

Procedimento Administrativo n.º MPMG-0024.12.006679-0

Representado: Município de Felisburgo

Objeto: Inconstitucionalidade de dispositivos de Leis Municipais

Espécie: Recomendação (que se expede)

Lei Complementar. Serviço extraordinário. Incompatibilidade com normas constitucionais de regência. Anexos. Cargos comissionados. Inexistência de relação de confiança. Desvirtuamento quanto às atribuições de chefia, direção e assessoramento. Inconstitucionalidade.

Excelentíssimo Prefeito Municipal,

1 Do preâmbulo

A Promotora de Justiça Paula Ayres Lima Damasceno, atuante na Coordenadoria Regional de Defesa do Patrimônio Público do Mucuri e Jequitinhonha - Almenara, encaminhou a esta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade representação para análise de eventual inconstitucionalidade do art. 24, VI, e do Anexo VI da Lei Complementar n.º 10, de 31 de julho de 2006, do Município de Felisburgo, que dispõe sobre o Plano de Carreiras, de Cargos e Vencimentos da Prefeitura Municipal de Felisburgo.

Juntou documentos de fls. 04-46.

Atendendo a solicitação desta Coordenadoria, a Câmara Municipal de Felisburgo encaminhou-nos os documentos de fls. 49-56.

Constatada a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar n.º 10, de 31 de julho de 2006, alterada pela Lei Complementar n.º 129/2010, esta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade, antes de utilizar a via do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade das leis 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 Lei Complementar municipal. Gratificação em percentual de **até 50%** quando da execução de serviços extraordinários. Incompatibilidade com as normas constitucionais de regência. Inconstitucionalidade.

Eis o teor do dispositivo hostilizado:

Lei Complementar n.º 10/2006

[...]

Art. 24 - Poderão ser concedidas as seguintes gratificações, além das previstas no Estatuto dos Servidores Públicos Municipais:

[...]

VI - ao ocupante de qualquer cargo permanente, em percentual de **até 50%** (cinquenta por cento), quando da execução de serviços extraordinários e desde que deferida pelo Prefeito Municipal, a quem compete estabelecer o valor.

[...] (grifo nosso)

Ab initio, cumpre registrar que, na estrutura federativa brasileira, os Estados-Membros e os Municípios não dispõem de autonomia ilimitada para se organizarem, devendo guardar simetria com o centro.

Com efeito, o dispositivo impugnado, ao prever gratificação em percentual de **até 50%** quando da execução de serviços extraordinários, extrapolou a previsão das normas constitucionais de regência, que preveem “remuneração do serviço extraordinário superior, **no mínimo, em cinquenta por cento à do normal**”. Vejamos.

A Constituição da República dispõe:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, **no mínimo, em cinquenta por cento à do normal**;

[...]

Art. 39 - § 3º - Aplica-se aos **servidores ocupantes de cargo público** o disposto no **art. 7º**, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, **XVI**, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. *(incluído pela E C nº 19, de 04/06/98)*

[...] (grifo nosso)

Por sua vez, a Constituição Estadual estabelece:

[...]

Art. 31 - O Estado assegurará ao servidor público civil da Administração Pública direta, autárquica e fundacional os direitos previstos no **art. 7º**, incisos IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, **XVI**, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, da Constituição da República e os que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social e da

produtividade e da eficiência no serviço público, em especial o prêmio por produtividade e o adicional de desempenho:
[...] (grifo nosso)

Percebe-se, sem dificuldade, a incompatibilidade entre as Constituições da República e Estadual e a aludida Lei Complementar municipal, no que concerne ao valor mínimo de remuneração do serviço extraordinário.

É que, como assevera a doutrina, trata-se, na hipótese, de *princípio constitucional estabelecido*.

De efeito, conquanto usufrua de *autonomia*, o Município, como partícipe do federalismo preponderantemente *cooperativo*¹ plasmado na Constituição da República, possui limitações impostas pelo texto constitucional de 1988, o que significa dizer: os Municípios, no exercício de sua autonomia, estão vinculados aos princípios constitucionais *sensíveis*, aos princípios federais *extensíveis* e aos princípios constitucionais *estabelecidos*.²

Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

[...] se é certo que a nova Carta Política contempla um elenco menos abrangente de *princípios constitucionais sensíveis*, a denotar, com isso, a expansão de poderes jurídicos na esfera das coletividades autônomas locais, o mesmo não se pode afirmar quanto aos *princípios federais extensíveis* e aos *princípios constitucionais estabelecidos*, os quais, embora disseminados pelo texto constitucional, posto que não é tópica a sua localização, configuram acervo expressivo de limitações dessa autonomia local, cuja identificação – até mesmo pelos efeitos restritivos que deles decorrem – impõe-se realizar.³

¹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 170p. p. 33 *et seq.*

² MORAES, Alexandre de. *Direito...* p. 256 *et seq.*

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade-MC n.º 216/PB. Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. j. 23.05.1990. DJ 07.05.1993.

Dando supedâneo ao entendimento jurisprudencial, a doutrina conceitua *princípios constitucionais estabelecidos* da seguinte forma:

[...] consistem em determinadas normas que se encontram espalhadas pelo texto da Constituição, e, além de organizarem a própria federação, estabelecem preceitos centrais de observância obrigatória aos Estados-membros em sua auto-organização. Subdividem-se em *normas de competência e normas de preordenação*.⁴

Vale dizer, em reforço, que os princípios constitucionais estabelecidos na Carta Magna devem ser, obrigatoriamente, observados pelos Municípios que compõem o respectivo Estado-Membro.

Daí se extrai a inconstitucionalidade do dispositivo legal sob comento.

Portanto, deve ser alterada a redação do inciso VI do artigo 24 da Lei Complementar n.º 10/2006, substituindo-se a palavra *até* pela expressão *no mínimo*.

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

A análise do Anexo I (com as alterações promovidas pela Lei Complementar n.º 129/2010) e do Anexo VI, ambos da Lei Complementar n.º 10, de 31 de julho de 2006, do Município de Felisburgo, permite verificar que alguns dos cargos em comissão ali previstos não possuem o vínculo de confiança exigido de assessores, chefes ou diretores, requisito essencial dos cargos de provimento em comissão.

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 257.

Os cargos em comissão de Técnico de Enfermagem PSF, Médico PSF, Odontólogo PSF, Enfermeiro PSF, Auxiliar de Consultório Odontológico PSF, Monitor de Programas Sociais, Assistente Social CRAS e Monitor de Creche, Ensino e Recreação previstos no Anexo I da Lei Complementar n.º 10/2006 (com as alterações promovidas pela Lei Complementar n.º 129/2010), e de Assessor Jurídico, Secretário de Gabinete, Assistente de Gabinete, Supervisor de Contabilidade, Coordenador de Educação, Médico, Odontólogo, Médico Veterinário, Bioquímico, Enfermeiro, Chefe do Serviço de Obras, Chefe do Serviço de Água e Chefe do Serviço de Transportes, previstos no Anexo VI da Lei Complementar n.º 10/2006, não encerram atividades que careçam de vínculo de confiança entre a autoridade nomeante e o respectivo nomeado.

A toda evidência, essa criação de cargos comissionados contrapõe-se 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 consequência, um serviço de melhor qualidade para a população. A real intenção que se percebe, diversamente, foi abrigar, sem concurso público e em detrimento do erário, cargos em comissão para funções meramente técnicas ou subalternas.

Não 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.”⁵

Portanto, a Lei Complementar n.º 10/2006 (com as alterações promovidas pela Lei Complementar n.º 129/2010), do Município de Felisburgo, afastou-se, em parte, dos direcionamentos doutrinários concedidos ao cargo em comissão, na medida em que estabelece relação de confiança – sem que ela exista efetivamente – entre o Prefeito Municipal, autoridade nomeante, e as pessoas que exercerão suas atribuições no âmbito do Município, agentes nomeados.

Segundo autorizada doutrina, temos:

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.⁶

E mais:

⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 503p. p. 89.

⁶ *Ibid.*, p. 91.

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.⁷

O Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, confirmou o seguinte entendimento:

O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra a Lei 1.939/98, do Estado de Mato Grosso, que dispõe sobre criação de cargos em comissão do Tribunal de Contas estadual e ao Ministério Público a ele vinculado, para declarar a inconstitucionalidade dos seus artigos 1º (na parte em que altera a redação dos artigos 3º e 14 e seu parágrafo único da Lei estadual 1.464/93); 2º; 3º e 7º, e do seu Anexo I, item I, quando trata do grupo operacional III; do seu Anexo II, quando trata do grupo operacional III; do seu Anexo VI, Tabela III, quando trata do grupo operacional III; do seu Anexo VIII, quando trata do grupo operacional III do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado. Asseverando que os cargos criados possuem atribuições meramente técnicas, portanto, sem caráter de assessoramento, chefia ou direção, entendeu-se caracterizada, na espécie, a ofensa ao inciso II do art. 37, da CF, que exige, para investidura em cargo público, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão, a prévia aprovação em concurso público de provas, ou de provas e títulos, bem como ao seu inciso V, que estabelece que os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.⁸ (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

⁷ PEREIRA JUNIOR, ob. cit., p. 89.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3706/MS. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. 15.8.2007.

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.⁹ (STF - ADI 3233 - PB - TP - Rel. Min. Joaquim Barbosa - DJU 14.09.2007 - p. 00030 grifo nosso)

Tais posicionamentos - doutrinário e jurisprudencial - têm sua razão de ser no inciso V do artigo 37 da Constituição da República, com redação ofertada pela EC n.º 19/98. Confira-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)

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

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

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3233-PB. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. 14.9.2007

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 da norma impugnada infere-se que ela não se compatibiliza em sua totalidade com o assentado no art. 23 da CEMG/89, na medida em que essa cláusula constitucional determina que tais cargos comissionados são direcionados tão somente para as atribuições de assessoramento, chefia e direção. Vejamos:

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 [...].¹⁰

Ao estabelecer que os cargos em comissão somente poderiam ser os de 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.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 331/333

Nesse diapasão, a norma hostilizada fomenta a investidura em cargos públicos (cargos em comissão) sem o imprescindível certame concursal, o que transforma a regra (investidura por concurso público) em exceção.

Por 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 aos princípios insculpidos na Constituição da República e, por conseguinte, na Constituição Estadual.

Em consequência, impõe-se reconhecer a inadequação do provimento, em comissão, de cargos cujas atribuições são meramente técnicas ou subalternas, prescindindo eles da necessária relação de confiança.

Portanto, a norma vergastada, ao criar cargos públicos de provimento em comissão, cujas atribuições 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 aos ora fustigados. Vejamos:

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. ¹¹

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei do Município de Patrocínio. Exercício das atividades de Defensor Público pelo Procurador Geral do Município. Criação de cargos comissionados de pedagogo e encarregados de serviços. Inconstitucionalidade. Defensoria Pública. Instituição prevista apenas no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal. Organização a cargo de lei complementar. Cargos de carreira a serem providos mediante concurso público. Vedação do exercício da advocacia aos Defensores Públicos. Encarregados de serviço e pedagogos. Funções de natureza profissional. Cargos subalternos ou eminentemente técnicos que integram a estrutura da administração. Ausência de fidúcia. Cargos de provimento efetivo mediante concurso. Normas declaradas inconstitucionais. Representação acolhida. - Os cargos públicos de encarregados de serviço e pedagogos encerram funções de natureza profissional - subalternas, no caso dos encarregados de serviços, e eminentemente técnicas, no caso dos pedagogos -, integrantes da estrutura da Administração Municipal. Em ambas as hipóteses não há atribuição de assessoramento, chefia ou direção e tampouco há que se falar em fidúcia, atributo característico dos cargos em comissão. Não se tratam, pois, de cargos de livre nomeação e exoneração, mas de cargos de provimento efetivo, cuja investidura só pode se dar, conforme comando constitucional (artigo 37, V, Constituição Federal, e artigo 23, da Constituição Estadual), por meio de concurso público. - Conquanto a prestação de assistência jurídica gratuita não seja exclusividade dos Defensores Públicos e nem monopólio da União e dos Estados, a Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, será criada apenas em nível federal e estadual (e no Distrito Federal), com normas gerais prescritas em lei complementar, exigindo organização própria, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais (artigo 134 da CF e artigo 130 da CE). ¹² (grifo nosso)

¹¹ 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

¹² 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

Quanto ao cargo de Assessor Jurídico, o Relator, Des. Herculano Rodrigues, na ADI n.º 1.0000.09.508357-2/000, em seu voto, assim se manifestou:

[...] Quanto ao cargo de Assessor Jurídico, verifica-se, pelas atribuições e pela formação exigida para o provimento, tratar-se de atividade própria de procurador municipal, eminentemente técnica, para a qual - à exceção do cargo de Procurador-Geral, este, tipicamente, um cargo de confiança - se exige concurso público. [...] ¹³ (grifo nosso)

Ainda no que toca à matéria disposta acima, o STF, no julgamento da ADI n.º 4261, não entendeu de forma diversa ao exposto:

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. ¹⁴ (grifo nosso)

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.09.508357-2/000 - RELATOR: DES. HERCULANO RODRIGUES – J. 22.09.2010 DJ 14.01.2011

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 4261/RO. Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. J. 02.08.2010 DJ 20.08.2010

No tocante aos cargos de Médico e Enfermeiro, em recente decisão o Excelso Tribunal Federal assim se manifestou:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, II E V. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. LEI 15.224/2005 DO ESTADO DE GOIÁS. INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, tais como os cargos de Perito Médico-Psiquiátrico, Perito Médico-Clínico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação. Ofensa ao artigo 37, II e V da Constituição federal. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV do art. 16-A da lei 15.224/2005 do Estado de Goiás, bem como do Anexo I da mesma lei, na parte em que cria os cargos em comissão mencionados.¹⁵ (Grifo nosso)

Por fim, especificamente quanto aos cargos em comissão de Técnico de Enfermagem PSF, Médico PSF, Odontólogo PSF, Enfermeiro PSF, Auxiliar de Consultório Odontológico PSF, Monitor de Programas Sociais, Assistente Social CRAS e Monitor de Creche, Ensino e Recreação, previstos no Anexo I da Lei Complementar n.º 10/2006 (com as alterações promovidas pela Lei Complementar n.º 129/2010), do Município de Felisburgo, o egrégio Tribunal de Justiça já decidiu pela necessidade de concurso público para provimento deles. Vejamos:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINAR. EMENDA INDEVIDA À INICIAL. NULIDADE DA SENTENÇA. REJEITADA. MÉRITO. CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS. PROFISSIONAIS

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3602/GO. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. J. 14.04.2011 DJ 07.06.2011

CONTRATADOS PARA O PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA. ATIVIDADES ROTINEIRAS DO INTERESSE DA MUNICIPALIDADE. NECESSIDADE PERMANENTE DA ADMINISTRAÇÃO. DESCARACTERIZAÇÃO DA NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. LEI ESPECÍFICA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, INCISOS II E IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE. A sentença deve refletir a realidade fática existente no momento em que é proferida. Portanto, se houve aprovação de lei no curso da lide que influa em seu julgamento, deve ser aplicada a regra do artigo 462 do CPC. A possibilidade de contratação temporária não é regra, mas sim, exceção, devendo ser desta forma interpretada pelos Legisladores Municipais sob pena de incorrer em ofensa ao disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal. Demonstrado que lei municipal, que regulamenta a contratação temporária, prevista no artigo 37, IX da Constituição Federal, a tem como regra e não atende ao excepcional interesse público ou ao requisito da temporariedade, impõe-se a declaração incidental de sua inconstitucionalidade, uma vez que as leis municipais devem observar os princípios estabelecidos na própria Constituição, e também na Constituição do Estado a que pertencer.¹⁶

Colhe-se do voto do eminente Relator:

[...]

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

[...]

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

[...]

Cumprе ressaltar que a determinação para a realização do concurso público não vincula os profissionais à forma de atendimento do PSF. Os servidores aprovados poderão desempenhar suas funções

¹⁶ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 1.0317.07.077474-8/002. Comarca de Itabira. Rel. Des. Armando Freire. j.

em quaisquer outras estratégias ou programas futuramente adotados pelo Município para o atendimento da saúde básica, que hoje é realizado através do Programa Saúde da Família.
[...] (grifo nosso)

Ademais, a matéria aqui aventada já foi sede de debate em nossa Suprema Corte, tendo o Ministro Ricardo Lewandowski assim se manifestado em seu voto, no bojo do julgamento da Reclamação n.º 4.464:

O que diz o Ministério Público na inicial? Na inicial ele faz alusão ao inquérito civil público e diz exatamente isto:

“(...) o PSF é, na verdade, uma Política de Governo que dura há mais de 10 (dez) anos, não havendo que se falar em admissão temporária, até porque a saúde é um direito permanente de todos e obrigação do Estado (...)”

Então ele exige que essas admissões se façam em caráter permanente, e, penso eu, segundo o regime estatutário.¹⁷ (grifo nosso)

Extrai-se, então, desse voto que o Programa de Saúde da Família demanda certame público, em face de seu caráter permanente.

Clara, portanto, a inconstitucionalidade parcial da lei complementar municipal em apreço.

3 Conclusão

Esta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade, considerando a inconstitucionalidade parcial da Lei Complementar n.º 10/2006 (com as alterações promovidas pela Lei Complementar n.º 129/2010), do Município de Felisburgo;

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recl. n.º 4464. Rel. Carlos Britto. j. 20 maio 2009. DJ 20/08/2009.

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 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) alteração da redação do inciso VI do artigo 24 da Lei Complementar n.º 10/2006, substituindo-se a palavra *até* pela expressão *no mínimo*;

b) revogação dos cargos em comissão de Técnico de Enfermagem PSF, Médico PSF, Odontólogo PSF, Enfermeiro PSF, Auxiliar de Consultório Odontológico PSF e Assistente Social CRAS, previstos no Anexo I da Lei Complementar n.º 10/2006 (com as alterações promovidas pela Lei Complementar n.º 129/2010), e de Assistente de Gabinete, Médico, Odontólogo, Médico Veterinário, Bioquímico, Enfermeiro, previstos no

Anexo VI da Lei Complementar n.º 10/2006; 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 isso, projeto de lei;

c) revogação dos cargos em comissão de Monitor de Programas Sociais, e Monitor de Creche, Ensino e Recreação, previstos no Anexo I da Lei Complementar n.º 10/2006 (com as alterações promovidas pela Lei Complementar n.º 129/2010), e de Assessor Jurídico, Secretário de Gabinete, Supervisor de Contabilidade, Coordenador de Educação, Chefe do Serviço de Obras, Chefe do Serviço de Água e Chefe do Serviço de Transportes, previstos no Anexo VI da Lei Complementar n.º 10/2006; podem os referidos cargos, se assim Vossa Excelência entender, figurar entre os cargos em comissão relacionados no quadro de recrutamento limitado desse Município, ou seja, providos por servidores efetivos, e, para tanto, apresentar projeto de lei.

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, 29 de janeiro de 2013.

ELAINE MARTINS PARISE

Procuradora de Justiça

Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade

Diap/Ivone/Graça