

Procedimento Administrativo n.º MPMG-0024.12.002411-2

Representado: Município de Diamantina

Representante: instauração *ex officio*

Objeto: Lei municipal n.º 3.529/2010 e Lei Complementar municipal n.º 018/1996, que versam sobre cargos comissionados

Espécie: Recomendação (que se expede)

Cargos comissionados. Prescindibilidade da relação de confiança. Desvirtuamento das atribuições de chefia, direção e assessoramento. Inconstitucionalidade.

Excelentíssimo Prefeito Municipal,

1. Preâmbulo.

Não obstante estar em trâmite, perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Ação Direta de Inconstitucionalidade resultante do PA n.º 0024.11.000678-0, em face do Anexo II (quanto aos cargos de *Coordenador I, II, e III, Assessor Técnico I, II e III, Gerente de Divisão I, II e III, Assessor de Gabinete I, II e III, Supervisor de Seção I, II e III, e Encarregado*), da Lei Complementar n.º 91, de 30 de

dezembro de 2010, e dos itens 2, 3, 6 e 7, do Anexo I, do Decreto n.º 239, de 29 de maio de 2012, do Município de Diamantina, esta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade instaurou de ofício o presente Procedimento Administrativo (n.º 0024.12.002411-2) para verificação dos pressupostos e condições formais e materiais, que legitimam o *Parquet* à propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de outras normas jurídicas do Município de Diamantina, que também versam sobre cargos comissionados.

Analisando a legislação municipal carreada aos autos, verifica-se que a Lei n.º 3.529/2010 e a Lei Complementar n.º 018/1996 padecem de vício de inconstitucionalidade.

Diante disso, 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 do Estado de Minas Gerais, resolve expedir a presente RECOMENDAÇÃO a Vossa Excelência, objetivando, com isso, que o próprio Poder idealizador da norma impugnada dê solução ao caso, exercendo seu poder de autocontrole da constitucionalidade, tudo nos termos a seguir.

2. Fundamentação.

2.1. DA LEGISLAÇÃO IMPUGNADA.

Eis o teor dos diplomas normativos fustigados:

LEI MUNICIPAL N.º 3.529, DE 26 DE MARÇO DE 2010.

“Dispõe sobre a vinculação administrativa da Banda Mirim “Prefeito Antônio de Carvalho Cruz” e dá outras providências.”

[...]

Art. 2º. Fica criado o cargo em comissão de recrutamento amplo de Regente de Banda Mirim “Prefeito Antônio de Carvalho Cruz”, com referência de vencimento 166.

[...]

LEI COMPLEMENTAR N.º 018, DE 29 DE MAIO DE 1996.

“Codifica o cargo de Diretor da Escola da FUMBEM, previsto na Lei Complementar n.º 16, de 12 de dezembro de 1995 e dá outras providências.”

[...]

Art. 2º. Para atender à estrutura administrativa da Fundação Municipal do Bem-Estar do Menor – FUNBEM, ficam criados os seguintes cargos de provimento em comissão:

- 03 (três) cargos de Diretor de Divisão, nível 91;
- 07 (sete) cargos de Chefe de Seção, nível 62.

Art. 3º. Fica acrescido ao quadro de cargos de provimento em comissão da Prefeitura Municipal, previsto no anexo III da Lei Complementar n.º 14 de 12 de junho de 1995, os cargos criados por esta lei.

[...]

2.2. CARGO COMISSONADO E FUNÇÃO DE CONFIANÇA. INSTITUTOS JURÍDICOS DISTINTOS. DISCRIMINAÇÃO CLARA NA LEI DE PREVISÃO. NECESSIDADE.

É importante destacar a diferença existente entre cargos em comissão e funções de confiança, de forma clara, na legislação federal, estadual e municipal de regência, em atenção às normas constitucionais.

A razão de ser dessa necessária distinção decorre da redação do inciso V, do artigo 37, dada pela EC n.º 19/98, da Constituição da República. Eis seu teor:

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 sentido harmonioso é a redação do § 1º do art. 21 e do art. 23, *caput*, ambos da Constituição do Estado de Minas Gerais:

Art. 21. (*omissis*)

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

Art. 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)

É que os cargos em comissão podem ser providos por meio de recrutamento amplo ou restrito, ou seja, por pessoas que não pertençam aos quadros dos servidores efetivos da Administração Pública ou por servidores efetivos do quadro de carreira, desde que, em ambos os casos, as atribuições sejam próprias de direção, chefia ou de assessoramento, a exigirem relação de confiança entre o nomeado e a autoridade nomeante. Já as denominadas funções gratificadas (ou de confiança) devem ser exercidas, exclusivamente, por servidores efetivos dos quadros de carreira da Administração Pública.

Conforme leciona José Carvalho dos Santos Filho¹:

Os cargos em comissão, ao contrário dos tipos anteriores, são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. Por isso é que na prática alguns os denominam de cargos de confiança. A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF). 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 n.º 19/98, da reforma do Estado, todavia,

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, “*Manual de Direito Administrativo*”, 16ª ed - Ed. Lumen Juris - Rio de Janeiro: 2006, p. 516.

alterando o inciso V do art. 37, restringiu essa investidura, **limitando 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 destinarem-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.

É detectada uma usual confusão existente na criação e preenchimento de cargos em comissão e função de confiança – são distintos, e essa diferença se verifica de modo explícito na ordem constitucional.

A experiência empírica, ademais, demonstra que muitos entes públicos, em desvio de finalidade, deixam de instituir, por lei, as **funções de confiança**, porque desinteressantes; haja vista que estas impõem, na expressa dicção constitucional (art. 37, V), a nomeação de servidores ocupantes de cargos efetivos.

Opta-se, então, por abraçar tudo sob o manto do cargo em comissão, para viabilizar a liberdade de nomeação, proporcionando o surgimento de apadrinhamentos escusos e da relação de vassalagem, com nociva dependência entre servidores, responsáveis por atividades ordinárias e/ou burocráticas da máquina pública, e os detentores do mandato político, em subversão ao espírito republicano.

2.3. NORMA MUNICIPAL. CARGOS COMISSIONADOS. INEXISTÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES CONCERNENTES À CHEFIA, ASSESSORAMENTO E DIREÇÃO. PRESCINDIBILIDADE DO REQUISITO DE CONFIANÇA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF.

Divisa-se, no particular, que não podem ser consignados como cargos de provimento em comissão de recrutamento amplo os elencados nas normas ora objurgadas.

A toda evidência, essas criações de cargos comissionados contrapõem-se ao princípio inculcado 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.

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.²

Portanto, as normas ora fustigadas se afastaram dos direcionamentos doutrinários concedidos ao cargo em comissão, na medida em que equiparam atribuições meramente técnicas e rotineiras a vínculos de natureza comissionada.

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.³

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.⁴

² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 503p. p. 89.

³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 503p. p. 91.

⁴ ob. cit. p. 89.

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 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.⁵ (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

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3706/MS. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. 15.8.2007.

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.⁶ (STF - ADI 3233 - PB - TP - Rel. Min. Joaquim Barbosa - DJU 14.09.2007 - p. 00030) (grifo nosso)

O propósito dos cargos comissionados, dessa forma, é o de assentar, em cargos relevantes, no comando superior da Administração, pessoas com simetria política e ideológica, para o exercício de funções especiais.

Portanto, inconstitucional será toda a legislação que abrigar, sem a exigência de concurso público e em detrimento do erário, cargos em comissão para funções meramente técnicas, administrativas, ordinárias ou subalternas, de modo a permitir o ingresso na máquina pública de pessoas simpáticas à Administração.

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)

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3233-PB. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. 14.9.2007

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 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 [...].⁷

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 331/333

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, por via obliqua, 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.

Em consequência, impõe-se reconhecer que se mostram inadequados os provimentos em comissão de cargos cujas atribuições são meramente técnicas ou subalternas, com exclusivo fundamento na relação de confiança.

Portanto, normas que criam 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, padecem

parcialmente do vício de inconstitucionalidade, uma vez que afrontam os 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.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim firmou entendimento:

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.⁸

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.

⁸ 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

- 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).⁹ (grifo nosso)

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. (TJMG - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.09.508357-2/000 - COMARCA DE PIRAPORA - REQUERENTE(S): PROCURADOR GERAL JUSTIÇA ESTADO MINAS GERAIS - REQUERIDO(A)(S): PREFEITO MUNICIPAL DE

⁹ 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

BURITIZEIRO, CÂMARA MUNICIPAL DE BURITIZEIRO -
RELATOR: EXMO. SR. DES. HERCULANO RODRIGUES)

Vale, ainda, quanto a esse último julgado colacionado, registrar importante trecho do voto do Relator:

No caso em tela, as Leis Municipais números 1.143/07 e 1.098/06, criam diversos cargos em comissão, de natureza duvidosa, e não especificam suas atribuições. Já a Lei nº 1.073/05, em seu Anexo V, descreve as atribuições de apenas alguns dos cargos criados. Quanto aos demais, deixa a fixação das atribuições a cargo de Decreto Municipal a ser editado - ato administrativo, e não lei em sentido estrito (material).

No tocante aos cargos comissionados cujas atribuições estão descritas na Lei nº 1.073/05, a simples leitura do texto legal nos permite constatar, sem maior esforço - seja pelas atribuições dos cargos, propriamente ditas, seja pela escolaridade exigida para o provimento -, que não possuem eles a natureza de cargos de confiança, de chefia, direção e assessoramento. É o caso dos cargos de Assessor de Planejamento Estratégico, Assessor de Comunicação Social, Assessor de Assuntos Municipais, Assessor de Controle Interno, Assessor de Gabinete, Assessor de Informações e Estatística, Coordenador de Creche, Gerente Pedagógico e Assessor de Transporte do Gabinete. Esses nada mais são do que cargos destinados ao desempenho de atividades subalternas, rotineiras da Administração, maquiados com denominações impróprias, de chefia, direção e assessoramento.

As atividades a que se refere a Lei são próprias da estrutura da Administração Municipal. Em todas as hipóteses mencionadas 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, portanto, de cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração, mas de cargos ou funções cujo provimento deve se dar por servidores efetivos, conforme comando constitucional (artigos 21, § 1º e 23, da Constituição Mineira).

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. [grifo nosso]

Além dos precedentes já transcritos, cumpre asseverar que, recentemente, no julgamento da ADI 3.602/GO, o Supremo Tribunal Federal manteve o mesmo entendimento:

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.¹⁰

Dessarte, não resta dúvida que os cargos acima transcritos violam o inciso V do art. 37 da Constituição da República e o art. 23 da Constituição Estadual

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3602/GO. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. J. 14.4.2011. DJ 07.06.2011.

2.4. LEI MUNICIPAL QUE NÃO ESTABELECE O PERCENTUAL MÍNIMO DOS CARGOS EM COMISSÃO A SEREM OCUPADOS POR SERVIDORES DE CARREIRA. INCONSTITUCIONALIDADE.

A criação de cargos em comissão exige outro requisito além da destinação dos mesmos às funções de chefia, direção e assessoramento, qual seja, o estabelecimento, em Lei, de percentuais mínimos de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira.

A Constituição da República dispõe, *in verbis*:

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 da 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 essa diretriz, 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)

Os diplomas legais ora em destaque apenas preveem a criação dos cargos de livre nomeação e exoneração do Prefeito Municipal, sem, contudo, indicar o percentual mínimo a ser preenchido por servidores efetivos.

Com a redação dada ao inciso V, do art. 37, da Constituição da República pela Emenda Constitucional (EC) n.º 19/98, visou o Legislador Constituinte Reformador, afastando a timidez da redação constitucional originária, extirpar da Administração Pública brasileira, em todos os níveis, a viciosa e histórica prática de nomeações de amigos, parentes e outros apaniguados que não possuem competência para o exercício das atribuições do cargo, privilegiando o servidor público de carreira que, acostumado à complexidade administrativa estatal, desempenha, desenganadamente, de forma mais adequada ao interesse público aquelas atribuições.

O provimento abusivo, isto é, por pessoas despreparadas, de cargos em comissão e funções em confiança é o alvo das modificações que a Emenda 19 introduziu no inciso V do art. 37. O texto emendado era tímido em sua tentativa de por cobro ao abuso, tendo apenas previsto uma reserva preferencial de sua ocupação em favor de servidores titulares de cargos de carreira técnica ou profissional. Era necessária a preferência em favor de quem já integrasse os quadros do serviço público, porquanto tais cargos e funções poderiam, como podem, ser exercidos por pessoas estranhas aos quadros, sem qualquer vínculo funcional com a Administração Pública. Mas não era suficiente a medida porque não se dimensionava a preferência, fosse quantitativa ou qualitativamente.¹¹

¹¹ Ob. cit. p. 90.

2.5 DEFINIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES CONCERNENTES AOS CARGOS EM COMISSÃO. NECESSIDADE DE LEI EM SENTIDO ESTRITO.

É cediço que as atribuições específicas de direção, chefia ou assessoramento não de estar explicitadas de forma clara e incontroversa na lei que institui o cargo em comissão.

Nesse esteira, cristalina lição de Marçal Justen Filho:

Somente a lei pode criar o cargo público, entendido como um conjunto inter-relacionado de competências, direitos e deveres atribuídos a um indivíduo. Essa é a regra geral consagrada no art. 48, X, da Constituição, que comporta uma ressalva à hipótese do art. 84, VI, b. Esse dispositivo permite ao Chefe do Executivo promover a extinção de cargo público, por meio de ato administrativo.

A criação e a disciplina do cargo público faz-se necessariamente por lei no sentido de que a lei deverá contemplar a disciplina essencial e indispensável. Isso significa estabelecer o núcleo das competências, dos poderes, dos deveres, dos direitos, do modo da investidura e das condições do exercício das atividades. Portanto, não basta uma lei estabelecer, de modo simplista, que ‘fica criado o cargo de servidor público’.

Exige-se que a lei promova a discriminação das competências e a inserção dessa posição jurídica no âmbito da organização administrativa, determinando as regras que dão identidade e diferenciam a referida posição jurídica.¹²

Nesse sentido, inúmeros julgados dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e do Rio Grande do Sul:

Ação direta de inconstitucionalidade. Leis municipais criando cargos de provimento em comissão que não expressam atribuições de assessoramento, chefia e direção de nível superior. Revogação. Perda do objeto. Decreto que, por delegação de lei municipal, fixa as atribuições dos cargos de provimento em comissão e de provimento

¹² Justen Filho, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 848

efetivo. Inadmissibilidade. Matéria reservada à lei. Inconstitucionalidade reconhecida.¹³

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 2609/2005 DO MUNICÍPIO DE CANGUÇU. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO SEM PREVISÃO DAS ATRIBUIÇÕES. INCONSTITUCIONALIDADE. Apresenta-se inconstitucional a disposição de Lei Municipal que cria cargo em comissão sem estabelecer as respectivas atribuições do respectivo cargo. A tentativa da municipalidade de suprir a omissão através de decreto não tem o efeito de sanar a inconstitucionalidade, porquanto há necessidade das atribuições do cargo vir também dispostas por lei. Inconstitucionalidade por violação do artigo 32 da Constituição Estadual.¹⁴

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO MUNICÍPIO DE SARANDI QUE CRIA DIVERSOS CARGOS EM COMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 1) À criação de cargos comissionados, indispensável que suas atribuições estejam especificadas em lei, não se convalidando através de regulamentação posterior por meio de ato administrativo. 2) Caso concreto em que as atribuições dos cargos não se coadunam com as funções de direção, chefia ou assessoramento, as quais, pelo texto constitucional, são determinantes para a criação dos cargos em comissão. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME.¹⁵

Vale destacar o voto proferido pela Relatora da ADI n.º 4.125/TO, Ministra Cármen Lúcia, o seguinte trecho:

Se a caracterização de determinado cargo dá-se pelas atribuições que lhes são conferidas, dúvidas não remanescem de que essas alterações importariam, reflexamente, na criação de novos cargos. Daí a

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. ADI 994092253756 SP, Órgão Especial, Rel. Boris Kauffmann, 14-07-2010, v.u., DJe 04-10-2010.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. ADI n.º 70022601256 Tribunal Pleno. Rel. Des. Guinther Spode, j. 04-08-2008

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. ADI n.º 70031460298. Tribunal Pleno. Rel. Des. José Aquino Flores de Carvalho, j. 14-12-2009

inconstitucionalidade das expressões 'atribuições', 'denominações' e 'especificações' de cargos contidas no art. 8º da Lei n. 1.950/2008.

Como se vê, é indispensável a especificação em lei das atribuições dos cargos comissionados por ela instituídos.

3. Conclusão.

Ante o exposto, considerando as inconstitucionalidades dos dispositivos legais vergastados;

Considerando, outrossim, que ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, sendo 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 idealizador da norma impugnada, 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;

Esta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade expede a presente RECOMENDAÇÃO a Vossa Excelência, nos termos e condições abaixo fixadas:

- a) a **implementação das providências jurídicas necessárias à revogação da Lei n.º 3.529/2010 e da Lei Complementar n.º 018/1996;**
- b) a **fixação, em Lei, do percentual mínimo dos cargos em comissão a serem ocupados por servidores efetivos dos quadros de carreira da Administração Pública;**

Fixa-se, nos termos do inciso IV, parágrafo único, do art. 27, da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, o prazo de 30 (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-se diretamente ao Excelentíssimo Prefeito Municipal:

- a) a divulgação adequada e imediata da presente recomendação;

b) informações por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, contados a partir do vencimento do prazo de 30 (trinta) dias acima fixado, sobre o posicionamento jurídico do Poder Público municipal acerca da recomendação;

Belo Horizonte, 31 de janeiro de 2013.

MARCOS PEREIRA ANJO COUTINHO
Promotor de Justiça
ASSESSOR ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE