

Procedimento Administrativo n.º MPMG-0024.11.007732-8

Representante: De ofício

Representado: Município de Coração de Jesus

Objeto: Inconstitucionalidade de dispositivos de Lei Complementar Municipal

Espécie: Recomendação (que se expede)

Lei Complementar. Anexo. Cargos comissionados. Inexistência de relação de confiança. Desvirtuamento quanto às atribuições de chefia, direção e assessoramento. Art. 56, § 1º. Ofensa ao princípio da legalidade. Inconstitucionalidade.

Excelentíssimo Prefeito Municipal,

1 Do Preâmbulo

Foi instaurado, *ex officio*, por esta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade, o procedimento administrativo n.º 0024.07.000553-3 para fins de análise de leis, do Município de Coração de Jesus, que versam sobre a contratação temporária por excepcional interesse público no âmbito da municipalidade.

Atendendo solicitação desta Coordenadoria, o Presidente da Câmara Municipal de Coração de Jesus encaminhou-nos a documentação requisitada.

Da análise da documentação foram constatados vícios de inconstitucionalidade da Lei Complementar n.º 14/2010 em relação aos cargos

comissionados, motivo pelo qual foram desentranhados tais documentos e instaurado o presente procedimento.

Assim, esta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade, antes de utilizar a via do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos perante o Tribunal de Justiça, resolve expedir 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.

2 Da fundamentação

2.1 Dos Textos Legais Impugnados

Eis o teor dos dispositivos eivados de inconstitucionalidade.

LEI COMPLEMENTAR N.º 14, DE 18 DE MAIO DE 2010:

[...]

Art. 56. **REMUNERAÇÃO** é a soma do vencimento do servidor acrescido das vantagens pecuniárias a que fizer jus.

§ 1º - Além do vencimento, o servidor fará jus a vantagens em forma de gratificações e adicionais, não-cumulativos, regulamentados em decreto.

§ 2º - Ao servidor poderá ser concedida gratificação entre 10% a 100% (dez a cem por cento) do vencimento do cargo efetivo.

[...]

ANEXO II ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS

[...]

Assessor I: Assessorar e/ou executar os trabalhos de análise e conciliação de projetos. Classificar as despesas, receitas e

movimentação de atividades. Elaborar quadros demonstrativos, relatórios e tabelas. Participar da elaboração de projetos e programas, aplicando normas. Organizar demonstrativos e relatórios. Elaborar prestações de contas de convênios, concursos e outros recursos específicos. Manter arquivo da documentação relacionada a setor de trabalho. Participar de programa de treinamento, quando convocado. Executar tarefas pertinentes à área de atuação, utilizando-se de equipamentos e programas de informática. Executar outras tarefas para o desenvolvimento das atividades do setor. Executar outras tarefas compatíveis com as exigências para o exercício da função.

Assessor II: Assessorar e/ou executar os trabalhos de análise e conciliação de projetos. Classificar as despesas, receitas e movimentação de atividades. Elaborar quadros demonstrativos, relatórios e tabelas. Participar da elaboração de projetos e programas, aplicando normas. Organizar demonstrativos e relatórios. Elaborar prestações de contas de convênios, concursos e outros recursos específicos. Manter arquivo da documentação relacionada a setor de trabalho. Participar de programa de treinamento, quando convocado. Executar tarefas pertinentes à área de atuação, utilizando-se de equipamentos e programas de informática. Executar outras tarefas para o desenvolvimento das atividades do setor. Executar outras tarefas compatíveis com as exigências para o exercício da função.

[...]

Assessor Legislativo: Atividades burocráticas de certa complexidade, interpretação de textos administrativos e legais de interesse da Câmara, acompanhamento de sessões, organização e elaboração de documentos internos. Redigir quaisquer modalidades de expedientes administrativos, inclusive atos oficiais, organizar a elaboração de fichários para controle de expediente e legislação, secretariar as reuniões da mesa e as Sessões Plenárias, integrar grupos operacionais, lavrar as atas das sessões ordinárias e extraordinárias, receber as correspondências, projetos de lei, ofícios e demais documentação (sic) enviada para a Câmara; organizar os livros de Registros de Documentos, além de outras tarefas correlatas que lhe forem determinadas pelo Presidente da Casa.

[...]

Chefe de Departamento de pessoal: Realizar projetos e acompanhar as execuções dos mesmos em conformidade com a Secretaria em que estiver vinculado; assegurar a obtenção dos resultados definidos nos planos operacionais e administrativos, por meio da coordenação geral de todas as áreas da administração, coordenando a execução de planos de melhoria de atendimento, facilitando e promovendo a integração de trabalho de equipe, visando alcançar os esforços para

melhoria de atendimento público; acompanhar e observar as condições de segurança do trabalho; atuar de forma a atender em todas as áreas os princípios constitucionais da administração pública. Executar demais tarefas recomendadas pela Secretaria em que estiver vinculado.

[...]

Coordenador de Alimentação Escolar: Atuar em atividades de planejamento, coordenação de merenda, coordenação do cardápio de merenda diária, controlar a estocagem, preparação, conservação e distribuição dos alimentos a fim de não desperdiçar. Verificar datas de validade. Verificar os alimentos que entram e saem do estoque. Realizar relatório bimestral sobre a estocagem e a merenda como um todo. Executar outras tarefas de sua área de competência, definidas no Regimento Interno.

Coordenador de Centro de Educação Infantil: Integrar os envolvidos no processo ensino-aprendizagem mantendo as relações interpessoais de maneira saudável, valorizando a formação do professor e a sua, desenvolvendo habilidades para lidar com as diferenças com o objetivo de ajudar efetivamente na construção de uma educação de qualidade. Executar outras tarefas de sua área de competência, definidas no Regimento Interno.

Coordenador de Creche: coordenar, supervisionar e executar as atribuições inerentes a seu cargo, de forma a garantir o alcance dos objetivos da instituição. Ou seja: ter sob sua responsabilidade as chaves dos portões e portas de acesso à creche; proceder ao controle do livro de registro de entrada e de saída de funcionários; receber e orientar os pais com eventuais problemas relacionados com o filho; coordenar eventuais reuniões com os pais; proceder à matrícula das crianças e sua frequência; coordenar e orientar as atividades recreativas, de higiene pessoal, limpeza em geral, alimentos e medicamentos convencionais; avisar a pessoa competente sobre algum problema de manutenção do prédio; receber orientação de Nutricionista, Assistente Social, Médico e Cirurgião-Dentista; promover a representação social da unidade educacional, reunir-se com monitores e demais funcionários em busca da melhor solução para os problemas existentes; manter-se em constante contato com a administração municipal, mantendo o Executivo informado de todas as medidas adotadas; observar e cumprir as normas de higiene e segurança do trabalho; executar outras tarefas correlatas.

Coordenador de Escola: executar e acompanhar avaliando as ações previstas o projeto pedagógico da escola, auxiliando a direção e integrando a equipe escolar no desenvolvimento dessas ações, nos ensinos fundamental, articulando o trabalho entre a escola e a equipe

de supervisão e oficina pedagógica. Sua principal função é subsidiar os professores no desenvolvimento de suas atividades, garantindo o trabalho pedagógico em sala de aula organizando e participando ativamente dos trabalhos coletivo, trazendo informações e trocando idéias com todos os professores colocando em discussão a troca de experiências bem sucedidas. Também auxilia a direção na relação escola e comunidade. Executar outras tarefas de sua área de competência, definidas no Regimento Interno.

[...]

Diretor de Departamento: Realizar projetos e execução dos mesmos em conformidade com o Departamento em que estiver vinculado. Assessorar a Secretaria legada ao Departamento nas ações e atividades propostas pelo Secretário; proceder a estudos e planos visando a melhoria das condições de trabalho, técnico e ambiental do setor vinculado; executar as ações programadas pela Secretaria e Departamento vinculado; conduzir e atender as diretrizes estratégicas e operacionais estabelecidas; orientar e facilitar a integração de trabalho em equipe, visando alcançar objetivos e melhor atendimento ao público; atuar de forma a atender em todas as áreas os princípios constitucionais da administração pública. Executar demais tarefas recomendadas pela Secretaria em que estiver vinculado.

[...]

Encarregado de Serviços: Executar atividades relativas a consertos e manutenção das dependências da Administração e atividades correlatas; organizar os serviços às solicitações inerentes; proceder à requisição, à substituição e ao controle de bens materiais e patrimoniais; observar os serviços sob sua responsabilidade, propor alternativas e promover ações para o alcance dos objetivos da organização; acompanhar as normas relacionadas com sua atividade profissional e organizá-la sistematicamente; executar as suas atividades de forma integrada com as das demais unidades da Administração, contribuindo para o desenvolvimento das equipes de trabalho; operar os equipamentos eletro-eletrônicos e eletrodomésticos disponíveis, na execução de suas atividades; executar qualquer outra atividade que, por sua natureza, esteja inserida no âmbito de suas atribuições. Executar reparos nos âmbitos da energia, da água e reparos de um modo geral; Executar outras atividades correlatas.

[...]

Secretário Adjunto: Auxiliar o Secretário na direção, organização, orientação, coordenação e controle das atividades do órgão; exercer as atividades delegadas pelo Secretário; despachar com o Secretário, substituir automática e eventualmente o Secretário em suas

ausências, impedimentos ou afastamentos legais; desempenhar outras tarefas compatíveis com suas atribuições de acordo com as determinações do Secretário.

Secretário de Gabinete: Secretariar o prefeito na direção, organização, orientação, coordenação e controle das atividades do órgão; exercer as atividades delegadas pelo prefeito e pelo chefe de gabinete; despachar com o prefeito e com o secretário; representar automática e eventualmente o prefeito em suas ausências; desempenhar outras tarefas compatíveis com suas atribuições e de acordo com as determinações do prefeito.

[...]

Tesoureiro Municipal: Compete ao Tesoureiro: controlar os saldos bancários, as aplicações financeiras e resgates, as obrigações financeiras decorrentes de contrato e de registros das contas de débitos e créditos, com emissão de boletins de periodicidade determinada no Regimento Interno; administrar juntamente com a Contabilidade, as disponibilidades financeiras, controlando os valores; enviar à Contabilidade de boletins sobre o comportamento das receitas e despesas; responsabilizar-se pelos pagamentos e recebimentos, custódias de bens, valores e operações de câmbio, controlando datas de vencimento, garantia e afins; providenciar o aceite de títulos, recolhimento de impostos, taxas de encargos sociais; emitir cheques, ordens e pagamentos, borderôs e controlar pagamentos, observando os critérios normativos do Instituto; assinar cheques, juntamente com o Diretor-Presidente; executar outras tarefas de sua área de competência, definidas no Regimento Interno.

[...]

Vice-Diretor Escolar: São atribuições do Vice-Diretor: substituir o Diretor em sua falta e nos seus impedimentos eventuais; assessorar o Diretor no gerenciamento do funcionamento da Unidade Escolar, compartilhando com o mesmo a execução das tarefas que lhe são inerentes e zelando pelo cumprimento da legislação e normas educacionais; exercer as atividades de apoio administrativo-financeiro; acompanhar o desenvolvimento das tarefas da Secretaria Escolar e do pessoal de apoio; controlar a frequência do pessoal docente e técnico-administrativo, encaminhando relatório ao Diretor para as providências; zelar pela manutenção e limpeza do estabelecimento no seu turno; supervisionar e controlar os serviços de reprografia e digitação; executar outras atribuições correlatas e afins determinadas pela direção.

ANEXO V
CARGOS COMISSIONADOS

CARGOS ORDENADOS POR NOME, QUANTITATIVOS E VALORES		
NOME DO CARGO	Nº DE CARGOS	VENCIMENTO MENSAL
[...]		
Assessor I	17	550,00
Assessor II	14	510,00
[...]		
Assessor Legislativo	01	R\$ 1.000,00
Assessor Jurídico	02	R\$ 1.595,00
Chefe de Departamento de Pessoal	01	R\$ 1.000,00
Chefe de Divisão	30	R\$ 550,00
[...]		
Coordenador de Alimentação Escolar	01	R\$510,00
Coordenador de Centro de Educação Infantil	10	R\$ 550,00
Coordenador de Escola	10	R\$ 550,00
Diretor de Departamento	32	R\$ 800,00
[...]		
Encarregado de Serviço	04	R\$ 700,00
[...]		
Secretário Adjunto	10	R\$ 1.595,00
Secretário de Gabinete	01	R\$ 3.050,00
[...]		
Procurador Jurídico	01	R\$3.050,00
Tesoureiro	01	R\$ 1.595,00
Vice-Diretor Escolar	02	R\$ 600,00

[...]

2.2 Fixação da remuneração dos servidores públicos. Necessidade de lei. Princípio da legalidade remuneratória. Regulamentação por decreto. Inconstitucionalidade. Precedentes do STF.

De acordo com o inciso X do art. 37 da CF, alterado pela EC n. 19/98, “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 (...).”

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 servido 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).

Assim, o decreto, tal como permitido pelo art. 56, § 1º, da Lei Complementar n.º 14/2010, do Município de Coração de Jesus, 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 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-individuação 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).

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:¹

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

¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 289-90.

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.

Portanto, resta cristalino que o art. 56, § 1º, da Lei Complementar n.º 14/2010 incorre em vício de inconstitucionalidade, pelo que merece ser revogado.

2.3 Lei Municipal que autoriza a concessão de gratificações não relacionadas a condições anormais de segurança, salubridade, onerosidade ou condição pessoal dos servidores.

O art. 56, § 2º, da Lei Complementar n.º 14/2010 confere ao Chefe do Poder Executivo local a faculdade de conceder gratificações entre 10% a 100% dos vencimentos dos servidores, não estabelecendo qualquer requisito legal para que tais acréscimos sejam concedidos.

As gratificações no Direito Brasileiro consistem em vantagens que precariamente são concedidas aos servidores da Administração Pública em razão de estes exercerem suas funções em condições anormais de segurança, salubridade, onerosidade ou porque o servidor preenche determinado requisito **previsto em lei** que lhe autoriza a percepção da gratificação em sua remuneração.

Consoante a clássica doutrina de Hely Lopes Meirelles, no ordenamento jurídico pátrio, além dos adicionais que se incorporam aos serviços, existem duas espécies de gratificações, a saber: pessoais ou de serviço. As gratificações pessoais são aquelas concedidas em decorrência de condições próprias do servidor, como, por exemplo, o salário de família. Por sua vez, as gratificações de serviço são aquelas deferidas em razão de condições anormais em que o serviço é

prestado, tal como as gratificações de representação, de insalubridade, de risco de vida e saúde. Percebe-se, então, que essas gratificações possuem sempre caráter transitório e não se incorporam automaticamente aos vencimentos. Senão vejamos:

As gratificações são concedidas em razão das condições excepcionais em que está sendo prestado um serviço comum (*propter laborem*) ou em face de situações individuais do servidor (*propter personam*) (...)

A gratificação é retribuição de um serviço comum prestado em condições especiais (...).

Feitas essas considerações preliminares sobre as gratificações, vejamos as duas modalidades em que se apresentam na Administração Pública: *gratificação de serviço* e *gratificação pessoal*.

Gratificação de serviço (propter laborem) é aquela que a Administração institui para recompensar riscos ou ônus decorrentes de trabalhos normais executados em condições anormais de perigo ou de encargos para o servidor, tais como serviços realizados com risco de vida e saúde ou prestados fora do expediente, da sede ou das atribuições ordinárias do cargo. O que caracteriza essa modalidade de gratificação é sua vinculação a um serviço comum, executado em condições excepcionais para o funcionários, ou a uma situação normal do serviço mas que acarreta despesas extraordinárias para o servidor. Nessa categoria de gratificações entram, dentre outras, as que a Administração paga pelos trabalhos realizados com risco de vida e saúde; pelos serviços extraordinários; pelo exercício do Magistério; pela representação de gabinete; pelo exercício em determinadas zonas ou locais; pela execução de trabalho técnico ou científico não decorrente do cargo; pela participação em banca examinadora ou comissão de estudo ou de concurso; pela transferência de sede (*ajuda de custo*); pela prestação do serviço fora da sede (*diárias*).
(...)

Gratificação pessoal, ou, mais precisamente, *gratificação em razão de condições pessoais do servidor (propter personam)*, é toda aquela que se concede em face de fatos ou situações individuais do servidor, tais como a existência de filhos menores ou dependentes incapacitados para o trabalho (*salário-família*) e outras circunstâncias peculiares do benefício. Tais gratificações não decorrem de tempo de serviço, nem desempenho de determinada função, nem da execução de trabalhos especiais, mas, sim, da ocorrência de fatos ou situações individuais ou familiares previstas em lei.²

²MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2007

Desse modo, verifica-se que o art. 56, § 2º, da Lei Complementar n.º 14/2010, do Município de Coração de Jesus, está maculado pelo vício da inconstitucionalidade, pois, analisando seu respectivo teor, constata-se a autorização para que o Chefe do Poder Executivo conceda gratificações aos servidores municipais sem que elas guardem relação com circunstâncias do serviço prestado ou situações pessoais dos servidores.

As gratificações a serem concedidas aos servidores públicos não são liberalidades do Administrador, mas sim uma imposição que **deve decorrer da lei** diante das circunstâncias da prestação de serviços à Administração ou de situações pessoais dos servidores, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade estrita já exposto no tópico anterior.

Nesse diapasão, a inconstitucionalidade se ultima na impossibilidade da concessão de forma aleatória pelo Poder Executivo da gratificação sem o devido fator diferenciador quanto a execução de atividades peculiares e/ou condições anormais na prestação de serviço.

Portanto, 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 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.³

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.

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

³MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2004. p. 369.

SILVA CHAVES; **RECURSO:** 204-5/200 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

EMENTA: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. NÃO CONFIGURADA. CARGOS COMISSIONADOS. GRATIFICAÇÃO. AFRONTA AOS PRECEITOS DA CARTA ESTADUAL PERTINENTES À MATÉRIA. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. I - COMPETE AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA O EXAME DE ADIN DE DISPOSITIVO QUE AFRONTA A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, MESMO QUE MALFIRA TAMBÉM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL; ASSIM SENDO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO SOB O FUNDAMENTO DE AUSÊNCIA DE OFENSA À CARTA ESTADUAL. PRELIMINAR REJEITADA. II - A CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO DEVE SER PROCEDIDA EM OBSERVÂNCIA AOS ATRIBUTOS ESPECIAIS DE CHEFIA, DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, INDICATIVOS DA ESPECIALIDADE INERENTE À TAL PROVIMENTO, A PUNTO DE SE DISPENSAR O CONCURSO PÚBLICO, SENDO PASSÍVEL DE NOMEAÇÃO E EXONEAÇÃO A QUALQUER TEMPO. DESSE FORMA, PATENTEIA-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL QUE CRIA CARGOS COMISSIONADOS, SEM A OBSERVÂNCIA DE TAIS REQUISITOS ESPECÍFICOS; MORMENTE QUANDO NÃO EVIDENCIAM VÍNCULO DE CONFIANÇA QUE JUSTIFIQUE O REGIME DE LIVRE NOMEAÇÃO QUE OS CARACTERIZA, IMPLICANDO EM BURLA À REGRA DO CONCURSO PÚBLICO. II - É INADMISSÍVEL A CONCESSÃO DE GRATIFICAÇÃO DE FORMA ALEATORIA PELO CHEFE DO EXECUTIVO, SEM QUE PREVISTO O NECESSÁRIO FATOR DIFERENCIADOR NA ATIVIDADE PRESTADA E/OU NAS CONDIÇÕES ANORMAIS DE EXECUÇÃO DE TAREFAS. III - A CONCESSÃO DE GRATIFICAÇÃO A SERVIDOR MUNICIPAL EXIGE REGULAR E INDIVIDUADA PREVISÃO DE PAGAMENTO NA LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS DO MUNICÍPIO, SOB PENA DE VIOLAÇÃO À DIRETRIZ INSITA NO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 113, DA CARTA ESTADUAL. PEDIDO PROCEDENTE. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA." (Negritou-se)

DECISÃO: "ACORDAM OS COMPONENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL DO EGREGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE

GOIAS, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR." **PARTES:** REQUERENTE: PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIAS; REQUERIDO : PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CACHOEIRA ALTA E OUTRO.⁴

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*:

“Analiso, 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 indubitável 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 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 Carmem Lúcia Antunes Rocha, observa, com precisão:

⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 204-5/200. Rel. Des. Arivaldo da Silva Chaves. Órgão especial. j. 22 jun 2004.

“...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”.⁵

Como se vê, o dispositivo impugnado não fixou o valor remuneratório certo e determinado para concessão da gratificação, estabeleceu apenas os percentuais mínimo e máximo, aplicáveis 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.

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

⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 275-8/200. Rel. Desembargador Leobino Valente Chaves.

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.

Pelo sobejamente exposto, afigura-se inconstitucional a concessão de gratificações por ato de liberalidade do Prefeito Municipal sem que a lei defina as hipóteses 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. 56, § 2º, da Lei Complementar n.º 14/2010, por ofensa ao *caput* do art. 13 e ao art. 165, § 1º, ambos da Constituição Mineira.

2.4 Norma Municipal. Anexos. Cargos comissionados. Inexistência de atribuições concernentes à chefia, assessoramento e direção. Prescindibilidade do requisito de confiança. Inconstitucionalidade. Precedentes do STF.

Os cargos em comissão de *Assessor I, Assessor II, Chefe de Departamento de Pessoal, Chefe de Divisão, Coordenador de Alimentação Escolar, Coordenador de Centro de Educação Infantil, Coordenador de Escola, Diretor de Departamento, Encarregado de Serviço, Secretário Adjunto, Secretário de Gabinete, Tesoureiro e Vice-Diretor Escolar*, previstos no Anexo V da Lei Complementar n.º 14/2010, cujas atribuições estão estabelecidas no Anexo II do mesmo diploma, não possuem o vínculo de confiança exigido de assessores, chefes ou diretores, requisito essencial dos cargos de provimento em comissão.

A toda evidência, essa criação de cargos comissionados contrapõe-se com o 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 conseqüência, um serviço de melhor qualidade para a população. A real intenção que se percebe, diversamente, foi abrigar, sem concurso público e em detrimento do erário, cargos em comissão para funções meramente técnicas ou subalternas. Reforça isso, não apenas a considerável quantidade de cargos comissionados criados, totalizando 151, mas também o fato de alguns deles possuírem as mesmas (ou similares) atribuições, a exemplo dos cargos de assessor I e assessor II.

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

Quanto ao cargo em comissão, preleciona que 'quer unicamente dizer que é predisposto a receber ocupante que nele não obterá fixidez. Sua permanência será sempre instável... é possível que alguém continue indefinidamente em um cargo em comissão – bastando para tanto que nunca seja desligado dele pela autoridade superior a cuja confiança deva responder –, sem que com isto ganhe qualquer direito à persistência no cargo. Juridicamente, o cargo em comissão não comporta qualquer garantia de permanência porque é de confiança. O que pode ocorrer é a sucessão de autoridades que considerem o ocupante de cargo em comissão como de confiança e por isso o mantenham nele.'⁶

⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 503p. p. 89.

Portanto, a Lei Complementar n.º 14/2010, do Município de Coração de Jesus, afastou-se dos direcionamentos doutrinários concedidos ao cargo em comissão, na medida em que estabeleceu – sem que exista efetivamente – relação de confiança entre o Prefeito Municipal – autoridade nomeante – e as pessoas que exercerão suas atribuições no âmbito do Município – agentes nomeados.

É que, segundo autorizada doutrina:

No que respeita aos cargos em comissão, a Emenda 19 adotou uma segunda ordem de providência, cuja finalidade, intui-se, é a de conter a multiplicação desses cargos em todos os níveis da organização administrativa. Doravante, os cargos em comissão devem corresponder tão-só a atribuições de direção, chefia e assessoramento. Isto é, aos cargos em comissão estará reservado o nível decisório da hierarquia administrativa. Mais uma razão para que seus ocupantes sejam profissionais qualificados e conhecedores dos misteres da atividade administrativa pública. Serão os responsáveis pela pertinência das decisões de política administrativa do serviço público, com sustentação técnica.⁷

E mais:

O titular de cargo em comissão mantém vínculo profissional e funcional temporário com as atribuições do cargo; são dirigentes e assessores cuja investidura durará enquanto for íntegra a relação de confiança que gerou o comissionamento; exaurida a relação, são exoneráveis ao critério da autoridade competente.⁸

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

O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra a Lei 1.939/98, do Estado de Mato Grosso, que dispõe sobre

⁷ ob. cit. p. 91.

⁸ ob. cit. p. 89.

criação de cargos em comissão do Tribunal de Contas estadual e ao Ministério Público a ele vinculado, para declarar a inconstitucionalidade dos seus artigos 1º (na parte em que altera a redação dos artigos 3º e 14 e seu parágrafo único da Lei estadual 1.464/93); 2º; 3º e 7º, e do seu Anexo I, item I, quando trata do grupo operacional III; do seu Anexo II, quando trata do grupo operacional III; do seu Anexo VI, Tabela III, quando trata do grupo operacional III; do seu Anexo VIII, quando trata do grupo operacional III do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado. Asseverando que os cargos criados possuem atribuições meramente técnicas, portanto, sem caráter de assessoramento, chefia ou direção, entendeu-se caracterizada, na espécie, a ofensa ao inciso II do art. 37, da CF, que exige, para investidura em cargo público, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão, a prévia aprovação em concurso público de provas, ou de provas e títulos, bem como ao seu inciso V, que estabelece que os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.⁹ (Grifo nosso)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEIS 6.600/1998 (ART. 1º, CAPUT E INCISOS I E II), 7.679/2004 E 7.696/2004 E LEI COMPLEMENTAR 57/2003 (ART. 5º), DO ESTADO DA PARAÍBA - CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO - I - Admissibilidade de aditamento do pedido na Ação Direta de Inconstitucionalidade para declarar inconstitucional norma editada durante o curso da ação. Circunstância em que se constata a alteração da norma impugnada por outra apenas para alterar a denominação de cargos na administração judicial estadual; alteração legislativa que não torna prejudicado o pedido na ação direta. II - Ofende o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal norma que cria cargos em comissão cujas atribuições não se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração, que informa a investidura em comissão. Necessidade de demonstração efetiva, pelo legislador estadual, da adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público. Precedentes. Ação julgada procedente.¹⁰ (STF - ADI 3233 - PB - TP - Rel. Min. Joaquim Barbosa - DJU 14.09.2007 - p. 00030)(Grifo nosso)

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3706/MS. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. 15.8.2007.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3233-PB. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. 14.9.2007

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

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

[...]

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Grifo nosso)

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

Art. 23 - As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. (Caput com redação dada pelo art. 5º da Emenda à Constituição nº 49, de 13/6/2001.) (Grifo nosso)

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

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, de acordo

com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Nesse sentido, o STF editou a Súmula 685: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.” [...] Ressalte-se que, a alteração da redação do inciso V, do artigo 37, pela EC nº 19/98, determinando que as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargos efetivos, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento [...].¹¹

Ao estabelecer que os cargos em comissão somente poderiam ser direcionados à direção, chefia e assessoramento, a Constituição da República, assim como a Constituição Estadual, vinculou o legislador infraconstitucional, que não conta com a faculdade de criá-los com atribuições da sua conveniência. Devem estas ser previstas e especificadas em lei e ter aqueles objetivos.

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

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

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 331/333

Em conseqüência, impõe-se reconhecer que se mostram inadequados os cargos, cujas atribuições são meramente técnicas ou subalternas, serem providos em comissão, prescindindo da necessária relação de confiança.

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

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais declarou a inconstitucionalidade de dispositivos semelhantes às normas ora impugnadas:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA - CARGOS TÉCNICOS EM COMISSÃO - AFRONTA AO ART. 23 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - IMPOSSIBILIDADE. PEDIDOS JULGADOS PROCEDENTES.¹²

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei do Município de Patrocínio. Exercício das atividades de Defensor Público pelo Procurador Geral do Município. Criação de cargos comissionados de pedagogo e encarregados de serviços. Inconstitucionalidade. Defensoria Pública. Instituição prevista apenas no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal. Organização a cargo de lei complementar. Cargos de carreira a serem providos mediante concurso público. Vedação do exercício da advocacia aos Defensores Públicos. Encarregados de serviço e pedagogos. Funções de natureza

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.08.476681-5/000 - RELATOR: DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL – J. 09.09.2009 DJ 30.10.2009

profissional. Cargos subalternos ou eminentemente técnicos que integram a estrutura da administração. Ausência de fidúcia. Cargos de provimento efetivo mediante concurso. Normas declaradas inconstitucionais. Representação acolhida. - Os cargos públicos de encarregados de serviço e pedagogos encerram funções de natureza profissional - subalternas, no caso dos encarregados de serviços, e eminentemente técnicas, no caso dos pedagogos -, integrantes da estrutura da Administração Municipal. Em ambas as hipóteses não há atribuição de assessoramento, chefia ou direção e tampouco há que se falar em fidúcia, atributo característico dos cargos em comissão. Não se tratam, pois, de cargos de livre nomeação e exoneração, mas de cargos de provimento efetivo, cuja investidura só pode se dar, conforme comando constitucional (artigo 37, V, Constituição Federal, e artigo 23, da Constituição Estadual), por meio de concurso público. - Conquanto a prestação de assistência jurídica gratuita não seja exclusividade dos Defensores Públicos e nem monopólio da União e dos Estados, a Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, será criada apenas em nível federal e estadual (e no Distrito Federal), com normas gerais prescritas em lei complementar, exigindo organização própria, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais (artigo 134 da CF e artigo 130 da CE).¹³ (grifo nosso)

Sobre a mesma matéria, colhe-se do voto do eminente Relator Antônio Armando dos Anjos, no julgamento da ADI n.º 1.0000.10.017509-0/000:

[...] Anexo III (f. 302) - Relação de Cargos de Provimento em Comissão por Unidade de Lotação. Gabinete do Prefeito [...] - Motorista do Gabinete [...] O Anexo V trata das relações das atribuições dos cargos de provimento em comissão (f. 331-357). Assim, verifica-se que os cargos acima transcritos não apresentam funções de direção, chefia e assessoramento, sendo cargos de natureza eminentemente técnicas ou burocráticas, que, como já destacado neste voto, não podem ser providos pela forma

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.09.489872-3/000 - RELATOR: DES. HERCULANO RODRIGUES – J. 09.09.2009 *DJ* 27.11.2009

comissionada, sob pena de se ofender os princípios da moralidade e impessoalidade que norteiam a Administração Pública.¹⁴(grifo nosso)

Clara, portanto, a inconstitucionalidade parcial da Lei Complementar n.º 14/2010, do Município de Coração de Jesus.

2.5 Norma Municipal. Criação cargo de Assessor Legislativo. Invasão de Poderes.

Da leitura das atribuições do cargo de *assessor legislativo*, é possível asseverar que elas são eminentemente técnicas, não se referindo a atribuições de direção, chefia e assessoramento. Contudo, além dessa inconstitucionalidade, cujos fundamentos são os mesmos do tópico anterior, mister ressaltar outra mais gritante: a invasão de poderes.

Com efeito, mediante lei de iniciativa do Chefe do Executivo, criou-se o cargo de assessor legislativo, estabelecendo-se suas atribuições e remuneração em total confronto com o disposto nos arts. 6º, 62, IV, e 176, da Constituição do Estado.

Faz-se necessário ressaltar a necessidade premente de se garantir em um Estado Democrático de Direito a inviolabilidade do princípio da independência e harmonia dos poderes, dogma liberal do século XVIII, acolhido pelo texto constitucional.

De efeito, constitui preceito expresso na Constituição Estadual (CE/89, art. 165, § 1º) que as entidades federadas de segundo grau – os Municípios – deverão obedecer aos princípios e normas plasmados nas Constituições da República e do

¹⁴ 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. 22.06.2011. DJ 22.07.2011.

Estado, dentre os quais, o da separação e independência entre os Poderes. Esta orientação é enfatizada, ainda, pelo art. 173, *caput*, da Carta Estadual.

Via de consequência, não é conferido ao Executivo mitigar a independência que deverá existir entre os Poderes Municipais, sob pena de, como na presente hipótese, incorrer em inconstitucionalidade.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes, citando Canotilho e Vital Moreira, pontifica:

Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional (*verfassungstreue*, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de *guerrilha institucional*, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma *deontologia política*, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado (*statesmanship*)¹⁵. (Grifo do autor)

Impõe-se, assim, a revogação da criação do referido cargo mediante norma oriunda de iniciativa do Chefe do Executivo.

2.6 Da ausência de previsão legal acerca das atribuições concernentes aos cargos criados. Inconstitucionalidade.

Da leitura da Lei Complementar n.º 14/2010, do Município de Coração de Jesus, depreende-se que referido diploma legal cria os cargos de *assessor*

¹⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 371

jurídico e procurador jurídico, sem, contudo, especificar, ou sequer indicar, quais seriam suas respectivas atribuições. Tal fato, somado à constatação de que há previsão de provimento em comissão, para cargos de mesma denominação, obsta a verificação da compatibilidade dessa criação com as exigências constantes da Constituição da República.

Ora, a criação de cargos, conforme lição de Diógenes Gasparini, “significa sua institucionalização com denominação própria, quantidade certa, função específica e correspondente estipêndio”¹⁶ (grifo nosso). Demais disso, se função nada mais é que atribuição, ou plexo de atribuições inerentes a todos os servidores públicos, e se todo cargo tem função, não restam dúvidas de que é vedado admitir lugar na Administração sem a respectiva predeterminação de tarefas.

Com isso, tem-se que a simples denominação *legal* do cargo *não dispensa a discriminação específica de suas respectivas atribuições*. Nesse sentido, o ensinamento de Lúcia Valle Figueiredo:¹⁷

[...] Cargo público é o criado por lei (quando concernentes os cargos aos serviços auxiliares do Legislativo, se criam por resolução da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas) e expressa o conjunto de atribuições (competências e deveres) a serem exercidas pelos agentes públicos, seus titulares (grifo nosso)

Na mesma toada, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁸ expõe que:

[...] as várias competências previstas na Constituição para a União, Estados e Municípios são distribuídas entre seus respectivos órgãos, cada qual dispondo de determinado número de **cargos, criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneratório** (grifo nosso).

¹⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 250.

¹⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores. 8 ed. p. 598.

¹⁸ Autora citada in *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 17 ed., p. 438.

Crucial registrar, ainda, a lição de Hely Lopes Meirelles¹⁹, para quem:

Cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei. (grifo nosso)

Sobre o tema já se manifestou o e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em entendimento assim se vazado:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO NORTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEIS MUNICIPAIS N.ºS 332 E 338/03, QUE CRIAM CARGOS EM COMISSÃO SEM, NO ENTANTO, DETERMINAR AS SUAS ATRIBUIÇÕES EM CLARA INFRINGÊNCIA AO ART. 37, CAPUT, II, DA CF E ART. 3.º, DA LEI N.º 12/91 - ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. VÍCIO CONSTATADO. INVALIDADE QUE SE DECLARA. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. SENTENÇA CONFIRMADA. [...] 3. Mérito. Consoante o art. 3.º, da Lei municipal n.º 12/91, **cargo público é aquele criado por lei, em número certo, com denominação própria, remunerado pelos cofres municipais, ao qual corresponde um conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a funcionários públicos.** De outra banda, a criação de cargos em comissão, nos termos do art. 37, II, da CF, só é possível para fins de direção, assessoramento e chefia. 4. **Dessa feita, são nulos os referidos diplomas legais que criam cargos em comissão sem, no entanto, definir suas atribuições, vez que proporcionam desvio de função e impossibilitam a fiscalização para verificar se criados, exclusivamente, para os casos permitidos em lei.** Não provimento. 5. PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA²⁰. (Grifo nosso)

Assim, não há falar em criação de cargos sem a estipulação por lei das atribuições a eles inerentes, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade, da

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros Editores, 32 ed. p. 417.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70013063201. Rel. Des. Wellington Pacheco Barros. j. 28/12/2005.

moralidade administrativa e da impessoalidade, consagrados no caput do art. 13 da Constituição Estadual e no caput do art. 37 da Constituição Federal

Se a Administração Pública só pode fazer o que a lei autoriza ou determina, compreendendo-se nesta exigência a consonância total com o ordenamento jurídico, a não especificação das atribuições dos cargos criados pela lei municipal causa moosa ao princípio da legalidade, porquanto o administrar é subjacente ao legislar. Assim, devendo atuar somente *secundum legem*, o legislador municipal jamais poderia olvidar os imperativos constantes das Constituições Estadual e da República.

A impessoalidade, por sua vez, é um princípio corolário da isonomia e consubstancia-se na impossibilidade de a Administração Pública tratar de forma dessemelhante os administrados.

Como bem ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da impessoalidade “significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que deve nortear o seu comportamento”²¹.

Em relação ao princípio da moralidade administrativa, vale trazer à baila os ensinamentos Celso Antônio Bandeira de Mello²², segundo os quais:

[...] a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição.

Da análise desse trecho, é possível extrair que estão compreendidos no âmbito da moralidade os chamados cânones da *lealdade* e *boa-fé*, que estipulam que a Administração há de proceder em relação aos administrados com sinceridade e

²¹ PIETRO, Maruá Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2006. pg. 71.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16 ed. Malheiros, 2003. pg. 109.

lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos²³.

No mesmo diapasão, o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS DO MUNICÍPIO DE BURITIZEIRO. QUADRO DE SERVIDORES MUNICIPAIS. CRIAÇÃO DE CARGOS COMISSIONADOS. ATRIBUIÇÕES. PREVISÃO APENAS PARCIAL EM LEI. INCONSTITUCIONALIDADE. CARGOS DESTINADOS AO DESEMPENHO DE ATIVIDADES ROTINEIRAS DA ADMINISTRAÇÃO. PROVIMENTO AMPLO. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE RESERVADA PARA CARGOS EM COMISSÃO DESTINADOS ÀS ATRIBUIÇÕES DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO. CONFLITO COM O PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. REPRESENTAÇÃO ACOLHIDA. - Em relação às funções de confiança, restrita às atribuições de direção, chefia e assessoramento, o provimento se dará exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo. Quanto aos cargos em comissão, conquanto não se exija concurso público ou provimento exclusivo por servidores de carreira - a ressalva prevista na parte final do artigo 21, § 1º, e do artigo 23, da Constituição Mineira, prevê apenas que a lei que vier a disciplinar esse dispositivo, em nível estadual e municipal, assegure que um mínimo de cargos em comissão seja ocupado por servidores de carreira -, estão esses cargos igualmente reservados para atribuições de chefia, direção e assessoramento.- Ao dispor que as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, bem como os cargos em comissão, dependerão de lei, que estabelecerá os casos, condições e (para as funções de confiança) os percentuais mínimos de provimento por servidores concursados, a *Constituição Estadual está a exigir que a lei que institua o cargo comissionado preveja, também, suas atribuições, que devem ser necessariamente de direção, chefia e assessoramento*²⁴ [sem grifos no original].

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. pg. 109.

Quanto à ausência de especificação das atribuições de cargos, o Relator Des. Herculano Rodrigues, em voto prolatado na ADI supramencionada, assim se manifestou:

[...] Quanto aos demais cargos mencionados na inicial, a inconstitucionalidade manifesta está expressa na absoluta ausência de descrição em lei de suas atribuições, o que viola a mais não poder o comando do artigo 23 da Constituição Federal - a par de impedir que se proceda à verificação da adequação dos cargos às hipóteses constitucionalmente previstas.

Finalmente, apesar da ausência de atribuições revelar por si só a inconstitucionalidade dos cargos em comissão de assessor jurídico e de procurador jurídico criados, não é demais registrar que o STF e demais Tribunais pátrios não aceitam sequer a criação de cargos comissionados para assessoria jurídica.

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

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 500, DE 10 DE MARÇO DE 2009, DO ESTADO DE RONDÔNIA. ERRO MATERIAL NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO PARCIAL REJEITADA. MÉRITO. CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ACESSORAMENTO 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

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.09.508357-2/000 – Rel. Des. Herculano Rodrigues – j. 20.09.2010 - DJ 14.01.2011.

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.²⁵ (grifo nosso).

Já sobre o cargo de Procurador do Município, equivalente ao cargo de Procurador Jurídico, vale transcrever o entendimento do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul:

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

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

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

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4261-RO. Pleno. Rel. Min. AYRES BRITTO. 02.08.2010.

Tribunal Federal, em decisão proferida na Representação n.º 1282-4-SP e em liminar deferida na ADIN n.º 1.141.3-Goiás.

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

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

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

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

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

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

Ora, na hipótese em comento, note-se que, na síntese das atribuições atinentes ao Procurador do Município (fl. 08, do Processo n.º 70011525219), tem-se: “Procurador do Município, Padrão CC-13: Realizar a representação judicial do Município, a consultoria e o assessoramento jurídico do Poder Executivo; exercer tarefas afins”. **Trata-se de cargo, em princípio, técnico. A [boa] representação do**

Município independerá de relação de estrita confiança para implementação de diretrizes políticas. Diferente, por óbvio, seria a situação do Procurador-Geral do Município, esse cargo sim, passível de provimento via FG ou CC, tendo em vista eventual hipótese concreta.

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

2.7 Não previsão de percentual mínimo a ser preenchido por servidores de carreira. Inconstitucionalidade.

Finalmente, 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. 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:

[...]

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Grifo nosso)

No mesmo sentido, estabelece o art. 23 da Constituição 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 13/6/2001.) (Grifo nosso)

Contudo, em absoluto descompasso com a norma constitucional, a Lei Complementar n.º 14/2010, do Município de Coração de Jesus, não prevê aquele percentual mínimo a ser preenchido por servidores de carreira, permitindo-se, com isso, que todos esses cargos criados possam ser preenchidos por pessoas alheias à Administração.

Diógenes Gasparini salienta:

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)²⁶

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

²⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 7 ed., São Paulo : Saraiva, 2002, p. 183.

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. (Grifos nossos)²⁷

Destarte, não restam dúvidas sobre a inconstitucionalidade do referido diploma, que possibilita o preenchimento de todos os cargos em comissão da Administração Pública por pessoas estranhas aos seus quadros, em afronta ao artigo 23, da Carta Estadual.

3 Conclusão

Esta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade, considerando a inconstitucionalidade parcial da Lei Complementar nº 14, de 18 de maio de 2010, do Município de Coração de Jesus;

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

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 475

Constituição do Estado de Minas Gerais; art. 25, I, da Lei Federal n.º 8.625/93 e, ainda, dos artigos 66, I, e 69, II, da Lei Complementar estadual n.º 34/94;

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

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

RECOMENDA a Vossa Excelência, nos termos e condições adiante fixados, o seguinte:

a) adequação da redação do § 1º do art. 56 da Lei Complementar n.º 14/2010, substituindo-se a expressão *regulamentados em decreto* pela expressão *conforme previsão em lei*;

b) revogação do § 2º do art. 56 da Lei Complementar n.º 14/2010;

c) revogação dos cargos em comissão de *Assessor I, Assessor II, Assessor Jurídico, Chefe de Departamento de Pessoal, Chefe de Divisão, Coordenador de Alimentação Escolar, Coordenador de Centro de Educação Infantil, Coordenador de Escola, Diretor de Departamento, Encarregado de Serviço, Secretário Adjunto, Secretário de Gabinete, Procurador Jurídico, Tesoureiro e Vice-Diretor Escolar*, previstos nos Anexos II e V da Lei Complementar n.º 14/2010; tais cargos poderão, ainda, se assim Vossa Excelência entender, figurar entre aqueles relacionados no quadro de servidores efetivos desse Município, ou seja, providos por concurso público, apresentando, para tanto, projeto de lei, não se olvidando que as atribuições dos referidos cargos também deverão estar dispostas em **lei**;

d) revogação do cargo em comissão de *Assessor Legislativo*.

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

Esta Coordenadoria, nos termos do inciso IV, parágrafo único, do art. 27 da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, fixa 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 .

Na ocasião, também nos termos do disposto no inciso IV, parágrafo único, do art. 27 da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, requisita diretamente a Vossa Excelência :

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 acima fixado, sobre o cumprimento ou não da presente recomendação.

Belo Horizonte, 05 de março de 2013.

MARIA ANGÉLICA SAID
Procuradora de Justiça
Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade

