



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-RELATOR DO PROCESSO TC Nº 7254/2015

Interessado: PREFEITURA DE JOÃO NEIVA
Assunto: REPRESENTAÇÃO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, pelo Procurador abaixo subscrito, no uso de suas atribuições institucionais, manifesta-se nos seguintes termos.

Trata-se de representação em face do Executivo Municipal de João Neiva, por burla ao princípio do concurso público, tendo em vista a manutenção de estrutura jurídica do município composta exclusivamente por cargos comissionados.

Observou-se nos autos que a municipalidade extinguiu o único cargo efetivo de advogado e criou cargo de Procurador Adjunto, de provimento em comissão, sem especificar as respectivas atribuições, de modo que a representação jurídica passou a ser exercida exclusivamente por ele e pelo Procurador Geral do município.

A Unidade Técnica entendeu plausível que o cargo de Procurador Adjunto seja provimento livremente haja vista que ele **“pode ser de assessoramento”** ao Procurador Geral.

Ora, isto é apenas uma suposição não se atentou ao fato de que a lei não descreveu as atribuições do cargo, elemento indispensável para a aferição da sua natureza jurídica.

O art. 37, II, da Constituição Federal ao estabelecer a obrigatoriedade do concurso público para a investidura em cargo ou emprego público ressalva a nomeação para os cargos em comissão, declarando-os de livre nomeação e exoneração.

O cargo em comissão é aquele de preenchimento transitório, instável, cujo provimento dispensa o concurso público, pois se trata de cargo de confiança, destinando-se, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal às atribuições de direção, chefia ou assessoramento.

Além do vínculo precário com a Administração Pública, o cargo em comissão também se diferencia do cargo de provimento em efetivo pelo fato de que o primeiro se destina ao exercício de função de direção, chefia ou assessoramento e exige, além dos conhecimentos profissionais, uma relação de confiança entre a autoridade que nomeia e o nomeado, ao passo que o segundo se caracteriza por ser um cargo cujo exercício pressupõe a execução de atividades de ordem técnica ou administrativa com funções burocráticas ou operacionais, que apenas exigem conhecimentos profissionais para seu bom desempenho.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

A natureza jurídica de um cargo extrai-se das atribuições para ele definidas em lei e não da sua nomenclatura; por isso mesmo, viola o princípio da legalidade, a criação de cargos comissionados sem que haja a fixação das respectivas atribuições, conforme se observa dos seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL QUE CRIA CARGOS EM COMISSÃO. **ATRIBUIÇÃO DE CHEFIA, DIREÇÃO OU ASSESSORAMENTO. MERA NOMENCLATURA DO CARGO SEM ESPECIFICAÇÃO DE SUAS ATRIBUIÇÕES. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 32, CAPUT DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA.** É inconstitucional a lei municipal que cria cargo em comissão de direção, chefia ou assessoramento sem especificar as atribuições do cargo, em verdadeira burla à exigência do concurso público e ao princípio da impessoalidade. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROCEDENTE.** (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70021418397, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 18/02/2008)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍNEAS "C" E "D" DO ARTIGO 11 DA LEI Nº 5.231, DE 07 DE JUNHO DE 2006, DO MUNICÍPIO DE PELOTAS. **CARGOS EM COMISSÃO. FALTA DE ESPECIFICAÇÃO DAS RESPECTIVAS ATRIBUIÇÕES. AFRONTA AOS ARTS. 19, "CAPUT", INC. I, E 32, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. CABÍVEL A CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO SOMENTE COM ATRIBUIÇÕES DEFINIDAS DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO.** PRELIMINAR REJEITADA. **AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.** (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70020587267, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Osvaldo Stefanello, Julgado em 12/05/2008)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARTE DO ARTIGO 20 DA LEI MUNICIPAL Nº 1.456, DE 24 DE JANEIRO DE 2006, DO MUNICÍPIO DE ENTRE-IJUÍ. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DA ATRIBUIÇÃO. VIOLAÇÃO AO TEXTO CONSTITUCIONAL. **A parte do artigo 20 da Lei Municipal nº 1.456, de 24 de janeiro de 2006, do Município de Entre-Ijuís, que cria cargos de chefe, assessor e diretor sem definir as atribuições que incumbem ao servidor que vier assumir os cargos, tampouco referir qualificação técnica desejável, viola o artigo 32, caput, da Constituição Estadual e fere o princípio da legalidade.** **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.** (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70021371968, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 04/08/2008)

Com efeito, a Constituição Federal (art. 37, V) e a Constituição Estadual (art. 32, V) ao estabelecer que os cargos em comissão somente podem ser direcionados à direção, chefia e assessoramento, vinculou o legislador infraconstitucional, **que não conta com a faculdade de criá-los sem atribuições ou com atribuições da sua conveniência, as quais, impreterivelmente, devem estar previstas e especificadas em lei formal.**

Dessa forma, a dúvida lançada pela unidade técnica para aduzir a constitucionalidade da norma pesa justamente em desfavor do ato, **pois somente as descrições das atribuições do cargo em lei são capazes de demonstrar a sua natureza jurídica.**

Ademais, à exceção do Procurador Geral, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de **não ser possível a criação de outros cargos integrantes da carreira para provimento em comissão**, conforme se vê na ementa do



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Julgamento da ADI 2682/AP, pelo Supremo Tribunal Federal, Min. Gilmar Mendes, julgamento 12/09/2009:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Expressão "preferencialmente" contida no art. 153, § 1º, da Constituição do Estado do Amapá; art. 6º da Lei Complementar 11/1996, do Estado do Amapá, na parte em que conferiu nova redação ao art. 33 da Lei Complementar 6/1994 do mesmo Estado; e redação originária do art. 33, § 1º, da Lei Complementar 6/1994, do Estado do Amapá. 3. Rejeitada a preliminar de inépcia da petição inicial. A mera indicação de forma errônea de um dos artigos impugnados não obsta o prosseguimento da ação, se o requerente tecer coerentemente sua fundamentação e transcrever o dispositivo constitucional impugnado. 4. Provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração pelo Governador, dentre advogados, dos cargos de Procurador-Geral do Estado, Procurador de Estado Corregedor, Subprocurador-Geral do Estado e Procurador de Estado Chefe. Alegada violação ao art. 132 da Constituição Federal. A forma de provimento do cargo de Procurador-Geral do Estado, não prevista pela Constituição Federal (art. 132), pode ser definida pela Constituição Estadual, competência esta que se insere no âmbito de autonomia de cada Estado-membro. Precedentes: ADI 2.581 e ADI 217. Constitucionalidade dos dispositivos impugnados em relação aos cargos de Procurador-Geral do Estado e de seu substituto, Procurador de Estado Corregedor. Vencida a tese de que o Procurador-Geral do Estado, e seu substituto, devem, necessariamente, ser escolhidos dentre membros da carreira. **5. Viola o art. 37, incisos II e V, norma que cria cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, o qual não possui o caráter de assessoramento, chefia ou direção. Precedentes. Inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados em relação aos cargos de Subprocurador-Geral do Estado e de Procurador de Estado Chefe.** 6. Ação julgada parcialmente procedente. (grifos acrescidos)

Assim, mister seja negada exequibilidade ao artigo 1º da Lei Municipal n. 1.509/2004, por expressa violação ao estabelecido no II e V do artigo 37 da CRFB, *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 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;

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; [...]

Lado outro, também **está cabalmente demonstrada nos autos a contratação temporária de advogado sem o preenchimento dos requisitos constitucionais.**

O constituinte só permitiu duas exceções ao princípio da obrigatoriedade do concurso público: uma no caso dos cargos em comissão (art. 37, II e IX), outra no caso de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

contratação por tempo determinado, para atender serviço temporário de excepcional interesse público (art. 37, IX).

A Carta Republicana é expressa ao determinar no art. 37, inciso II, e parágrafo 2º, que a prévia aprovação em concurso público é condição *sine qua non* para o ingresso no serviço público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, bem como a contratação temporária, nos casos e hipóteses previstas em lei, sob pena de nulidade do ato.

Assim, a dispensa de concurso público para contratação de servidores configura medida extrema, que só pode ser admitida em situações excepcionalíssimas, identificadas, uma a uma no caso concreto, conforme autorização contida em lei.

A exceção a essa regra fundamental, de caráter eminentemente republicano, contemplada no art. 37, IX, da CF, há de ser aplicada restritivamente pelo legislador local, ao qual cumpre estabelecer os limites e as condições para a contratação temporária.¹

É fundamental trazer à baila as manifestações do Procurador do Ministério Público junto ao Egrégio Tribunal de Contas da União, Lucas Rocha Furtado², segundo o qual *“a contratação de servidores temporários constitui – ou deveria constituir – hipótese de utilização bastante restrita no serviço público”*, vejamos:

a legitimidade para contratação temporária prevista na Constituição pressupõe a necessidade da contratação seja temporária, e não apenas que o contrato firmado com o servidor tenha prazo limitado. Exemplo de evidente equívoco ocorre com a contratação de professores substitutos em universidades federais. Não obstante a contratação desses professores seja feita no prazo determinado, a necessidade da Administração é permanente, o que não autoriza a utilização do regime previsto no mencionado art. 37, IX.

Outrossim, pontifica o sempre citado Celso Antônio Bandeira de Melo³:

cabem alguns cuidados evidentes, tanto no reconhecimento do que seja a situação excepcional ensejadora do contrato a ser feito, quanto na caracterização de seus requisitos, sem o que estar-se-ia desconhecendo o sentido da regra interpretada e favorecendo a reintrodução de `interinos`, em dissonância com o preceito em causa. Desde logo, não se coadunaria com a sua índole, contratar pessoal senão para evitar declínio do serviço ou para restaurar-lhe o padrão indispensável mínimo seriamente deteriorado pela falta de servidores. Vale dizer: tais contratos não podem ser feitos simplesmente em vista de aprimorar o que já existia e tenha qualidade aceitável, compatível com o nível corrente a que está afeita a coletividade a que se destina.

Em segundo lugar, cumpre que tal contratação seja indispensável; vale dizer, indubitavelmente não haja meios de supri-la com o remanejamento de pessoal ou redobrado esforço dos servidores já existentes.

Em terceiro lugar, sempre na mesma linha de raciocínio, não pode ser efetuada para instalação ou realização de serviços novos, salvo, é óbvio, quando a irrupção de situações emergentes os exigiria e já agora por motivos indeclináveis, como os de evitar a periclitación da ordem, segurança ou saúde.”

¹ SILVA, José Afonso da. Op. Cit. p. 340.

² FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 893.

³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta. 2ª edição, São Paulo: RT, 1991. p. 83.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

A contratação temporária de agentes públicos comporta, pois, visualização restrita, eis que sua utilização é “*para atender a necessidade de excepcional interesse público*”, conforme dicção do art. 37, IX, *in fine*, da CF/88.

Nesta linha de inteligência, vale colacionar extrato do voto do eminente Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, relator da ADI 3430:

Este Tribunal, ademais, também já decidiu, de forma convergente com a doutrina, que, para a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja pré-determinado; c) a necessidade seja temporária; e, d) o interesse público seja excepcional.⁴

Destarte, no caso vertente, constata-se a ilegalidade da contratação ante a ausência dos pressupostos da temporariedade e excepcionalidade, o que foi admitido nos autos pela ausência de defesa do interessado.

Ante o exposto, oficia o **Ministério Público de Contas**:

1 – preliminarmente, seja negada exequibilidade ao art. 1º artigo da Lei Municipal n. 1.509/2004, observada a reserva de plenário;

2 – no mérito, seja julgada procedente a representação para determinar à municipalidade que adote as providências necessárias à sustação da ilegalidade, sem prejuízo de aplicar multa pecuniária ao responsável - ROMERO GOBBO FIGUEREDO – pela prática de graves infrações à norma, nos termos do art. 135, inciso II, da LC n. 621/12.

Vitória, 8 de janeiro de 2016.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

⁴ **ADI 1.500/ES**, Rel. Min. Carlos Velloso. Cf., também, CRETELLA JR, José. Comentário à Constituição de 1988. Vol. IV. Forense, São Paulo: 1991, p. 2203, para quem “*a contratação do agente público, para desempenho de função pública, tem de ser (a) por tempo determinado, (b) para atender a necessidade temporária, (c) deve esse tipo de necessidade ser de interesse público e, por fim, (d) o interesse público deve ser de caráter excepcional. Sem essas quatro conotações do texto – tempo determinado, necessidade temporária, interesse público bem caracterizado, excepcionalidade do interesse – a contratação é nula, ou pelo menos, anulável, rescindindo-se o acordo.*”