCERNENTES À CHEFIA, ACESSORAMENTO E DIREÇÃO. PRESCINDIBILIDADE DO REQUISITO DE CONFIANÇA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF.

Avulta da Lei n.º 255/2013, do Município de Padre Carvalho, que, para os cargos de *Procurador Jurídico, Assessor Jurídico, Assessor Contábil, Diretor de*

¹ *Apud* BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1401p. p.388.

² STF, RTJ 154/45.



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete, Diretor de Departamento I de: Gestão de Recursos Humanos e Serviços Gerais Administrativos; Coordenação Atenção Básica, Controlador Interno, Pregoeiro Oficial, Diretor de Departamento II de: Técnico de Agricultura, Compras e Almoxarifado, Contabilidade, Transporte, Vigilância Sanitária, Assistência de Saúde à Família, Desenvolvimento Social e Cidadania; Chefe de Divisão de Tributos, Vice Diretor Escolar, Chefe de Seção de: Limpeza Urbana, Desenvolvimento Urbano, Desenvolvimento Rural, Manutenção de Veículos, Máquinas e Equipamentos, Apoio ao Cidadão, Suprimentos, Processamento de Dados, Almoxarifado, Controle de Frotas, Patrimônio, Gestão de Contratos e Convênios e Esporte Amador; não se vislumbram atribuições concernentes às funções de assessoria, chefia ou direção, tampouco o vínculo de confiança entre os nomeados e a autoridade nomeante, requisito essencial aos cargos de provimento em comissão.

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

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

Não se pode olvidar que constitui uma das principais características dos cargos em comissão a livre nomeação e exoneração dos servidores



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comissionados. Assim assevera Jessé Torres Pereira Júnior, citando Celso Antônio Bandeira de Mello:

Quanto ao cargo em comissão, preleciona que 'quer unicamente dizer que é predisposto a receber ocupante que nele não obterá fixidez. Sua permanência será sempre instável... é possível que alguém continue indefinidamente em um cargo em comissão — bastando para tanto que nunca seja desligado dele pela autoridade superior a cuja confiança deva responder —, sem que com isto ganhe qualquer direito à persistência no cargo. Juridicamente, o cargo em comissão não comporta qualquer garantia de permanência porque é de confiança. O que pode ocorrer é a sucessão de autoridades que considerem o ocupante de cargo em comissão como de confiança e por isso o mantenham nele.³

Portanto, parte dos cargos enumerados na Lei Municipal n.º 255/2013, que altera os Anexos II e IV da Lei n.º 229/2011, do Município de Padre Carvalho, afastaram-se dos direcionamentos doutrinários mais abalizados, segundo os quais:

No que respeita aos cargos em comissão, a Emenda 19 adotou uma segunda ordem de providência, cuja finalidade, intui-se, é a de conter a multiplicação desses cargos em todos os níveis da organização administrativa. Doravante, os cargos em comissão devem corresponder tão-só a atribuições de direção, chefia e assessoramento. Isto é, aos cargos em comissão estará reservado o nível decisório da hierarquia administrativa. Mais uma razão para que seus ocupantes sejam profissionais qualificados e conhecedores dos misteres da atividade administrativa pública. Serão os responsáveis pela pertinência das decisões de política administrativa do serviço público, com sustentação técnica.⁴

E mais:

³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 503p. p. 89.

⁴ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 503p. p. 91.



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O titular de cargo em comissão mantém vínculo profissional e funcional temporário com as atribuições do cargo; são dirigentes e assessores cuja investidura durará enquanto for íntegra a relação de confiança que gerou o comissionamento; exaurida a relação, são exoneráveis ao critério da autoridade competente.⁵

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

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, II E V. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. LEI 15.224/2005 DO ESTADO DE GOIÁS. INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, tais como os cargos de Perito Médico-Psiquiátrico, Perito Médico-Clínico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação. Ofensa ao artigo 37, II e V da Constituição Federal. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV do art. 16-A da lei 15.224/2005 do Estado de Goiás, bem como do Anexo I da mesma lei, na parte em que cria os cargos em comissão mencionados.⁶ (Grifos nossos)

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

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

⁵ ob. cit. p. 89.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.602/GO. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. J. 14/4/2011. DJ 7/6/2011.



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Ressalto que o Supremo Tribunal Federal tem interpretado essa norma constitucional do art. 37, II como exigência de que a exceção à regra do provimento de cargos por concurso público só se justifica concretamente com a demonstração - e a devida regulamentação por lei - de que as atribuições de determinado cargo sejam mais bem atendidas por meio do provimento em comissão, no qual se exige a relação de confiança entre a autoridade competente para efetuar a nomeação e o servidor nomeado (ADI 1.141, tel. Min, Ellen Gracie, Pleno DJ de 29.08.2003; ADI 2.427-MC, rel. min. Nelson Jobim, Pleno DJ de 08.08.2003; ADI 1.269/MC, rel. min. Carlos Velloso, DJ de 25.08.1995). Esse entendimento já se consolidara sob a vigência da Constituição anterior (Rp 1.368, rel. min. Moreira Alves, Pleno, j. 21.05.1987; Rp 1.282, rel. min. Octavio Gallotti, Pleno, j. 12.12.1985). Em síntese, a lei 15.224/2005 do estado de Goiás, em relação aos dispositivos ora impugnados, viola o art. 37, II e V da Constituição federal de 1988 porque criou cargos em comissão: (i) que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção; e (ii) que não demandam relação de confiança típica dos cargos de provimento em comissão.⁷ (Grifos nossos)

Não basta, portanto, para a adequação constitucional, que o nome deste ou daquele cargo remeta a funções que exijam especial confiança, necessário é que as atribuições reflitam essa natureza. Nesse sentido o Egrégio Órgão Especial do Tribunal do Rio Grande do Sul assim decidiu:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CARGOS EM COMISSÃO. LEI MUNICIPAL 349/2008, DE SÃO FRANCISCO DE ASSIS. Ainda que os cargos criados através da referida Lei tenham o nome de Chefe, Diretor, Supervisor ou de Coordenador, certo é que são, por sua natureza, cargos de provimento efetivo e que, por isso, deveriam ser providos por meio de concurso público. O simples nome dado ao cargo não o transmuda em cargo em comissão. Atribuições meramente técnicas ou burocráticas não se harmonizam

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.602/GO. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. J. 14/4/2011. DJ 7/6/2011.



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

com a função de chefia, assessoramento ou direção, ínsita aos cargos em comissão em razão do conteúdo do texto constitucional. Violação da regra do art. 32, caput, da Constituição Estadual. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROCEDENTE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 70028725281, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flores de Camargo, Julgado em 17/08/2009)

Do voto do ilustre Desembargador-Relator José Aquino Flôres de Camargo daquele Tribunal, destaca-se:

Ainda que muitos desses cargos criados possuam o nome de Chefe, Assessor ou de Coordenador, certo é que são, por sua natureza, são cargos efetivos e que, por isso, devem ser providos por meio de concurso público. Em outras palavras: o simples nome dado ao cargo não o transmuda em cargo em comissão. Vale salientar que atribuições meramente técnicas ou burocráticas não se harmonizam com a função de chefia, assessoramento ou direção, ínsita aos cargos em comissão em razão do conteúdo do texto constitucional.

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

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ART. 1º E DO ART. 2º, AMBOS DA LEI Nº. 1.450, DE 27 DE JANEIRO DE 2005 - CONSELHEIRO TUTELAR - ALÍNEA 'B', INCISO I, DO ART. 24; ALÍNEAS 'B', 'E' E 'G', INCISO IV, DO ART. 24; ALÍNEA 'B', INCISO V, DO ART. 24; ALÍNEAS 'G' E 'H', INCISO VII, DO ART. 24; ALÍNEAS 'D', 'E', 'F', 'G' E 'H', INCISO VIII, DO ART. 24, OBSERVANDO-SE, INCLUSIVE O ERRO MATERIAL CONSISTENTE NA REPETIÇÃO DOS CARGOS; DAS ALÍNEAS 'C' E 'D', INCISO X, DO ART. 24; E DA ALÍNEA 'B', INDEVIDAMENTE GRAFADA COMO ALÍNEA 'A', INCISO XII, DO ART. 24; TODOS DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº. 1.781, DE 16 DE SETEMBRO DE 2010, AMBAS DO MUNICÍPIO DE ILICÍNEA - FUNÇÕES MERAMENTE TÉCNICAS - PROVIMENTO ATRAVÉS

Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade
Rua Dias Adorno, n.º 367/9º andar
Santo Agostinho - Belo Horizonte - MG



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DE CONCURSO PÚBLICO - CARGOS EM COMISSÃO - IMPOSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADES DECLARADAS. O Conselheiro Tutelar é agente público que, apesar de prestar serviço público relevante, cuidando da defesa de direitos e da proteção da criança e do adolescente, não pode ser considerado ocupante de cargo comissionado, por não desempenhar função de direção, chefia e assessoramento. **Os cargos mencionados na Lei Complementar Municipal nº 1.781, de 16 de setembro de 2010, do Município de Ilicínea, todos denominados Chefes de Divisão, cujas atribuições estão previstas no artigo 22, da referida Lei Complementar Municipal, não podem ser considerados como de direção, chefia e assessoramento, sendo funções meramente técnicas.** Assim, referidos cargos devem ser providos por concurso público. Procedência dos pedidos que se impõe.⁸ (grifos nossos)

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Leis complementares que criam cargos em comissão. Violação aos artigos 21, § 1º e 23, da Constituição do Estado de Minas Gerais. Eleição para provimento de cargos de diretores de escolas municipais. Atribuição exclusiva do chefe do Poder Executivo. Inconstitucionalidade. **Os cargos em comissão, forma excepcional de provimento de cargos da Administração Pública, são utilizados para funções de chefia, direção e assessoramento, sendo vedado ao Município criar cargos comissionados para a realização de atividades meramente técnicas ou burocráticas, sob pena de se ofender aos princípios da moralidade e impessoalidade que norteiam o serviço público.** É competência privativa do Chefe do Poder Executivo o provimento de cargos em comissão de diretor de escola pública, sendo vedado o processo eleitoral ou seletivo para o seu provimento.⁹

Assim, para que a lei criadora de um cargo em comissão não venha a se constituir em burla ao princípio constitucional enunciado expressamente pelo artigo 37, incisos I e II, da Constituição da República, deverá observar criteriosamente a natureza das funções a serem desempenhadas, pois, no dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello (O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade,

⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. ADI n.º 1.0000.12.061478-9/000. Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel. Julgamento em 24.4.2013. DJ de 17.5.2013.

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.0000.10.017509-0/000 – Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos – j. 22/6/2011 - DJ 22/7/2011.



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Editora Revista dos Tribunais, 1.^a edição, pág. 49), “*impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo*”.

É incontestável que os cargos anteriormente relacionados, não se apresentam como cargos ou funções da administração superior, ou mesmo de “direção, chefia e assessoramento”, que exijam relação de confiança ou especial fidelidade às diretrizes traçadas pela autoridade nomeante, mas sim de cargos comuns, de natureza profissional, que devem ser assumidos em caráter permanente por servidores aprovados em concurso. **É o que revela, aliás, o rol das atribuições, definidas em termos deliberadamente genéricos** (como, por exemplo, “prestar assessoramento e apoio ao Prefeito”, “implantar, dirigir, avaliar”, “desempenhar tarefas afins”, etc.), para se encaixar, artificialmente, na moldura da autorização constitucional.

Ora, na lei que institui o cargo deve estar contida a discriminação das competências e a inserção dessa posição jurídica no âmbito da organização administrativa, determinando as regras que dão identidade e diferenciam a referida situação, o que possibilita verificar se tais características são próprias do cargo comissionado, e ainda, analisar se isso justifica a exceção à regra do concurso público:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 3.669/2007, DO MUNICÍPIO DE GARIBALDI. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DA ATRIBUIÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 32 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

A Lei nº 3.669, de 06 de junho de 2007, do Município de Garibaldi, ao criar o cargo de Assessor da Secretaria Municipal de Educação e Cultura, sem, ao menos, definir as atribuições que incumbem ao servidor que vier assumir o cargo e sem referir à qualificação técnica desejável, viola o art. 32, caput, da Constituição Estadual. Embora a justificativa ao Projeto de Lei nº 45/2007 contenha as razões do



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Prefeito Municipal para a criação do cargo, a descrição das tarefas que ali se encontra é por demais genérica e impede a ciência prévia das funções que irá efetivamente o servidor desempenhar. Dentro de um sistema constitucional no qual somente a lei formal e material é que pode restringir e limitar direitos e em que a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, as atribuições de um determinado cargo somente podem constar em lei, já que é apenas a lei e não as razões de seu projeto ou sua exposição de motivos que vinculam o administrador. Precedente desta Corte. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70020896692, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 26/05/2008).

Ademais, considerando a parca e genérica descrição das atribuições, tampouco há que se falar em fidúcia, atributo característico dos cargos em comissão, porque não existe, no exercício dos mencionados cargos, qualquer autonomia ou participação decisória frente ao Prefeito¹⁰.

Não se trata, portanto, de cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração, mas de cargos ou funções cujo provimento deve se dar por servidores efetivos, conforme comando constitucional (artigos 21, § 1º e 23, da Constituição Mineira).

A esse respeito, veja-se:

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.
NORMAS MUNICIPAIS. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO.
FUNÇÕES NÃO VINCULADAS À DIREÇÃO, CHEFIA OU
ASSESSORAMENTO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 23 DA CRFB E
ARTIGO 161, II, DA CEMG. INCONSTITUCIONALIDADE

¹⁰ Quanto à generalidade das atribuições, eis trecho da decisão proferida pelo Tribunal Mineiro na ADI n.º 1.0000.12.086798-1/000: “A generalíssima menção a "atividades de orientação" ou "atividades auxiliares" habilita-se a abarcar qualquer função pública, seja ela técnica, subalterna ou profissional, permitindo o desvirtuamento do modelo de ingresso no funcionalismo público, em clara ofensa à impessoalidade administrativa. Ademais, o fato de que a atribuição específica e efetiva do cargo será determinada, na prática, por outro agente público e não pela lei, já denota o caráter subalterno da função.” [TJMG-Rel. Márcia Milanez]



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECONHECIDA. O ordenamento constitucional estabelece que 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. Faz ressalva às nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Define, ainda, 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 (artigo 37, *caput* e incisos II e V, da CRFB; artigos 21, § 1º, e 23, *caput*, da CEMG). Alguns dos termos ou expressões contidos nas redações das leis municipais em comento poderiam até albergar vaga ideia de legitimidade constitucional (""Chefe"", ""Assessor"", ""Secretário""). Não obstante a nomenclatura de que se valem, criaram cargos maquiados de comissionados, sem lhes oferecer, contudo, exata, pormenorizada e clara atribuição de direção, chefia ou assessoramento. **Criaram cargos cujas atribuições, na verdade, são meramente técnicas, subalternas, operacionais, burocráticas, tais como a de coordenação, instrução, supervisão, auxílio, controle etc. Exemplos da rotina da Administração Pública municipal, que não revelam o requisito de confiança a ensejar o amparo constitucional.** De tal modo, por não se tratarem de atividades inerentes aos legítimos cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração, mas de cargos cujo provimento deve se dar por servidores efetivos, sua previsão legal, não obstante a nomenclatura utilizada, contrapõe-se ao princípio insculpido no artigo 37, II e V, da Constituição da República Federativa do Brasil, e no artigo 21, § 1º, da Constituição Estadual, que consagra como condição de acesso aos cargos públicos a prévia aprovação em concurso público.¹¹ (grifos nossos)

¹¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n.º 1.0521.10.011040-7/002. Rel. Des. Armando Freire. Julgamento em 8.8.2012. DJ de 31.8.2012.



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Especificamente sobre os cargos de **Procurador Jurídico e Assessor Jurídico**¹², vale transcrever o entendimento do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul:

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

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

¹² Em caso similar, **já decidiu o STF**: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 500, DE 10 DE MARÇO DE 2009, DO ESTADO DE RONDÔNIA. ERRO MATERIAL NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO PARCIAL REJEITADA. MÉRITO. **CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. INCONSTITUCIONALIDADE.**

1. Conhece-se integralmente da ação direta de inconstitucionalidade se, da leitura do inteiro teor da petição inicial, se infere que o pedido contém manifesto erro material quanto à indicação da norma impugnada.

2. A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da Constituição Federal. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos.

3. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes.

4. Ação que se julga procedente. [STF. ADI 4261 RO. Rel. Min. AYRES BRITTO. 02/08/2010]

Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade
Rua Dias Adorno, n.º 367/9º andar
Santo Agostinho - Belo Horizonte - MG



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na análise das atividades efetivamente desenvolvidas pelos servidores, não se encontram elementos capazes de justificar que tais atividades sejam exercidas por ocupantes de cargos em comissão, pois as mesmas não exigem um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes governamentais estabelecidas, tampouco uma lealdade pessoal à autoridade superior.

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

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

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

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

2.4 LEI MUNICIPAL. CARGOS EM COMISSÃO. NÃO PREVISÃO DE PERCENTUAL MÍNIMO A SER PREENCHIDO POR SERVIDORES DE CARREIRA. INCONSTITUCIONALIDADE.



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A par disso, cumpre ressaltar que a Emenda Constitucional n.º 19/98 alterou a redação do inciso V do artigo 37, suprimindo a regra segundo a qual os cargos de provimento em comissão deveriam ser exercidos preferencialmente por servidores de carreira. Segundo a nova redação, os cargos em comissão destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento e deverão ser preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei.

No mesmo sentido, estabelece o *caput* do art. 23 da Constituição do Estado de Minas Gerais que os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira *nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei*, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

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

A autoridade competente para nomear escolhe, observados os requisitos legais, o futuro servidor. Por essa forma são preenchidos os cargos de provimento em comissão, declarados, por lei, de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, da CF). A escolha não é absolutamente livre como era antes, pois tais cargos deverão ser preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei (art. 37, V, da CF) Tais cargos, nos termos desse inciso, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Dita lei será da competência de cada uma das entidades federadas (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município). (Grifo nosso)¹³

Idêntico é o posicionamento do professor José dos Santos Carvalho Filho:

¹³ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 7 ed., São Paulo : Saraiva, 2002, p. 183.



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O texto constitucional anterior estabelecia que os cargos em comissão e as funções de confiança deveriam ser exercidos **preferencialmente** por servidores ocupantes de cargos de carreira técnica ou profissional. A EC nº 19/98, da reforma do Estado, todavia, alterando o inciso V do art. 37, restringiu essa investidura, limitando o exercício o exercício de funções de confiança a servidores ocupantes de cargo efetivo e a investidura em cargos em comissão a servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, devendo as atribuições de tais funções e cargos destinar-se apenas à chefia, direção e assessoramento. A norma ora vigente limita a investidura, em cargos em comissão, de pessoas que não pertencem aos quadros públicos, com o que se procurará evitar tantos casos de imoralidade e nepotismo existentes em todos os setores da Administração. (Grifo nosso)¹⁴

Ocorre que não há, nos diplomas municipais, qualquer previsão do percentual mínimo de cargos comissionados que devem ser preenchidos por servidores de carreira. E mais. Do teor do Anexo que cria as atribuições dos cargos de provimento em comissão, é possível extrair que TODOS os cargos comissionados são de recrutamento amplo, em total afronta ao previsto constitucionalmente.

Impõe-se, destarte, a fixação de um percentual mínimo de cargos comissionados a serem providos por servidores de carreira, conforme exigência constitucional.

2.5 Lei Municipal que delega a concessão de gratificações ao arbítrio do Chefe do Executivo. Ofensa ao princípio da legalidade. Inconstitucionalidade.

Outro ponto da legislação municipal merece destaque. O art. 25 da Lei n.º 229/2011, confere ao Chefe do Poder Executivo local a faculdade de conceder, por mero ato administrativo, gratificações entre 10% a 100% dos vencimentos dos

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 475.



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

servidores, não estabelecendo qualquer parâmetro legal para que tais acréscimos sejam concedidos.

Sucedo que, por força do inciso X do art. 37 da CF, alterado pela EC n. 19/98, que, por simetria (art. 165, §1º, da CE), os Municípios também devem obediência, “a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por **lei específica**, observada a iniciativa privativa em cada caso (...)”

Ora, o princípio da reserva legal, exigência de lei em sentido estrito, é consectário da tripartição dos Poderes, imanente ao próprio Estado Democrático de Direito, não podendo ser olvidado.

Como bem assevera José dos Santos Carvalho Filho:

Remuneração é o montante percebido pelo servidor público a título de vencimentos e de vantagens pecuniárias. É, portanto, o somatório das várias parcelas pecuniárias a que faz jus, em decorrência de sua situação funcional.

[...]

A fixação do valor da remuneração dos servidores demanda a edição de lei, como afirmado peremptoriamente no art. 37, X, da Constituição, observada a iniciativa privativa em cada caso. No caso dos servidores do Executivo, a iniciativa compete ao Chefe desse Poder, como estabelece o art. 61, § 1º, II, “a” da CF. Para os membros e servidores do Judiciário, a iniciativa é dos Tribunais (art. 96, II, “b”, CF), e para os do Ministério Público é do respectivo Procurador-Geral (art. 127, § 2º, CF). Não havia anteriormente exigência de lei para a fixação dos vencimentos dos cargos administrativos do Legislativo, mas a EC nº 19/98, alterando os arts. 51, IV e 52, XIII, da CF, passou a exigir lei para tal fim, conferindo a cada Casa Legislativa, no entanto, o poder de iniciativa.”

(Manual de Direito Administrativo, 16ª ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 607) (destaque nosso).



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, o mero ato administrativo, a exemplo do decreto, tal como permitido pelo dispositivo municipal, não é ato normativo apropriado a fixar remuneração ou instituir vantagens, tais como gratificações ou adicionais, já que essas matérias devem ser reguladas por lei (CF, arts. 37, X, e 51, IV).

Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL QUE DISPÕEM SOBRE O REAJUSTE DA REMUNERAÇÃO DE SEUS SERVIDORES. RESERVA DE LEI.

I. (...)

II. REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. PRINCÍPIO DA RESERVA DE LEI. A Emenda Constitucional 19/98, com a alteração feita no art. 37, X, da Constituição, instituiu a reserva legal para a fixação da remuneração dos servidores públicos. Exige-se, portanto, lei formal e específica. A Casa Legislativa fica apenas com a iniciativa de lei. Precedentes: ADI-MC 3.369/DF, Relator Min. Carlos Velloso, DJ 02.02.05; ADI-MC 2.075, Relator min. Celso de Mello, DJ 27.06.2003. As Resoluções da Câmara Distrital não constituem lei em sentido formal, de modo que vão de encontro ao disposto no texto constitucional, padecendo, pois, de patente inconstitucionalidade, por violação aos artigos 37, X; 51, IV; e 52, XIII, da Constituição Federal.

III. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.” (ADI 3.306/DF, Relator Min. Gilmar Mendes, j. 17.03.2011). [grifo nosso]

“CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. C.F., art. 37, IX. Lei 4.957, de 1994, art. 4º, do Estado do Espírito Santo. Resolução n.º 1.652, de 1993, arts. 2º e 3º, do Estado do Espírito Santo. SERVIDOR PÚBLICO: VENCIMENTOS: FIXAÇÃO. Resolução n.º 08/95 do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. I. - [...]. III. - Os vencimentos dos servidores públicos devem ser fixados mediante lei. C.F., art. 37, X. Vencimentos dos servidores dos Tribunais: iniciativa reservada aos Tribunais: C.F., art. 96, II, b. IV. - Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

relativamente ao artigo 1º da Resolução n.º 1.652/93 da Assembléia Legislativa e julgada procedente, em parte.” (ADI 1500/ES; DJ: 16-08-2002; Rel. Min. Carlos Velloso, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, julgado em 09-06-2002) [grifo nosso]

E também do Tribunal do Rio Grande do Sul:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - RESOLUÇÃO Nº 1.818/2004 DA CÂMARA MUNICIPAL DE VEREADORES DE PORTO ALEGRE QUE CRIA A GRATIFICAÇÃO DE INCENTIVO À PRODUTIVIDADE E A GRATIFICAÇÃO LEGISLATIVA - OFENSA AO ARTIGO 37, X, DA CF/88 C/C OS ARTIGOS 8º, CAPUT, E 19, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. 1. Trata a espécie de ato de caráter normativo a partir da não-indivisão de servidores que seriam beneficiados com as gratificações de incentivo, assim permitindo o controle abstrato de constitucionalidade, o que afasta a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido por se tratar de ato com efeito concreto. Também não vinga o argumento de que a resolução impugnada, na condição de ato administrativo, goza de presunção de legitimidade, na linha de precedentes deste órgão fracionário. 2. Resolução impugnada que substitui a de nº 1.353/97 declarada inconstitucional no julgamento da ADIn nº 70005723044, mas que também contém vício de inconstitucionalidade material, por criar artificialmente gratificações de 47,6% e de 134% para os titulares de cargos de Assistente Legislativo IV, V e VI que tenham escolaridade de nível superior completo ou habilitação legal equivalente em detrimento dos demais. 3. Violação ao princípio da moralidade administrativa e da impessoalidade, bem como da legalidade remuneratória, ao fixar, através de mera resolução, vantagem pecuniária a servidor público em afronta à EC 19/98 que estabeleceu a necessidade de lei formal para a fixação de remuneração e seu reajuste, observada a iniciativa, mas sujeita à sanção do Executivo. PRELIMINARES REJEITADAS. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (Tribunal de Justiça do RS, Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70013982236, Rel. Des. João Carlos Branco Cardoso, j. 18-12-2006).



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Desse modo, a prática de se fixar ou alterar a remuneração de servidores por meios outros que não a lei formal não mais é tolerada juridicamente. Sobre esse assunto, a lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha é aclaradora:¹⁵

Note-se que na matéria ora cuidada a exigência constitucional de lei específica tanto se refere à definição inicial de valor da remuneração ou subsídio (fixação) quanto à definição posterior modificativa do valor inicialmente válido (alteração que se produzirá sempre no sentido do aumento, uma vez que prevalece no sistema o princípio da irredutibilidade da remuneração – art. 37, XV). Assim, os aumentos que eram dados por ordem telefônica, por decreto, inclusive decreto judiciário, como ocorria em pelo menos um Estado da Federação, e os aumentos por decisão colegiada interna de alguns órgãos quanto a seus membros e que eram publicados como Resoluções etc., são todos eles, e qualquer nova forma que se queira inventar, inconstitucionais e não pode produzir qualquer efeito.

Outrossim, a inconstitucionalidade ora apontada se ultima sobre outro aspecto. Com efeito, concessão de forma aleatória pelo Poder Executivo de gratificação entre 10% a 100% sobre os vencimentos dos servidores, sem o devido fator diferenciador quanto a execução de atividades peculiares e/ou condições anormais na prestação de serviço revela afronta aos princípios da isonomia/impessoalidade e moralidade administrativa (art. 13, CE).

O acréscimo patrimonial não deve ser concedido à luz de critérios subjetivos, pessoais e indiscriminados pela autoridade municipal, pois se encontra vinculada à natureza do serviço a ser desenvolvido, bem como ao desempenho de funções especiais.

Destarte, afigura-se que o dispositivo em apreço possibilita que por favorecimentos ou perseguições, ou pela incidência dos vícios do amiguismo, do

¹⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 289-90.



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fillhotismo ou do compadrio do aparelhamento, uns sejam aquinhoados com maiores percentuais da vantagem pecuniária que outros, a despeito da identidade objetiva de situações jurídicas, o que vai de encontro aos princípios da impessoalidade, razoabilidade, moralidade e eficiência, constantes nos art. 13 da Carta Estadual, *in verbis*:

Art. 13 - A atividade de administração pública dos Poderes do Estado e a de entidade descentralizada se sujeitarão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade.

Ora, é correto que existe a figura do ato administrativo praticado sob o matiz discricionário. Contudo discricionariedade, indubitavelmente, é praticada sob a permissão da lei e dentro dos critérios que ela assim o permita, afinal, margem de escolha, pelo administrador público, sem balizamento de critérios legais não é discricionariedade e, sim, arbítrio.

Por isso, a fim de afastar a arbitrariedade, deverá o administrador pautar-se na razoabilidade. Sobre tal princípio, expõe Alexandre de Moraes:

O princípio da razoabilidade pode ser definido como aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo poder público, no exercício de suas atividades – administrativas ou legislativas –, e os fins por ela almejados, levando-se em conta os critérios racionais e coerentes.¹⁶

Desta forma, o princípio da razoabilidade, enquanto vetor interpretativo, deverá nortear a atuação discricionária do Poder Público, garantindo-lhe a constitucionalidade de suas condutas, bem como assegurar a coerência lógica nas decisões e medidas administrativas e legislativas.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2004. p. 369.



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sobre o tema já decidiu o Tribunal de Justiça de Goiás:

ORIGEM: ORGAO ESPECIAL ; **FONTE:** DJ 14295 de 22/06/2004;
ACÓRDÃO: 26/05/2004 ; **LIVRO:**16-C **PROCESSO:** 200101836362;
COMARCA: CACHOEIRA ALTA; **RELATOR:** DES. ARIVALDO DA
SILVA CHAVES; **RECURSO:** 204-5/200 - ACAO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE.

EMENTA: "ACAO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. IMPOSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO. NAO CONFIGURADA. CARGOS COMISSONADOS. GRATIFICACAO. AFRONTA AOS PRECEITOS DA CARTA ESTADUAL PERTINENTES A MATERIA. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. I - COMPETE AO TRIBUNAL DE JUSTICA O EXAME DE ADIN DE DISPOSITIVO QUE AFRONTA A CONSTITUICAO ESTADUAL, MESMO QUE MALFIRA TAMBEM A CONSTITUICAO FEDERAL; ASSIM SENDO, NAO HA QUE SE FALAR EM IMPOSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO SOB O FUNDAMENTO DE AUSENCIA DE OFENSA A CARTA ESTADUAL. PRELIMINAR REJEITADA. II - A CRIACAO DE CARGOS EM COMISSAO DEVE SER PROCEDIDA EM OBSERVANCIA AOS ATRIBUTOS ESPECIAIS DE CHEFIA, DIRECAO E ASSESSORAMENTO, INDICATIVOS DA ESPECIALIDADE INERENTE A TAL PROVIMENTO, A PONTO DE SE DISPENSAR O CONCURSO PUBLICO, SENDO PASSIVEL DE NOMEACAO E EXONEACAO A QUALQUER TEMPO. DESSE FORMA, PATENTEA-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL QUE CRIA CARGOS COMISSONADOS, SEM A OBSERVANCIA DE TAIS REQUISITOS ESPECIFICOS; MORMENTE QUANDO NAO EVIDENCIAM VINCULO DE CONFIANCA QUE JUSTIFIQUE O REGIME DE LIVRE NOMEACAO QUE OS CARACTERIZA, IMPLICANDO EM BURLA A REGRA DO CONCURSO PUBLICO. II - E INADMISSIVEL A CONCESSAO DE GRATIFICACAO DE FORMA ALEATORIA PELO CHEFE DO EXECUTIVO, SEM QUE PREVISTO O NECESSARIO FATOR DIFERENCIADOR NA ATIVIDADE PRESTADA E/OU NAS CONDICAOES ANORMAIS DE EXECUCAO DE TAREFAS. III - A CONCESSAO DE GRATIFICACAO A SERVIDOR MUNICIPAL EXIGE REGULAR E INDIVIDUADA PREVISAO DE PAGAMENTO NA LEI DE DIRETRIZES ORCAMENTARIAS DO



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

MUNICIPIO, SOB PENA DE VIOLACAO A DIRETRIZ INSITA NO PARAGRAFO UNICO, DO ART. 113, DA CARTA ESTAUAL. PEDIDO PROCEDENTE. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA." (Negritou-se)

DECISÃO: "ACORDAM OS COMPONENTES DO ORGAO ESPECIAL DO EGREGIO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE GOIAS, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM JULGAR PROCEDENTE A ACAO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR."

PARTES: REQUERENTE: PROCURADORIA GERAL DE JUSTICA DO ESTADO DE GOIAS; REQUERIDO : PREFEITO DO MUNICIPIO DE CACHOEIRA ALTA E OUTRO.¹⁷

À guisa de ilustração, vale, ainda, transcrever trecho do voto proferido pelo Desembargador Leobino Valente Chaves, na ADI nº 275-8/200, daquele mesmo Tribunal, *in verbis*:

"Analisando, em primeiro momento, o modo pelo qual foram previstas as concessões das gratificações de representação de gabinete e de representação especial, ou seja, **"em até 50%"** do vencimento básico. É indubitoso que tal critério permite uma margem de discricionariedade ao Chefe do Poder Executivo de estabelecer, nos limites daquele percentual, para mais ou para menos o valor das gratificações ali previstas, possibilitando-lhe uma atuação divorciada dos princípios basilares da Administração Pública que deve ser sempre legal, moral e impessoal.

Sob tal prisma, então, tais dispositivos normativos amostram-se inconstitucionais, na medida em que abrem caminho à prática de ato administrativo (concessão de gratificações) sem critério fixo em lei, segundo o alvitre do concedente.

O art. 92, *caput*, da Constituição Estadual dispõe no seguinte sentido:

"Art. 92. A Administração Pública direta, autárquica e fundacional e a indireta do Estado e dos Municípios obedecerão aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e:"

É verdade, ninguém contesta, que servidores desempenhando a mesma função não podem ficar à mercê de receberem, segundo a ótica do Administrador, maior ou menor contraprestação

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 204-5/200. Rel. Des. Arivaldo da Silva Chaves. Órgão especial. j. 22 jun 2004.



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pecuniária, sob pena de imposição de comando personalista, distorcido da finalidade pública de regência.

Marino Pazzaglini Filho (Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública, 2ª ed., Atlas, 2003, p. 29) utilizando-se dos ensinamentos de Cármem Lúcia Antunes Rocha, observa, com precisão:

“...a impessoalidade administrativa é rompida, ultrajando-se a principiologia jurídico-administrativa, quando o motivo que conduz a uma prática pela entidade pública não é uma razão jurídica baseada no interesse público, mas no interesse particular de seu autor. Este é, então, motivado por interesse auxiliar (o que é mais comum) ou beneficiar parentes, amigos, pessoas identificadas pelo agente e que dele mereçam, segundo particular vinculação que os aproxima, favores e graças que o Poder facilita, ou, até mesmo, em prejudicar pessoas que destoem do seu círculo de relacionamento pessoais e pelos quais nutra o agente público particular desafeição e desagrado”.

A mesma interpretação impera quanto ao estudo da gratificação por encargos de curso ou concursos (art. 62 da Lei nº 1.318/93), por não apontar precisamente o valor da gratificação, relegando-o ao arbítrio do Chefe do Poder Executivo”.¹⁸

Como se vê, o dispositivo impugnado não fixou o valor remuneratório certo e determinado para concessão da gratificação, estabeleceu apenas o percentual mínimo e máximo aplicável sobre o vencimento base de cada servidor, ficando, desta forma, a critério do Prefeito a definição do **quantum real** a ser pago. Assim, não houve deliberação legislativa exaustiva sobre o assunto, conforme determina a norma constitucional. A fixação do valor da gratificação foi delegada ao Poder executivo, em evidente vulneração do princípio da legalidade estrita e da impessoalidade, eis que o vácuo normativo permite a outorga de benefícios com valores distintos, para servidores que desempenhem funções assemelhadas.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 275-8/200. Rel. Desembargador Leobino Valente Chaves.



