

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

DIREITO ADMINISTRATIVO. CARGOS
COMISSIONADOS. NATUREZA DAS ATRIBUIÇÕES.
DIREÇÃO, CHEFIA, ASSESSORAMENTO.
DESCARACTERIZAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE.
QUANTIDADE DE CARGOS COMISSIONADOS.
DESpropORCIONALIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE.
POSSIBILIDADE.

NOTA TÉCNICA Nº 07/2020 – CAOP-PPTS

(artigo 23, inciso II, da Lei Complementar 12/94)

I – INTRODUÇÃO

Trata-se de Orientação Técnica elaborada em face de questionamentos feitos por diversos Promotores de Justiça, com atuação na Defesa do Patrimônio Público, em relação à existência de número expressivo de Cargos Comissionados em órgãos municipais.

II- FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

II.1-REGRA DO CONCURSO PÚBLICO. EXCEPCIONALIDADE CARGO EM COMISSÃO. NATUREZA JURÍDICA DAS ATRIBUIÇÕES.

Inicialmente, o artigo 37, inciso II da Constituição Federal, disciplina que a investidura em cargo ou emprego público, requer a prévia aprovação em concurso público. Excepcionalmente, o mesmo dispositivo, permite a investidura do agente público por meio da livre nomeação em cargo comissionado. Vejamos:

art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

JOSÉ SANTOS DE C. FILHO¹, ao interpretar o dispositivo, assevera que *“a prévia aprovação em concurso público é, como regra, condição de ingresso no serviço público. O alcance da exigência deve ser o mais amplo possível, de modo que pode se considerar que a exigência da aprovação em concurso se configura como a regra geral”*.

O STF² firmou sólida jurisprudência no sentido de que o art. 37, II, da CF rejeita qualquer burla à exigência de concurso público. Há diversos precedentes em que a tônica é a absoluta impossibilidade de se afastar esse critério de seleção dos quadros do serviço público, entre eles a ADI 2.689³ de relatoria da Ministra Ellen Gracie, a ADI 1.350 MC⁴ de relatoria do Ministro Celso de Mello e a ADI 951⁵ de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.

De outro lado, para os cargos em comissão, o artigo 37, inciso V da CF, dispensa o concurso público, o que não significa ser inteiramente livre⁶ a escolha dos seus ocupantes, consoante decorre do inciso V do mesmo dispositivo da Constituição. Vejamos:

1 Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

2 A corte editou também a Súmula Vinculante nº 43 que reitera a regra da investidura do agente público por concurso público, nos seguintes termos *“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.”*

3 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266886>

4 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346992>

5 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266595>

6 Acerca do tema, ensina MARÇAL JUSTEN FILHO: *“Em primeiro lugar, a Constituição não atribui à lei infraconstitucional autonomia para instituir cargos em comissão quando bem o entender. Como regra, os cargos em comissão são destinados „apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento“. Logo, é inconstitucional criar cargo em comissão para outro tipo de competência que não essas acima referidas, tal com infringe à Constituição dar ao ocupante do cargo em comissão atribuições diversas”* JUSTEN FILHO, op. cit., p. 593.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Art. 37, inciso V, CF: 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;

O STF, no julgamento do RE 1041210 SP⁷ em regime de Repercussão Geral, interpretou o supramencionado dispositivo e fixou a tese de que são requisitos necessários para criação de cargos em comissão, os seguintes:

- a) que os cargos se destinem ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;**
- b) necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;**
- c) que as atribuições dos cargos em comissão estejam descritas de forma clara e objetiva na própria lei que os cria; e**
- d) que o número de cargos comissionados criados guarde proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os institui.**

Nesse tópico, analisaremos os requisitos das letras “a”, “b” e “c” da Tese fixada pelo STF, relacionados, pois, à natureza das atribuições dos cargos em comissão.

Primeiramente, aduz a Tese do STF que os cargos somente se destinam ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, nos termos do art. 37, inciso V da CF.

Os termos direção, chefia e assessoramento apresentam uma imprecisão técnica⁸. Afinal, as atividades de direção e chefia são equivalentes, sendo a chefia um nível de direção. O assessoramento, por sua vez, pressupõe um conhecimento técnico especializado.

⁷Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900672>

⁸ Análise do CNMP sobre os termos direção, chefia e assessoramento. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-controle-administrativo-e-financeiro/atuacao/manual-do-ordenador-de-despesas/recursos-humanos-e-gestao-de-pessoas/servidores-comissionados-criterios-de-recrutamento-e-selecao-para-cargos-de-direcao-chefia-e-assessoramento#:~:text=Afinal%2C%20as%20atividades%20de%20dire%C3%A7%C3%A3o,pressup%C3%B5e%20um%20conhecimento%20t%C3%A9cnico%20especializado.>

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Por didática, trazemos o precedente do TCE-PR, no Processo Nº 90189/15⁹, que buscou esclarecer os termos supramencionados: *“direção e chefia pressupõem competências decisórias e o exercício do poder hierárquico em relação a outros servidores, nos termos previstos em ato normativo; os cargos de direção estão relacionados ao nível estratégico da organização, enquanto os cargos de chefia atuam no nível tático e operacional. [...] A função de assessoramento diz respeito ao exercício de atribuições de auxílio, quando, para o seu desempenho, for exigida relação de confiança pessoal com o servidor nomeado, hipótese em que deverá ser observada a compatibilidade da formação ou experiência profissional com as atividades a serem desenvolvidas”*.

Ainda, o TCU¹⁰, em Relatório de Levantamento (Processo nº 011.954/2015-9), aduziu que “quanto às atribuições, a direção e a chefia estão relacionadas às competências decisórias, cujos titulares possuem uma equipe subordinada. Os cargos de direção estão relacionados ao nível estratégico da organização, enquanto os cargos de chefias atuam nos níveis tático e operacional. Já o assessoramento é a prestação de auxílio e de assistência a agentes mais graduados, detentores de competências decisórias. O nível do assessoramento pode variar de acordo com a estrutura organizacional. A grosso modo, os assessores auxiliam os cargos de direção e os assistentes são subordinados aos cargos de chefia.”

Também, afastando a imprecisão técnica dos termos “*direção*”, “*chefia*” e “*assessoramento*”, o STF completou a Tese do RE 1041210 SP esclarecendo que os cargos em comissão não se prestam ao desempenho de “*atividades burocráticas, técnicas ou operacionais*”. Desse modo, atividades rotineiras em que não há atribuição de comando ou direção da administração, que requeira a relação de confiança, são tarefas executivas de funções típicas serviço público, a serem ocupadas por servidores efetivos, selecionados por concurso.

A Corte já tinha aclarado o referido entendimento anteriormente. Vejamos:

9 Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2017/8/pdf/00320045.pdf>

10 Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1332%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuiid=995491e0-5a0a-11e9-9b45-fd128a3e69bb

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Embargos de declaração em recurso extraordinário. Conversão em agravo regimental, conforme pacífica orientação da Corte. Lei distrital que criou cargos em comissão para funções rotineiras da Administração Pública. Impossibilidade. 1. A decisão ora atacada reflete a pacífica jurisprudência da Corte a respeito do tema, a qual reconhece a inconstitucionalidade da criação de cargos em comissão para funções que não exigem o requisito da confiança para seu preenchimento. 2. Esses cargos, ademais, deveriam ser preenchidos por pessoas determinadas, conforme descrição constante da aludida lei. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual é negado provimento (RE nº 376.440/DF-ED, Tribunal Pleno, de minha relatoria, DJe de 14/11/14).

O parecer¹¹ da Douta Procuradoria-Geral da República, no RE 1041210 SP também foi nesse sentido, nos seguintes termos “a mera conjugação da execução de tarefas triviais com suposta direção não supre o requisito constitucional, que exige atribuições de efetivo estabelecimento de diretrizes, planejamento de ações com amplo espectro de discricionariedade e tomada de decisões políticas. Já o assessoramento requer conhecimentos técnicos, no auxílio especializado à tomada de decisões dos chamados programas normativos finalísticos, em que se abrem grandes campos de avaliação e de opções discricionárias dos agentes públicos”.

Nessa linha, não basta que o cargo comissionado tenha denominação de “direção”, “chefia” ou “assessoramento”. Para que seja justificada a excepcionalidade do provimento em comissão, é necessário avaliar a natureza das atribuições dos cargos comissionados, as quais devem estar descritas de forma objetiva na lei que o criou, assim assevera o item “c” da retromencionada Tese de Repercussão Geral do STF (RE 1041210 SP).

Também é esse o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Vejamos:

ÓRGÃO ESPECIAL. AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. CRIAÇÃO DE CARGOS
COMISSIONADOS SEM ESPECIFICAÇÃO DAS
ATRIBUIÇÕES. ARTS. 43, 46 E ANEXO DA LEI Nº
5.843/2017 DE CARUARU. OFENSA AO PRINCÍPIO DA

11 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900672>

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

RESERVA LEGAL. VÍCIO DE DELEGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO DO DETALHAMENTO DOS CARGOS EM COMISSÃO, VIA DECRETO, PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. POSSIBILIDADE DE DANO AO ERÁRIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PROCEDÊNCIA DO PLEITO PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS VERGASTADOS. EFEITOS EX NUNC. DECISÃO UNÂNIME. 1. Em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, impõe-se a erradicação dos artigos 43 e 46, anexo único, da Lei nº 5.843/17 - alterada pela Lei nº 5.844/17 - do Município de Caruaru, Estado de Pernambuco, por inocultável vulneração aos artigos 15, incisos V e VII, e 19, § 1º, incisos II e VI, da Constituição do Estado de Pernambuco; 2. A Lei deve descrever, minuciosamente, as atribuições dos cargos comissionados, em ordem a não deixar a mais mínima dúvida sobre a adequação existente entre as atividades inerentes ao cargo em comissão, e as situações excepcionais que dispensam a realização de concurso público; 3. Dentro de um sistema constitucional no qual somente a lei formal e material é que pode restringir e limitar direitos, e em que a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, as atribuições de um determinado cargo somente podem constar em lei, já que é apenas a lei - e não Decreto do Chefe do Poder Executivo Municipal - que vincula o administrador. Precedentes STF e TJPE.

(TJ-PE - ADI: 4849027 PE, Relator: Frederico Ricardo de Almeida Neves, Data de Julgamento: 13/05/2019, Órgão Especial, Data de Publicação: 05/09/2019)

Não é suficiente, pois, inserir a expressão “*assessor*”, “*diretor*” ou “*chefe*”, pois delas não se extrai a real dimensão dos cargos. É imperiosa a previsão das atribuições de cada qual deles, evitando-se termos vagos e imprecisos.

Assim, para que a lei criadora de cargos comissionados se ajuste à exceção disposta no art. 37, inciso V, da CF, necessariamente terá de prever as atribuições dos cargos, as quais terão de corresponder à função de direção, chefia e assessoramento.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Corroborando esse entendimento, trazemos à colação os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DA DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES CORRESPONDENTES. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE Nº 748.371. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA. 1. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais pela Municipalidade exige a descrição de suas respectivas atribuições na própria lei. Precedente: ADI 4.125, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe 15/2/2011. 2. Os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, quando debatidos sob a ótica infraconstitucional, não revelam repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário Virtual do STF, na análise do ARE nº 748.371, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes. 3. A decisão judicial tem que ser fundamentada (art. 93, IX), ainda que sucintamente, sendo prescindível que o decisor se funde na tese suscitada pela parte. Precedente: AI-QO-RG 791.292, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 13/8/2010. 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: Ação Direta de Inconstitucionalidade Leis Complementares nºs 38 (de 06 de agosto de 2008), 45 (de 27 de julho de 2009), 55 (de 15 de março de 2010), do Município de Buritama (Dispõem sobre criação de cargos de provimento em comissão- Imprescindibilidade da descrição de atribuições para os cargos de assessoramento, chefia e direção Afronta ao princípio da legalidade Inconstitucionalidade declarada Ação julgada procedente. 5. Agravo regimental DESPROVIDO (RE nº 806.436/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 17/9/14).

EMENTA – STF – DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI MUNICIPAL. CRIAÇÃO DE

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE CARÁTER DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA OU DIREÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE SERVIDOR NOMEADO E SUPERIOR HIERÁRQUICO. IMPOSSIBILIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. FIXAÇÃO DO MONTANTE DA REMUNERAÇÃO. RESERVA LEGAL. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 05.3.2012. Esta Corte entende que é inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuam caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandem relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico. Agravo regimental conhecido e não provido. (RE 735788 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 12/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 28-08-2014 PUBLIC 29-08-2014);

Noutro giro, sobre a necessária relação de fidúcia que justifique a criação do cargo em comissão, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA¹² busca traduzir o que seria essa confiança: "**confiança haverá de ser considerada em relação às condições de qualificação pessoal e à vinculação do agente escolhido com a função a ser desempenhada.** Não é possível, juridicamente, tomar como mera função, sem o correspondente no quadro administrativo, um conjunto de atribuições que deve ser instituído como inerente a um cargo público. Nem se há de considerar de confiança o que precisa ser tratado e provido segundo exigências e critérios profissionais insuperáveis. **Nem se há de considerar de confiança pessoal condições personalíssimas do agente eleito, como parentesco etc., pois tanto caracterizaria mero nepotismo, proibido constitucional e infraconstitucionalmente, o que vem sendo cumprido, aliás, com rigor pelo Poder Judiciário**".

A existência da relação de confiança, pois, deve justificar-se pela qualificação técnica e idoneidade moral do nomeado para cargo comissionado. Nessa mesma linha, o STF editou a Súmula Vinculante 13¹³, que coíbe a prática do nepotismo no

12 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 177.

13 Súmula Vinculante nº 13: "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal"

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

âmbito do Poder Público. O entendimento vinculante é excepcionalmente afastado para cargos públicos de natureza política, ressalvados os casos de inequívoca falta de razoabilidade, por manifesta ausência de qualificação técnica ou inidoneidade moral. Vejamos os precedentes:

“Súmula Vinculante nº 13 - A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”

Direito Administrativo. Agravo interno em reclamação. Nepotismo. Súmula Vinculante 13. 1. O Supremo Tribunal Federal tem afastado a aplicação da Súmula Vinculante 13 a cargos públicos de natureza política, ressalvados os casos de inequívoca falta de razoabilidade, por manifesta ausência de qualificação técnica ou inidoneidade moral. Precedentes. 2. Não há nos autos qualquer elemento que demonstre a ausência de razoabilidade da nomeação. [Rcl 28.024 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 29-5-2018, DJE 125 de 25-6-2018.]

Conclui-se do estudo da base teórica e jurisprudencial que somente é permitida a exceção ao princípio do concurso público do art. 37, inciso II da CF, em virtude da natureza da atividade a ser desempenhada, a qual, em razão de sua peculiaridade, pressupõe relação de fidúcia entre nomeante e nomeado, fundamentada na qualificação técnica e idoneidade moral.

II.2 PERCENTUAIS MÍNIMOS. ANÁLISE DA PROPORCIONALIDADE

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo modelo de Administração Pública Gerencial ao instituir a obrigatoriedade de

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

concurso para ingresso no serviço público, conforme disciplina o já mencionado art. 37, inciso II, da CF.

Nessa linha, a interpretação mais fidedigna ao espírito da Constituição Federal é a de que a criação de cargos comissionados, prevista no art. 37, inciso V, deve ser excepcional. Vejamos novamente a redação do inciso:

Art. 37, inciso V, CF: 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;

Primeiramente, tem-se que os "**percentuais mínimos**" de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira, citados no inciso supra, não têm previsão em norma geral. Emerge disso a capacidade de Estados e Municípios legislarem sobre o tema. Por esse motivo, os Promotores de Justiça devem verificar se há lei disciplinando a matéria na municipalidade.

A reserva de percentual mínimo, em ato normativo, de cargos de provimento em comissão a servidores de carreira compatibiliza a liberdade de provimento de cargos comissionados com os princípios que norteiam a atividade administrativa, notadamente, a moralidade.

O princípio da moralidade impõe o recrutamento do pessoal que servirá ao Poder Público por procedimento objetivo de escolha. Excepcionalmente, caberá o provimento em comissão e, mesmo dentre essas hipóteses, há que prevalecer a preferência por quem já integra a carreira efetiva.

Deve se estabelecer, desse modo, uma proporcionalidade para que alguns cargos de provimentos em comissão sejam preenchidos por servidores públicos efetivos. A observância da proporcionalidade é necessária, outrossim, para assegurar a qualidade, a eficiência, a profissionalização e a continuidade do serviço público, sobretudo por ocasião das mudanças de governo, quando se verifica uma substituição significativa dos ocupantes de cargos importantes da direção superior.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao avaliar a fixação dos percentuais mínimos, fixou o entendimento de que pelo menos 50% dos cargos de provimento em comissão devem ser ocupados por servidores efetivos. Vejamos os precedentes:

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PERCENTUAL DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO A SEREM PREENCHIDOS POR SERVIDORES EFETIVOS - EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE FIXAÇÃO POR LEI - Mora verificada Inconstitucionalidade por omissão reconhecida, com fixação de prazo de 180 (cento e oitenta) dias para tomada das providências necessárias, após o que, **em caso de persistência da mora, 50% dos cargos em questão deverão ser preenchidos por servidores efetivos.** Ação procedente, com determinação.” (TJSP, ADI nº 2069053-15.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Moacir Peres, j. em 16.08.15 v.u – g.n.)¹⁴.*

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. Ausência de edição de lei específica que estabeleça percentual mínimo dos cargos de provimento em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira, na estrutura administrativa do Município de Valparaíso, conforme preconiza o artigo 115, V, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade latente. Mora legislativa configurada. Ação procedente com fixação do prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que a omissão seja suprida, bem como determinar que, enquanto persistir a omissão legislativa, ao menos 50% (cinquenta por cento) dos cargos em comissão sejam preenchidos por servidores efetivos.” (TJSP, ADI nº 2010554-38.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Péricles Piza, j. em 10.06.15 v.u – g.n.)¹⁵.

Noutro giro, deve-se observar que a correlação entre o número de cargos em comissão e o número de cargos efetivos deve guardar uma proporcionalidade que permita ao órgão público desempenhar suas funções.

Nesse sentido, há manifestação da Suprema Corte: “Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e

14 Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/Controle_Constitucionalidade/Adins_P_GJ_Iniciais_2017/59CB7FA8CBDC9908E050A8C0DD010AFB

15 Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/Controle_Constitucionalidade/Adins_P_GJ_Iniciais_2017/59CB7FA8CBDC9908E050A8C0DD010AFB

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

à finalidade que os ensejam. Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local.” (RE 365.368-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-5-2007, Primeira Turma, DJ de 29-6-2007.).

O STF reiterou o entendimento no julgamento do RE 1041210 SP¹⁶, em regime de Repercussão Geral, fixando a tese de que entre os requisitos para criação de cargos em comissão está a observância da proporcionalidade, expressa nos seguintes termos “*o número de cargos comissionados criados guarde proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os instituiu*”.

Nesses termos, concebida a proporcionalidade como o liame de adequação da criação de cargos comissionados, conclui-se que **existindo quantitativo excessivo de cargos em comissão preenchidos é exacerbado, há inconstitucionalidade material pela afronta ao que determina o art. 37, V, da Constituição Federal. Mormente, considerando-se que os cargos comissionados deveriam ser exceção à regra da acessibilidade por concurso público e que se prestam, somente, às funções de direção, chefia e assessoramento.**

Ao apreciar o tema, o STF na ADI nº 4.125/TO de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, assim decidiu:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO CARGOS EM COMISSÃO CONSTANTE DO CAPUT DO ART. 5º, DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º E DO CAPUT DO ART. 6º; DAS TABELAS II E III DO ANEXO II E DAS TABELAS I, II E III DO ANEXO III À LEI N. 1.950/08; E DAS EXPRESSÕES ATRIBUIÇÕES, DENOMINAÇÕES E ESPECIFICAÇÕES DE CARGOS CONTIDAS NO ART. 8º DA LEI N. 1.950/2008. CRIAÇÃO DE MILHARES DE CARGOS EM COMISSÃO. DESCUMPRIMENTO DOS ARTS. 37, INC. II E V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A legislação brasileira não admite desistência de ação direta de inconstitucionalidade (art. 5º da Lei n. 9.868/99). Princípio da Indisponibilidade. Precedentes. 2. A ausência de aditamento da inicial noticiando as

16Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900672>

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

alterações promovidas pelas Leis tocaninenses ns. 2.142/2009 e 2.145/2009 não importa em prejuízo da Ação, pela ausência de comprometimento da essência das normas impugnadas. 3. O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocaninense e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 evidencia a inobservância do princípio da proporcionalidade. 4. A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos. A não submissão ao concurso público fez-se regra no Estado do Tocantins: afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição da República. Precedentes. 5. A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão, não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais. 6. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República. Precedentes. 7. A delegação de poderes ao Governador para, mediante decreto, dispor sobre as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado, é inconstitucional porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei. 8. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º, caput, e parágrafo único; art. 6º; das Tabelas II e III do Anexo II e das Tabelas I, II e III do Anexo III; e das expressões atribuições, denominações e especificações de cargos contidas no art. 8º da Lei n. 1.950/2008. 9. Definição do prazo máximo de 12 (doze) meses, contados da data de julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, para que o Estado faça a substituição de todos os servidores nomeados ou designados para ocupação dos cargos criados na forma

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

da Lei tocaninense n. 1.950 (Tribunal Pleno, DJe de 15/2/11).

Nesse cenário, o Promotor de Justiça poderá promover Ação Civil Pública de Obrigação de Fazer contra a Municipalidade, cuja causa de pedir será a inconstitucionalidade, fundamentada na inobservância do art. 37, V, da CF, nos termos da ADI 3.706, ADI nº 4.125/TO e da Tese de Repercussão Geral (RE 1041210 SP¹⁷), ambas do STF.

Cabe referir, neste ponto, que, além de revelar-se cabível o controle incidental de constitucionalidade de leis municipais em face da Constituição da República, assiste, ao magistrado singular, a competência, para, após resolução de questão prejudicial, declarar, monocraticamente, a inconstitucionalidade de quaisquer atos do Poder Público. Vejamos os precedentes da Corte nesse tema:

"Ação declaratória. Declaração 'incidenter tantum' de inconstitucionalidade. Questão prejudicial. O controle da constitucionalidade por via incidental se impõe toda vez que a decisão da causa o reclame, não podendo o juiz julgá-la com base em lei que tenha por inconstitucional, senão declará-la em prejudicial, para ir ao objeto do pedido. Recurso extraordinário conhecido e provido." (RTJ 97/1191, Rel. Min. RAFAEL MAYER - grifei)

E M E N T A: RECLAMAÇÃO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE - QUESTÃO PREJUDICIAL - POSSIBILIDADE - INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PRECEDENTES - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio

17Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900672>

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

principal. Precedentes. Doutrina. (Rcl 1898 ED, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 05-08-2014 PUBLIC 06-08-2014)

EMENTA: *AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina. Ação Civil Pública e Controle Difuso (Transcrições) RCL 1.733-SP (medida liminar) RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO.¹⁸*

Nesse mesmo sentido, apresenta-se a doutrina na lição de HUGO NIGRO MAZZILLI¹⁹:

"Entretanto, nada impede que, por meio de ação civil pública da Lei n. 7.347/85, se faça, não o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, mas, sim, seu controle difuso ou incidental.(...) assim como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo seja objetada em ações individuais ou coletivas (não em ações diretas de inconstitucionalidade, apenas), como causa de pedir (não o próprio pedido) dessas ações individuais ou dessas ações civis públicas ou coletivas."

De outro lado, os pedidos, na Ação Civil Pública, poderão ser a concessão de tutela fundada na urgência/evidência, nos termos do art. 300 e seguintes do código de processo civil, combinado com o art. 12 da lei federal nº 7.347/85, a fim de impor ao órgão do

18 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=RCL+602&pagina=4&base=INFO>

19 HUGO NIGRO MAZZILLI ("O Inquérito Civil", p. 134, item n. 7, 2ª ed., 2000, Saraiva

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

município, i) a obrigação de fazer, consubstanciada na suspensão da eficácia dos artigos específicos da lei ou da resolução que criaram os cargos comissionados questionados; ii) a obrigação de fazer consubstanciada na redução do número excessivo de cargos de provimento em comissão, na proporção de 50%, para cargos em comissão, à razão de 50% para cargos de provimento efetivo.

Já o pedido final poderá ser a procedência para que o órgão municipal, seja condenado à obrigação de fazer, consubstanciada na redução do número excessivo de cargos de provimento em comissão, reduzindo para 50% (cinquenta por cento) os cargos em comissão, à razão de 50% para cargos de provimento efetivo.

Ainda, o Promotor de Justiça deve observar a vigência do art. 8º, inciso V, da Lei Complementar nº173/20 que vedou a realização de novos concursos públicos, até 31 de dezembro de 2021, exceto para reposições de vacâncias, em decorrência da Calamidade Pública Federal da COVID-19. Dessa maneira, a pertinência do pedido de deflagração do concurso para preenchimento de cargos efetivos, deve ser avaliada caso a caso. Vejamos o dispositivo:

Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:

V - realizar concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV;

II.3- REMUNERAÇÃO DOS CARGOS COMISSIONADOS. GRATIFICAÇÕES. LIMITES DE GASTOS COM PESSOAL.

Nos dizeres de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, remuneração compreende: *“o montante percebido pelo servidor público a título de vencimentos e de vantagens pecuniárias. É, portanto, o somatório das várias parcelas pecuniárias a que faz jus, em decorrência de sua situação funcional”*²⁰.

20 Manual de Direito Administrativo. Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2008. 19ª edição. pag. 649

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

De outro lado, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO²¹, sobre gratificações, ensina que: “A regra que tem prevalecido, em todos os níveis de governo, é a de que os estipêndios dos servidores públicos compõem-se de uma parte fixa, representada pelo padrão fixado em lei, e de uma parte que varia de um servidor para o outro, em função de condições especiais de prestação do serviço, em razão do tempo de serviço e outras circunstâncias previstas nos estatutos funcionais e que são denominadas, genericamente, de vantagens pecuniárias; elas compreendem, basicamente, adicionais, gratificações e verbas indenizatórias”.

Acresce a isso que o princípio da legalidade, nos atos da Administração, tem lastro no artigo 37 caput, e no respectivo inciso X da CF, pelo qual a remuneração dos servidores públicos somente poderá ser fixada ou alterada por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

A propósito da reserva de lei em matéria de remuneração de servidores públicos já se pronunciou o Pretório Excelso:

Em tema de remuneração dos servidores públicos, estabelece a Constituição o princípio da reserva de lei. É dizer, em tema de remuneração dos servidores públicos, nada será feito senão mediante lei, lei específica. CF, art. 37, X, art. 51, IV, art. 52, XIII. Inconstitucionalidade formal do Ato Conjunto n. 01, de 5-11-2004, das Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Cautelar deferida (ADI n. 3.369-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 16-12-04, DJ de 1º-2-05).

“O tema concernente à disciplina jurídica da remuneração funcional submete-se ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei, vedando-se, em consequência, a intervenção de outros atos estatais revestidos de menor positividade jurídica, emanados de fontes normativas que se revelem estranhas, quanto à sua origem institucional, ao âmbito de atuação do Poder Legislativo, notadamente quando se tratar de imposições restritivas ou de fixação de limitações quantitativas ao estipêndio devido aos agentes públicos em geral. - O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A

21 Direito Administrativo. Atlas:São Paulo, 2003. 15ª edição. pag. 446

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

reserva de lei - analisada sob tal perspectiva - constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Executivo, em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes” (STF, ADI-MC 2.075-RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 07-02-2001, v.u., DJ 27-06-2003, p. 28).

Este também é o entendimento da doutrina, anotando HELY LOPES MEIRELLES²² que “os vencimentos –padrão e vantagens– só por lei específica (reserva legal específica) podem ser fixados ou alterados (art. 37, X), segundo as conveniências e possibilidades da Administração” .

Desse modo, primeiramente, é necessário que o Promotor de Justiça identifique se há previsão legal para concessão de gratificações aos ocupantes de cargos comissionados. Em caso negativo, a concessão destas ofende o princípio da legalidade, inserido no art. 37, caput da CF e contraria o entendimento vinculante da ADI 3.369-MC e ADI-MC 2.075-RJ, supracitadas.

Outrossim, as gratificações no Direito Brasileiro consistem em vantagens que, precariamente, são concedidas aos servidores da

²² Direito administrativo brasileiro, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 483

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

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.

Nessa linha, HELY LOPES MEIRELLES²³ aduz que existem duas espécies de gratificações, a saber: pessoais ou de serviços.

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 morte e doença. Percebe-se, então, que essas gratificações possuem sempre caráter transitório e não se incorporam automaticamente aos vencimentos.

Em síntese, o acréscimo patrimonial não deve ser concedido à luz de critérios subjetivos, pessoais e indiscriminados pela autoridade municipal, pois se encontra vinculado à lei, à natureza do serviço a ser desenvolvido, bem como ao desempenho de funções especiais. A possibilidade de fixação aleatória de seu valor viola os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade, interesse público

Destarte, afigura-se necessário investigar, caso a caso, se a concessão de gratificações implica favorecimentos pessoais, a despeito da identidade objetiva de situações jurídicas, o que vai de encontro aos princípios acima referenciados.

Assim é que, sob pena de ofensa dos sobreditos princípios, a permissão de concessão de gratificações ao alvedrio exclusivo do administrador deve ser apartada, vez que desfalcada de qualquer critério razoável e, portanto, fundada em mecanismo puramente arbitrário. Em caso análogo, assim decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Expressões 'comissionados' e 'de até 100% (cem por cento)' do art. 6º da Lei nº 1.133, de 11 de setembro de 1989, na redação dada pela Lei nº 2.344, de 22 de novembro de 2016. Servidor público. Cargo em comissão. Remuneração. Gratificação. Dedicção plena. Percentual aleatório. Art. 107 da Lei Complementar nº

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

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

13, de 18 de julho de 1995, na redação dada pelo art. 2º da Lei Complementar nº 114, de 21 de fevereiro de 2017. Licença para tratar de assunto particular. Obrigatoriedade de concessão. Preliminar. Lei nº 1.133, de 11 de setembro de 1989. Lei anterior à Constituição do Estado de São Paulo. Inviável o controle de constitucionalidade. Pedido não conhecido, neste ponto. A instituição de gratificação pecuniária não é um simples meio de aumentar os vencimentos dos servidores públicos. Além de descrever o fato que gera o direito a seu recebimento, deverá ser pautada pela fixação de critérios idôneos para sua concessão e ter nexos com a atividade desenvolvida. A atividade desempenhada pelo titular do cargo em comissão pressupõe a exclusividade da prestação de serviço apenas para a Administração Pública, sendo vedado ter outro emprego. Sua remuneração já abrange todos os encargos e responsabilidades possíveis. Além disso, os percentuais da gratificação variam até 100 e podem ser fixados discricionariamente pelo Chefe do Executivo, movido por critérios puramente subjetivos, o que por si só é inaceitável do ponto vista racional, pois servidores que se encontram na mesma situação jurídica podem receber, por mera liberalidade do prefeito, a vantagem em grau máximo, enquanto que um seu colega sequer a receba ou a receba em percentual menor, por mero capricho ou perseguição do prefeito. Princípios da razoabilidade, moralidade e interesse público violados. Violação aos arts. 111, 128 e 144, da CE/89. Com relação ao art. 107 da Lei Complementar nº 13/95, com as alterações promovidas pelas Leis Complementares nº 113/16 e nº 114/17, o pedido é improcedente. Ao contrário do afirmado pelo autor, a concessão da licença para tratamento de assunto particular não fica ao exclusivo arbítrio do servidor público. Como pode se observar da leitura do § 1º do art. 107, seu gozo está sujeito a ato discricionário do Chefe do Executivo, pois 'a licença não será concedida quando o afastamento do funcionário for inconveniente ao serviço público'. Ação parcialmente procedente." (TJ/SP, ADI nº 2064288-30.2017.8.26.0000, Des. Rel. Carlos Bueno, julgada em 18 de outubro de 2017) g.n

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Noutro giro, no que diz respeito aos valores percentuais das gratificações é necessário averiguar o cumprimento dos limites de gastos com pessoal, dispostos na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), Vejamos, nesse sentido, resposta à consulta do TCE-PE, PROCESSO T.C. Nº 0602225-0²⁴:

II. A concessão de qualquer gratificação está condicionada à previsão legal e à obediência ao artigo 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal que estabelece ser nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda: as exigências dos artigos 16 e 17 da própria Lei de Responsabilidade Fiscal e o disposto no inciso XIII do artigo 37 e no § 1º do artigo 169 da Constituição Federal;

Importante pontuar ainda que a Lei Complementar nº 173/2020 promoveu alterações na Lei de Responsabilidade Fiscal, em virtude da pandemia da COVID-19.

A nova legislação estabeleceu várias disposições atinentes a gastos com pessoal. Os arts. 7º e 8º, respectivamente, promovem mudanças, alterando-se os arts. 21 (despesas com pessoal no final de mandato) e 65 (calamidade pública); e prevendo uma série de proibições e limitações à expansão dos gastos com pessoal até 31/12/2021.

As alterações do art. 21, notadamente, o inciso III, impõem limites ao aumento de pessoal de forma escalonada, prevendo parcelas que extrapolam o mandato do titular do Poder ou órgão que tenha cargo eletivo. Vejamos a redação deste artigo:

"Art. 21. É nulo de pleno direito:

I - o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda: a) às exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar e o disposto no inciso XIII do caput do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição Federal; e b) ao limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo;

II - o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final

24Disponível em: http://www2.tce.pe.gov.br/processosJoomla/processos/consulta_processo.asp?ITHcprc=06022250

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20;

III - o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20;

IV - a aprovação, a edição ou a sanção, por Chefe do Poder Executivo, por Presidente e demais membros da Mesa ou órgão decisório equivalente do Poder Legislativo, por Presidente de Tribunal do Poder Judiciário e pelo Chefe do Ministério Público, da União e dos Estados, de norma legal contendo plano de alteração, reajuste e reestruturação de carreiras do setor público, ou a edição de ato, por esses agentes, para nomeação de aprovados em concurso público, quando:

a) resultar em aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo; ou

b) resultar em aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo.

§ 1º As restrições de que tratam os incisos II, III e IV:

I - devem ser aplicadas inclusive durante o período de recondução ou reeleição para o cargo de titular do Poder ou órgão autônomo; e

II - aplicam-se somente aos titulares ocupantes de cargo eletivo dos Poderes referidos no art. 20.

§ 2º Para fins do disposto neste artigo, serão considerados atos de nomeação ou de provimento de cargo público aqueles referidos no § 1º do art. 169 da Constituição Federal ou aqueles que, de qualquer modo, acarretem a criação ou o aumento de despesa obrigatória."

Desse modo, o Promotor de Justiça deve verificar junto ao órgão da municipalidade, se os dispositivos estão sendo observados, sob pena de restrições ao Poder Legislativo

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Municipal, nos termos do art. 22, parágrafo único da Lei de Responsabilidade Fiscal de responsabilização do Gestor .

Nesse sentido, o precedente do TJPE na APL nº 4983759 PE de 2018. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO DE CAMARAGIBE. CRIAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS SEM PREVISÃO NA LEI ORÇAMENTÁRIA E SEM AS DISPOSIÇÕES ACERCA DE SUAS ATRIBUIÇÕES. EXTRAPOLAÇÃO DO LIMITE PERMITIDO PARA GASTO COM PESSOAL. MÁCULA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO. ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92. DOLO DEMONSTRADO. PRESCINDIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE DANO. CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APELO DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. Paulo Roberto de Santana interpôs Apelação Cível em face da sentença que julgou parcialmente procedente o pleito exordial contido na Ação Civil Pública Declaratória de Ato de Improbidade Administrativa, para condená-lo pela prática dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 11, caput e inciso I, da Lei nº 8.429/92, a suspensão dos direitos políticos pelo período de 05 (cinco) anos, pagamento de multa consistente no valor de 50 (cinquenta) vezes o valor da remuneração por ele percebida, quando do exercício do cargo de Prefeito deste município, cujo valor será atualizado, a contar do arbitramento, mediante correção monetária (tabela ENCOGE) e juros de mora de 1% ao mês, e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, por ele ou por intermédio por pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por 03 (três) anos. 2. Com relação ao Apelo nº 0004082-18.2009.8.17.0420, de relatoria do Des. José Ivo de Paula Guimarães, o Ministério Público foi intimado para esclarecer a possível existência de bis in idem com a condenação ora recorrida, afirmando que o objeto daquela ação diverge da questão ora tratada, não se configurando bis in idem. A parte ré, embora devidamente intimada, ficou-se inerte. Analisando a documentação acostada aos autos pelo Ministério Público, não se verifica singularidade de fato a ensejar condenação em duplicidade do ex-Prefeito. Além disso,

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

diante da ausência de esclarecimento e impugnação pela parte interessada, entendendo superada esta questão. 3. Segundo a documentação constante nos autos, o Ministério Público instaurou Inquérito Civil a fim de apurar a ilegalidade/inconstitucionalidade das novas leis municipais nºs 003/97 (fl. 64/80), 013/97 (fls. 81/82) e 083/00 (fls. 83/84), projetos do ex-prefeito apelante (fls. 17). A Lei nº 003/97 listou a estrutura organizacional do Município, criando diversos cargos públicos para compô-la. A Lei nº 013/97 ampliou o número desses cargos efetivos, assim como a Lei nº 083/00, que criou mais órgãos e cargos de provimento em Comissão. 4. Diante dos fatos, o TCE, ao julgar o processo TC 9705037-4 e 9706388-5 (correlato) (fl. 105), que tratava da irregularidade do gasto com pessoal no Município na gestão do ex-Prefeito, considerou que houve extrapolação do limite de gastos com pessoal, como também provimento de cargos comissionados sem a previsão legal de suas atribuições, e que, em sua defesa, o ex-prefeito apelante não elidiu os fatos narrados. Assim, aplicou-lhe multa de 5.000 UFIRs, nos termos do art. 52 da Lei 10.651/91 (Decisão TC 1923/99, fl. 111/112). 5. No relatório complementar desses processos (fls. 127/1(...)) 19. Cabe aos agentes públicos o zelo pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato da coisa pública (art. 4º da Lei nº 8429/92 c/c o art. 37 da Constituição republicana), de forma a punir veementemente os agentes que agem em desacordo com tais ditames. Importante dizer, ainda, que é pacífico na jurisprudência do STJ que o ato de improbidade em desatenção ao art. 11 (violação de princípios) prescinde da existência de dano. 20. Ou seja, presente o dolo, que, repito, está amplamente comprovado nos autos, consubstanciado na intenção do réu de criar os cargos públicos sem previsão na lei orçamentária, sem as disposições acerca de suas atribuições, e extrapolando o limite permitido para gasto com pessoal, configurado está o ato de improbidade por violação aos princípios administrativos, merecendo, o malfeitor, a subsunção ao art. 11, caput e inciso I, da Lei nº 8.429/92.21. Deve ser dito que é completamente despicienda a alegação da parte apelante de que, como constam mais 05 processos contra ele tramitando na

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Justiça Federal e mais 32 na Justiça Estadual, a pena aqui imposta mostra-se elevada, levando-se em conta sua idade e condição financeira, pois tal informação não serve para diminuir a gravidade do ato por ele praticado. 22. A gravidade da conduta do apelante impõe uma condenação robusta, assim como a imposta pelo juízo monocrático.23. Apelo desprovido, mantendo-se a sentença em todos os seus termos. Decisão unânime.

(TJ-PE - APL: 4983759 PE, Relator: Erik de Sousa Dantas Simões, Data de Julgamento: 23/10/2018, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 07/11/2018)

III- CONCLUSÃO

Inicialmente, o artigo 37, inciso II da Constituição Federal, disciplina que a investidura em cargo ou emprego público, requer a prévia aprovação em concurso público. Excepcionalmente, o mesmo dispositivo, permite a investidura do agente público por meio da livre nomeação em cargo comissionado.

De outro lado, para os cargos em comissão, o artigo 37, inciso V, da CF, dispensa o concurso público, o que não significa ser inteiramente livre²⁵ a escolha dos seus ocupantes, consoante decorre do inciso V do mesmo dispositivo da Constituição.

O STF, no julgamento do RE 1041210 SP²⁶ em regime de Repercussão Geral, interpretou o supramencionado dispositivo e fixou a tese de que são requisitos necessários para criação de cargos em comissão, os seguintes:

a) que os cargos se destinem ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;

25 Acerca do tema, ensina MARÇAL JUSTEN FILHO: “Em primeiro lugar, a Constituição não atribui à lei infraconstitucional autonomia para instituir cargos em comissão quando bem o entender. Como regra, os cargos em comissão são destinados „apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento“. Logo, é inconstitucional criar cargo em comissão para outro tipo de competência que não essas acima referidas, tal com infringe à Constituição dar ao ocupante do cargo em comissão atribuições diversas” JUSTEN FILHO, op. cit., p. 593.

26Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900672>

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

- b) necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;
- c) que as atribuições dos cargos em comissão estejam descritas de forma clara e objetiva na própria lei que os cria; e
- d) que o número de cargos comissionados criados guarde proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os institui.

Concluiu-se do estudo da base teórica e jurisprudencial que somente é permitida a exceção ao princípio do concurso público do art. 37, inciso II da CF, em virtude da natureza da atividade a ser desempenhada, a qual, em razão de sua peculiaridade, pressupõe relação de fidúcia entre nomeante e nomeado, fundamentada na qualificação técnica e idoneidade moral. O contrário disso induz à inconstitucionalidade material da Lei Municipal que de criação dos Cargos Comissionados.

Ainda, o artigo 37, inciso V da CF aduz que os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei.

O princípio da moralidade impõe o recrutamento do pessoal que servirá ao Poder Público por procedimento objetivo de escolha.

Outrossim, excepcionalmente caberá o provimento em comissão e, mesmo dentre essas hipóteses, há que prevalecer a preferência por quem já integra a carreira efetiva.

Salutar, desse modo, uma proporcionalidade para que alguns cargos de provimentos em comissão sejam preenchidos por servidores públicos efetivos. A observância da proporcionalidade é necessária, outrossim, para assegurar a qualidade, a eficiência, a profissionalização e a continuidade do serviço público, sobretudo por ocasião das mudanças de governo, quando se verifica uma substituição significativa dos ocupantes de cargos importantes da direção superior.

Noutro giro, deve-se observar também que a correlação entre o número de cargos em comissão e o número de cargos efetivos deve guardar proporcionalidade. Nesse sentido, há manifestação da Suprema Corte: *"Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número*

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local." (RE 365.368-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-5-2007, Primeira Turma, DJ de 29-6-2007.).

Nesses termos, concebida a proporcionalidade como o liame de adequação da criação de cargos comissionados, conclui-se que, existindo quantitativo excessivo de cargos em comissão preenchidos, há inconstitucionalidade material, pela afronta ao que determina o art. 37, V, da Constituição Federal, conforme ADI nº 4.125/TO de relatoria da Ministra Carmen Lúcia.

Nesse cenário, o Promotor de Justiça poderá promover Ação Civil Pública de Obrigação de Fazer contra a Municipalidade, cuja causa de pedir será a inconstitucionalidade da Lei Municipal, fundamentada na inobservância do art. 37, V, da CF, nos termos da ADI 3.706, ADI nº 4.125/TO e da Tese de Repercussão Geral (RE 1041210 SP²⁷), todas do STF.

Por outro lado, por ocasião do ajuizamento da ação, o Promotor de Justiça deve observar a vigência do art. 8º, inciso V, da Lei Complementar nº173/20 que vedou a realização de novos concursos públicos, até 31 de dezembro de 2021, exceto para reposições de vacâncias. Dessa maneira, a pertinência do pedido de deflagração do concurso para preenchimento de cargos efetivos, deve ser avaliada caso a caso.

Quanto às gratificações conferidas aos cargos comissionados, é necessário que o Promotor de Justiça identifique se há previsão legal para instituição. Em caso negativo, a concessão destas ofende o princípio da legalidade, inserido no art. 37, caput da CF e contraria o entendimento vinculante da ADI 3.369-MC e ADI-MC 2.075-RJ, supracitadas.

Outrossim, afigura-se necessário observar, se a concessão de gratificações implica favorecimentos pessoais, a despeito da identidade objetiva de situações jurídicas, o que vai de encontro aos princípios da impessoalidade e da moralidade, inseridos no art. 37, caput da CF.

Noutro giro, no que diz respeito aos valores percentuais das gratificações é necessário averiguar o cumprimento dos limites de gastos com pessoal, dispostos na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei

27Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900672>

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Complementar nº 101/2000). Nesse sentido, colacionamos resposta à consulta do TCE-PE, PROCESSO T.C. Nº 0602225-0²⁸.

Importante pontuar ainda que a Lei Complementar nº 173/2020 promoveu alterações na Lei de Responsabilidade Fiscal, em virtude da pandemia da COVID-19. As alterações do art. 21, notadamente, o inciso III, impõem limites ao aumento de pessoal de forma escalonada, prevendo parcelas que extrapolam o mandato do titular do Poder ou órgão que tenha cargo eletivo.

Desse modo, o Promotor deve verificar junto ao órgão municipal se os dispositivos estão sendo observados, sob pena de restrições ao Poder Público, nos termos do art. 22, parágrafo único da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar nº 101/00) e de responsabilização administrativa do Gestor. Nesse sentido, o precedente do TJPE na *APL nº 4983759 PE de 2018*

Recife, 21 de agosto de 2020.

Lucila Varejão Dias Martins

Coordenadora CAOP-PPTS

28Disponível em: http://www2.tce.pe.gov.br/processosJoomla/processos/consulta_processo.asp?ITHcprc=06022250