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não resta dúvida que, da maneira como esta gratificação encontra-se disciplinada, poderá ser concedida aleatoriamente, ao alvedrio do Prefeito Municipal.

Ocorre que, como dito alhures, a teor do inciso X do art. 37 da CF/88, aplicável aos Estados-Membros e aos Municípios por força do princípio da simetria (art. 165, § 1º, CE), **é necessária lei em sentido estrito**, e específica quanto à sua finalidade, para fixação e aumento da remuneração dos servidores públicos, respeitada a iniciativa privativa em cada caso.

Vale consignar, por derradeiro, que o Tribunal de Justiça Mineiro reconheceu, recentemente, a inconstitucionalidade de dispositivo similar ao ora fustigado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LC Nº 008/2002, Nº 011/2005 E 25/2013 - CRIAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO - ATRIBUIÇÕES E FUNÇÕES NÃO ESPECIFICADAS EM LEI - CARGOS DE NATUREZA BUROCRÁTICA OU TÉCNICA - RELAÇÃO DE CONFIANÇA - AUSÊNCIA - GRATIFICAÇÃO DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA A SER INSTITUÍDA POR MEIO DE DECRETO - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA RESERVA LEGAL E DA MORALIDADE PÚBLICA - PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. São inconstitucionais normas legais municipais que criam cargos em comissão para o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza puramente profissional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento, além de não especificarem de modo detalhado as respectivas atribuições. É inconstitucional a norma legal que delega ao administrador público a concessão, por meio de Decreto, de gratificação de até 100% do vencimento do cargo em comissão ocupado pelo servidor, visto implicar em burla aos princípios da reserva legal e da moralidade pública. (Ação Direta Inconst 1.0000.13.061194-0/000, Relator(a): Des.(a) Edilson Fernandes, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 12/02/2014, publicação da súmula em 21/03/2014)



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pelo sobejamente exposto, afigura-se inconstitucional a concessão de gratificações por ato de liberalidade do Prefeito Municipal sem que a lei defina as hipóteses e os percentuais em que estas são devidas, pois, desse modo, além de violar a legalidade estrita, a gratificação seria desprovida de razoabilidade na medida em que ausente sua razão de ser, motivo pelo qual é flagrante a inconstitucionalidade do art. 25 da Lei Municipal n.º 229/2011, do Município de Padre Carvalho, por ofensa ao *caput* do art. 13 e ao art. 165, § 1º, ambos da Constituição Mineira.

3. Conclusão

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

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

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

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



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECOMENDA ao Prefeito Municipal:

a) a adequação da redação do Anexo II da Lei Municipal n.º 229/2011, com redação dada pela Lei Municipal n.º 255/2013, excluindo-se os cargos de Procurador Jurídico, Assessor Jurídico, Assessor Contábil, Diretor de Gabinete, Diretor de Departamento I de: Gestão de Recursos Humanos e de Serviços Gerais Administrativos; Coordenação Atenção Básica, Controlador Interno, Pregoeiro Oficial, Diretor de Departamento II de: Técnico de Agricultura, Compras e Almoxarifado, Contabilidade, Transporte, Vigilância Sanitária, Assistência de Saúde à Família, Desenvolvimento Social e Cidadania; Chefe de Divisão de Tributos, Vice Diretor Escolar, Chefe de Seção de: Limpeza Urbana, Desenvolvimento Urbano, Desenvolvimento Rural, Manutenção de Veículos, Máquinas e Equipamentos, Apoio ao Cidadão, Suprimentos, Processamento de Dados, Almoxarifado, Controle de Frotas, Patrimônio, Gestão de Contratos e Convênios e Esporte Amador da listagem de cargos comissionado e estabelecendo-se que os mesmos sejam providos por servidores de carreira, em razão de suas atribuições serem meramente técnicas e não demandarem fidúcia.

b) a destinação de um percentual mínimo de cargos comissionados a serem providos apenas por servidores efetivos, conforme exigência constitucional.

c) a definição, em lei, dos critérios para a concessão e os percentuais das gratificações a serem concedidas aos exercentes de função gratificada.

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



PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

3) Também nos termos do disposto no inciso IV, parágrafo único, do art. 27 da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, requisita-se:

- a) a divulgação adequada e imediata da presente recomendação;
- b) informações por escrito, no prazo de dez dias, contados a partir do vencimento do prazo de trinta dias fixado no item 2, sobre o cumprimento ou não da presente recomendação.

Na hipótese do não cumprimento dos termos da presente Recomendação no prazo estipulado, entender-se-á não ter sido ela acatada, o que ensejará a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade por esta Procuradoria-Geral de Justiça, em face dos dispositivos apontados.

Belo Horizonte, 14 de julho de 2014.

MARIA ANGÉLICA SAID
Procuradora de Justiça
Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade