

A inconstitucionalidade da norma que cria cargo comissionado sem caráter de chefia, direção e assessoramento

Márcio Berto Alexandrino de Oliveira

Advogado

Especialista em Direito Processual pela PUCIMinas

Autor de obras e artigos jurídicos publicados pelas

Editoras Lumen Juris, Fórum e RT

Procurador-Geral da Câmara Municipal

de Guanhães/MG

Ladir Fernandes Júnior

Advogado

Especialista em Direito Público pela

Universidade Gama Filho

Pós-graduando em Direito Eleitoral pela PUCIMG

Pós-graduando em Direito Previdenciário pela FAVENI

Ex-consultor jurídico do Município de

Governador Valadares/MG

Ex-procurador do Município de Dom Cavati/MG

Ex-assessor jurídico do Município de

Santa Maria do Suaçuí/MG.

RESUMO

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme está prevista no inciso II do artigo 37 da Constituição de 1988, estando excepcionadas as nomeações para o exercício de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração. No entanto, depara-se com várias normas no ordenamento brasileiro dispendo sobre a criação de cargos comissionados para o exercício de atividades permanentes, rotineiras e burocráticas da Administração Pública, o que afronta os ditames fixados pelo Texto Constitucional. O Poder Judiciário tem tido uma postura ativa e exemplar ao declarar a inconstitucionalidade de normas que tentam burlar a exigência de concurso público e, por conseguinte, esvaziar a garantia constitucional. É verdade que o Poder Legislativo está autorizado a inovar no sistema jurídico, no entanto, essa prerrogativa não é absoluta, tendo em vista as limitações previstas na Lei Maior.

Assim, quando o legislador introduz norma atentatória ao sistema jurídico, o mesmo deve ser responsabilizado, visto que há limites constitucionais para o exercício da função parlamentar, até porque todos os Poderes Constituídos estão subordinados às diretrizes constitucionais, sob pena de o ato praticado não ser legítimo. Dessa forma, qualquer ato tendente a esvaziar uma garantia ou direito constitucional deve ser repudiado e os responsáveis responsabilizados nos termos legais.

Palavras-chave: Devido processo legislativo. Concurso público. Vinculação. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

Investiture in a public position or job depends on prior approval in a public competition for tests or tests and titles, as provided for in item II of article 37 of the 1988 Constitution, with exceptions being made for appointments to hold positions in freely appointed commissions. and exoneration. However, it is faced with several norms in the Brazilian legal system providing for the creation of commissioned positions for the exercise of permanent, routine and bureaucratic activities of the Public Administration, which confronts the dictates established by the Constitutional Text. The Judiciary has taken an active and exemplary stance in declaring the unconstitutionality of norms that try to circumvent the requirement for a public tender and, therefore, void the constitutional guarantee. It is true that the Legislative Power is authorized to innovate in the legal system, however, this prerogative is not absolute, in view of the limitations provided for in the Major Law. Thus, when the legislator introduces a norm that violates the legal system, it must be held accountable, since there are constitutional limits to the exercise of the parliamentary function, not least because all the Constituted Powers are subordinated to the constitutional guidelines, under penalty of the practiced act not being legitimate. In this way, any act tending to empty a guarantee or constitutional right must be repudiated and those responsible held accountable under the legal terms.

Keywords: due legislative Process. Public tender. Binding. Unconstitutionality.

1 Notas introdutórias sobre investidura em cargo ou emprego público

O presente artigo tem como objetivo tecer comentários sobre a inconstitucionalidade da norma que cria cargo comissionado sem caráter de direção, de assessoramento e de chefia.

Cabe registrar que o inciso II do art. 37 da Constituição Brasileira de 1988 estabelece que “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”. Isto é, em regra, a investidura em cargo ou emprego público deve ser por concurso público de provas ou de provas e títulos, sendo as nomeações de livre nomeação e exoneração verdadeira exceção na ordem jurídico-constitucional vigente.

No balanço dos quase 35 anos de vigência da CR/88 é possível constatar que muitos gestores levaram a sério a norma constitucional. Contudo, diversas foram as situações em que houve o desvirtuamento do instituto do concurso público. Não raro, a prática demonstrou a existência de contratações temporárias nem sempre coincidentes com o comando inserto na parte final do inciso II do art. 37 da CR/88. Além disso, várias normas foram replicadas país afora, a pretexto de atendimento ao interesse público, dispendo sobre a criação de cargo comissionado sem caráter de chefia, direção e assessoramento. O controle de constitucionalidade de diversas normas releva que muitos dos cargos criados têm natureza estritamente administrativa, para o desempenho de atividades corriqueiras da Administração Pública, não passando de um mecanismo que visa unicamente burlar a obrigatoriedade de concurso público.

Essas manobras constituem um verdadeiro atentado à previsão contida no inciso II do artigo 37 do Texto Constitucional, pois acaba esvaziando e enfraquecendo a previsão criada pelo legislador democraticamente eleito pelo povo.

Por se tratar de norma prevista no ápice do ordenamento jurídico brasileiro, o mínimo que se espera é o respeito dela por todos os poderes constituídos, sob pena de se retirar a força normativa da Constituição e a máxima efetividade das normas constitucionais, ocasionando, por conseguinte, o enfraquecimento do sistema jurídico.

Em decorrência da supremacia do Texto Constitucional, seus preceitos passam a ser merecedores de máxima efetividade possível, por funcionarem como fundamentos estruturantes do Estado Democrático brasileiro, tendo em vista que a Constituição é um “impositor de atos de vontade, através da criação de novos valores”, conforme defende a doutrina kelsiana.

O ex-ministro do STF, Eros Roberto Grau (2005, p. 2), fez os seguintes comentários sobre a função da Constituição brasileira:

Deveras, a Constituição do Brasil não é um mero ‘instrumento de governo’, enunciador de competências e regulador de processos, mas, além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Não compreende tão-somente um ‘estatuto jurídico do político’, mas sim um ‘plano global normativo’ da sociedade e, por isso mesmo, do Estado Brasileiro.

Apesar de alguns juristas não conferirem o valor real das normas constitucionais, vale dizer que as normas constitucionais estão no ápice do ordenamento jurídico, sendo merecedoras de máxima efetividade possível. Sobre a “força normativa da Constituição” o jurista alemão Konrad Hesse (1991, p. 24/27) adverte que:

A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*) (...). *Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada necessariamente a parte mais fraca.* Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realisierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a *força normativa da Constituição*. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas, em questões de poder. Essa constatação não justifique que se negue o significado da Constituição jurídica: O Direito Constitucional não se encontra em contradição com a natureza

da Constituição. (...) A íntima conexão, na Constituição, entre normatividade e a vinculação do direito com a realidade obriga que, se não quiser faltar com seu objeto, o Direito Constitucional se concretize desse condicionamento da normatividade. (...) A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pelo Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões de poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder (*Machtfragen*).

Em outros termos, o *Direito Constitucional* deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional.

Para Marcelo Novelino (2016, p. 138), “os princípios da força normativa e da máxima efetividade têm sido invocados para desconstituir, por meio de ação rescisória, decisões de instâncias inferiores já transitadas em julgado quando baseadas em interpretação divergente da conferida ao dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal”, sendo que o objetivo dos princípios supramencionados é evitar o enfraquecimento da normatividade constitucional. É o que também defende o Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes (1959, p. 47):

sem desprezar o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, confere Hesse peculiar realce à chamada vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*). A Constituição, ensina Hesse, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Nas palavras do já mencionado autor alemão Konrad Hesse, “a concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pelo Direito Constitucional”, isto é, as normas constitucionais devem adquirir maior efetividade possível. Logo, as

previsões normativas não podem ser inócuas, até porque as previsões contidas no Texto Constitucional são imperativas e coercitivas em razão da força normativa, portanto, o Estado deve seguir as diretrizes esboçadas no estatuto constitucional.

Ao comentar sobre a força normativa da Constituição José Joaquim Gomes Canotilho (1993 (7. ed., 2003), p. 229) ensina que:

na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a 'atualização' normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

Não há dúvida de que o hermeneuta deve buscar interpretar o texto legal para conferir máxima efetividade aos comandos judiciais visando solucionar as questões jurídicas colocadas em debate, garantindo, com isso, que as normas previstas na Lei Maior alcancem a maior eficácia possível, para que se concretize a *vontade da Constituição*. Vale consignar que toda e qualquer norma constitucional possui força normativa, o que impõe a necessidade de atribuir-lhes maior eficácia possível. Sendo assim, o poder público deve buscar a máxima efetivação dos direitos fundamentais por se tratar de valores supremos do ordenamento e uma vontade da norma constitucional.

O célebre jurista alemão Konrad Hesse (2013, p. 135), aqui já citado, faz a seguinte afirmação sobre a "vontade da Constituição":

Aquilo que é identificado como vontade de Constituição 'deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático'. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, 'malbarata, pouco a pouco, um

capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.

Dessa forma, as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo que a Lei Maior tenha máxima efetividade para que as diretrizes traçadas pelo legislador sejam colocadas em prática e, por conseguinte, tenham plena eficácia, para que não se tornem “letra morta”, pois a Constituição não deve ser apenas teórica e utópica, mas possível de ser colocada em prática, para que sejam atendidos os anseios e necessidades de todos os cidadãos e, com isso, seja cumprida a vontade da Constituição.

Nas palavras do constitucionalista André Ramos Tavares (2020, **p. XX**), as Constituições revestem-se de um conteúdo mínimo que denota a importância que o documento apresenta para a sociedade, vigorando como norma máxima não apenas por apelos formais e sim, antes de tudo, pelo significado profundo que adquire no mundo social. Logo, a Constituição é merecedora da máxima efetividade para que seja atingida a vontade do legislador.

Dessa maneira, para que seja consolidado o paradigma do Estado Democrático de Direito, inaugurado pela Constituição Republicana de 1988, é indispensável que seja conferida a máxima efetivação do que foi almejado pelo legislador, não podendo as garantias e os direitos fundamentais serem colocados em segundo plano, conforme insistem alguns governantes.

Infelizmente a obrigatoriedade constitucional de realizar concurso público para provimento de cargos ou empregos tem sido colocada em segundo plano pelos governantes, seja realizando contratações precárias sem a existência no caso concreto de situação que represente um excepcional interesse público ou mesmo criando cargos comissionados sem a presença dos elementos consistentes no exercício de função de direção, chefia e assessoramento.

Essas normas de duvidosa constitucionalidade, para não dizer altamente inconstitucionais, têm como único objetivo burlar a necessidade da realização de concurso, esvaziando a previsão contida no inciso II do artigo 37 da Constituição Republicana, conforme será melhor abordado nos tópicos a seguir.

São essas as considerações introdutórias sobre o assunto proposto neste estudo.

2 A inconstitucionalidade da norma que cria cargo comissionado sem caráter de chefia, direção e assessoramento

A criação de cargos comissionados destituídos das funções de chefia, direção e assessoramento tem como único objetivo afastar a necessidade de realizar concurso, o que é gravíssimo, visto que o legislador infraconstitucional estaria, dessa maneira, afastando uma exigência de ordem constitucional, burlando a obrigatoriedade de fazer concurso público para o provimento de cargo ou emprego público.

Assim, os cargos criados para executar as funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais devem ser preenchidos por servidores públicos aprovados previamente em concurso público de provas ou de provas e títulos, tendo em vista que não há o exercício de atribuições de chefia, direção e assessoramento, tampouco a relação de confiança com os agentes políticos. Dessa forma, o Poder Judiciário deve ter uma postura ativa e, com isso, declarar a inconstitucionalidade das normas criadas com tal intuito de burla da exigência de concurso.

Sobre o assunto, vale transcrever os ensinamentos do administrativista José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 658). Vejamos:

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).

É importante acentuar que cargos em comissão somente podem destinar-se a funções de chefia, direção e assessoramento, todas elas de caráter específico dentro das funções administrativas. Resulta daí, por conseguinte, que a lei não pode criar tais cargos para substituir outros de cunho permanente e que devem ser criados como car-

gos efetivos, exemplificando-se com os de perito, auditor, médico, motorista e similares. Lei com tal natureza é inconstitucional por vulnerar a destinação dos cargos em comissão, concebida pelo Constituinte (art. 37, V, CF).

Acertadamente, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 1.041.210/SP (Tema 1010 - Controvérsia relativa aos requisitos constitucionais - art. 37, incisos II e V, da Constituição da República - para a criação de cargos em comissão), no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral, fixou as teses de que:

I - A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;

II - Tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;

III - O número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar;

IV - As atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir. (RE 1.041.210 RG, Relator: Min. Dias Toffoli, DJe 22.05.2019).

Dessa maneira, os demais Tribunais pátrios devem seguir a orientação firmada pela Suprema Corte, por força do que dispõe o artigo 927 do CPC de 2015 e, por conseguinte, deve declarar a inconstitucionalidade de toda norma que criar cargos em comissão sem conter os elementos de direção, chefia e assessoramento, visto que o desempenho de atividades estritamente burocráticas, técnicas ou operacionais deve ser exercido por servidores de carreira aprovados previamente em concurso público.

De igual modo, no julgamento da ADI nº 6655, tendo como Relator o Ministro Edson Fachin, o STF voltou a enfrentar o tema, asseverando que a Constituição Federal reservou à Administração um regime jurídico minucioso na conformação do interesse público a fim de resguardar a isonomia e eficiência na formação

dos seus quadros, do qual decorre a excepcionalidade da categoria “cargo em comissão”. Aduziu, ainda, que a jurisprudência do STF cuidou de densificar os critérios que norteiam o controle de constitucionalidade das leis que criam cargos comissionados, os quais não restaram configurados no caso concreto.¹

Acompanhando o movimento instaurado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.041.210/SP, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais tem manifestado da seguinte forma:

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Anexos II e III da lei complementar nº. 005/ 2007, com a redação alterada pelas leis complementares n.ºs 07/2007, 012/2009, 20/2013, 21/2013, 38/2018 e 043/2019, e das leis complementares n.ºs 20/2013 e 21/2013, todas do Município de Guaraciaba. Cargos em comissão destinados ao desempenho de atividades técnicas, burocráticas e permanentes. Atribuições não relacionadas com as de direção, chefia ou assessoramento. RE 1.041.210/SP - com repercussão geral. Inobservância dos arts. 21 e 23 da constituição estadual. Inconstitucionalidade evidenciada. Modulação dos efeitos da decisão. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Admissibilidade. Procedência parcial da representação.

A Constituição Federal, em seu art. 37, incisos II e V, estabelece a necessidade de prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, excetuando-se as nomeações para cargos em comissão.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 1.041.210/SP, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral, fixou as teses de que “I - A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; II - Tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; III - O número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles vi-

¹ STF - ADI 6655, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2022, Processo Eletrônico DJe-108 DIVULG 02-06-2022 PUBLIC 03-06-2022.

sam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; IV - As atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir" (RE 1.041.210 RG, Relator: Min. Dias Toffoli, DJe 22.05.2019).

Neste caso, quanto aos cargos de provimento em comissão de recrutamento restrito, quais sejam: chefe de divisão, assessor de planejamento contábil e assessor de planejamento em licitações e assessor de planejamento administrativo, financeiro e contábil, são constitucionais. Esses cargos, em sendo de recrutamento restrito, não representam burla ao princípio do concurso público e, em verdade, geram um estímulo aos servidores da casa para, dentro da própria carreira, almejem a chefia e, um dia, exercerem um papel de liderança, trazendo reflexos positivos em prol do melhor atendimento ao cidadão e privilegiando a eficiência.

Já no que se refere aos cargos de assessor de gabinete, diretor de departamento e assessor de planejamento administrativo financeiro, com atuação na área de recursos humanos; e, ainda, o de assessor de planejamento de licitações, impõe-se a declaração da inconstitucionalidade haja vista que a lei que os instituiu cria cargos em comissão cujas atribuições dispensam a relação de confiança entre a autoridade nomeante e nomeado, referindo-se a atividades permanentes, rotineiras e burocráticas da Administração Pública, em ofensa aos artigos 21 e 23 da Constituição do Estado de Minas Gerais. (...). (TJMG - Ação Direta Inconst. 1.0000.22.092515-0/000, Relator: Des.(a) Wander Marotta, Órgão Especial, julgamento em 28/09/2022, publicação da súmula em 06/10/2022).

No mesmo sentido, tem posicionado o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Ação Direta de Inconstitucionalidade – Município de Santa Cruz do Rio Pardo – Lei Complementar nº 512, de 18 de dezembro de 2013, Lei Complementar nº 659, de 23 de março de 2018, Lei Complementar nº 344, de 12 de dezembro de 2007, e Lei Complementar nº 553, de 27 de janeiro de 2015 – funções gratificadas e cargos

em comissão – exercício de funções técnicas e burocráticas incompatíveis com atribuições de direção, chefia e assessoramento – Desnecessidade de especial relação de fidúcia – ofensa ao Tema nº 1.010 do STF.

1. Superveniência, no curso da ação, de nova lei que revoga a legislação impugnada, mas perpetua os mesmos vícios. Intenção de burlar a jurisdição constitucional. Inadmissibilidade. Reconhecimento de subsistência do interesse processual e do objeto da ação.

2. É inconstitucional toda norma que preveja eleições diretas para direção de instituições de ensino mantidas pelo Poder Público, com a participação da comunidade escolar. Precedentes do STF. 3. 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 (art. 115, V, CE) 2. A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado (Tema nº 1.010 do STF). Extensão do entendimento às funções de confiança.

3. As funções de Assistente de Diretor de Escola, Chefe de Orientação Pedagógica, Chefe de Supervisão de Ensino, Coordenador Pedagógico, Diretor de C.E.I.J. – Centro Educacional Infanto-Juvenil, Diretor de C.E.I.M. – Centro de Educação Infantil Municipal, Assessor de Direção de CEIM, Diretor de Escola Municipal e Vice-Diretor de Escola Municipal são técnicas e burocráticas não reclamando especial relação de fidúcia entre nomeado e a autoridade nomeante. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade procedente, com modulação de efeitos e ressalva quanto à irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2114961-51.2022.8.26.0000; Relator (a): Décio Notarangeli; Órgão Julgador: Órgão Especial;

Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 07/12/2022; Data de Registro: 19/12/2022).

E, ainda:

Arguição de Inconstitucionalidade. Município de Campinas. Incidente suscitado pela Colenda 3º Câmara de Direito Público nos autos da Ação de Obrigação de Fazer nº 1046039-89.2020.8.26.0114, arguindo a inconstitucionalidade do artigo 6º e Anexo IV, da Lei Complementar Municipal nº 58/2014, do Município de Campinas, responsável pela criação de cargos em comissão do Instituto de Previdência Social do Município de Campinas - CAMPREV e ("Diretor", "Secretário Executivo da Presidência", "Assessor de Comunicação Social", "Assessor Técnico", "Coordenador Setorial" e "Chefe de Setor". Criação de cargos em comissão destinados ao desempenho de atividades eminentemente burocráticas ou técnicas. Inadmissibilidade. Cargos que não possuem atribuição de assessoramento, chefia ou direção, com atribuições genericamente descritas. Incidência do Tema de Repercussão Geral nº 1.010/STF. Vício material caracterizado. Ofensa aos arts. 111, 115, incisos II e V e 144, todos da Constituição Estadual/SP. Inconstitucionalidade verificada, observada, no entanto, a natureza alimentar e irrepetível das verbas pagas aos ocupantes dos referidos empregos, bem como a modulação dos efeitos da presente decisão. Arguição Procedente com Modulação de Efeitos.²

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70082043365, advertiu que o Estado de Direito apresenta como princípio fundamental o respeito à igualdade, traduzindo, naquilo que diz respeito aos cargos públicos, na sua livre acessibilidade, conforme está disposto na Constituição Federal em seu artigo 37, inciso II.

Assim, em regra, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas

² TJSP - Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0029211-18.2022.8.26.0000; Relator: Jarbas Gomes; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Campinas - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/12/2022; Data de Registro: 16/12/2022.

ou de provas e títulos, não podendo a norma infraconstitucional alterar a regra imposta pela Lei Maior.

Com base no que foi exposto, conclui-se que as normas que criam cargos comissionados para o exercício de atividades permanentes, rotineiras e burocráticas da Administração Pública ofendem os ditames fixados pela Constituição da República de 1988. Sendo assim, a inconstitucionalidade de tais normas é medida que se impõe.

Nesta seara, impende ressaltar que os representantes do Poder Legislativo que criam normas com clara afronta à Constituição Federal devem ser responsabilizados. É evidente que o parlamentar está autorizado a inovar o ordenamento jurídico. Entretanto, esta prerrogativa não é ilimitada, visto que teve observar os princípios que sustenta o Estado brasileiro.

Ora, o princípio constitucional da legalidade administrativa é uma garantia do cidadão contra a tirania do Estado, “como fundamento e limite de todo funcionamento do Estado” (MENDES, 2017, p. 887). Dessa maneira, todas as condutas dos agentes do Estado, inclusive dos parlamentares, devem estar em harmonia com o regramento legal, por conseguinte, não pode o Parlamento, na sua função legislativa, criar uma norma para esvaziar uma previsão constitucional.

Não há dúvida de que a Administração Pública, no exercício de suas funções constitucionais, inclusive o Poder Legislativo, deve zelar pela observância dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, uma vez que tais postulados funcionam como limites para os excessos praticados pelo Estado, inclusive na função legislativa e nos atos políticos, até porque os excessos perpetrados pelo Poder Público resultam em ilegalidade do ato administrativo exteriorizado, pouco importando a sua origem.

É importante destacar que nos autos do Mandado de Segurança nº 24.831/DF, o então Ministro Celso de Mello, teceu importantes esclarecimentos acerca dos limites constitucionais no exercício da função legislativa pelo parlamentar, sob pena de ultrapassar o exercício legítimo concedido pelo legislador ao Poder Legislativo. Veja-se:

Se é certo, portanto, que os atos “*interna corporis*” e os de índole política são abrangidos pelos círculos de imunidade que excluem a possibilidade de sua revisão judicial, não é menos exato que essa particular qualificação das condutas legislativas (sejam positivas ou negativas)

não pode justificar ofensas a direitos públicos subjetivos que os congressistas titularizam e que lhes conferem a prerrogativa institucional de estrita observância, por parte do órgão a que pertencem, das normas constitucionais pertinentes à organização e ao funcionamento das comissões parlamentares de inquérito.

Não obstante o caráter político dos atos "interna corporis", é essencial proclamar que a discricção dos corpos legislativos não pode exercer-se – conforme adverte Castro Nunes ("Do mandato de Segurança", p. 223, 5ª ed.) – nem "(...) fora dos limites constitucionais (...) nem (...) ultrapassar as raias que condicionem o exercício legítimo do poder.³

O Poder Judiciário sempre deve intervir, obviamente quando provocado, para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenhando de maneira legítima as atribuições que lhe conferiu a própria Constituição Republicana, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo. Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos.

Realmente, foi conferida ao parlamentar a autonomia para o exercício da função legiferante; todavia, suas prerrogativas e autonomia não são ilimitadas, nem podem ser exercidas de modo abusivo, visto que há limites constitucionais fixados no Estatuto Constitucional para o exercício da função legislativa.

Sobre o abuso de poder no exercício da função pública, José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 50) adverte que:

Nem sempre o poder é utilizado de forma adequada pelos administradores. Como a atuação destes deve sujeitar-se aos parâmetros legais, a conduta abusiva não pode merecer aceitação no mundo jurídico, devendo ser corrigida na via administrativa ou judicial. A utilização do poder, portanto, deve guardar conformidade com o que a lei dispuser.

³ STF - MS 24831, Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2005, DJ 04-08-2006.

Podemos, então, dizer que abuso de poder é a conduta ilegítima do administrador, quando atua fora dos objetivos expressa ou implicitamente traçados na lei.

3.2 Formas de Abuso: Excesso e Desvio de Poder
A conduta abusiva dos administradores pode decorrer de duas causas:

1ª) o agente atua fora dos limites de sua competência; e

2ª) o agente, embora dentro de sua competência, afasta-se do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo.

A propósito, vale transcrever a fundamentação lançada pelo Ministro Sérgio Kukina no julgamento do REsp nº 1.181.511/RS:

(...) Há de se observar que a atividade legislativa não é incontestável, ao revés, cabe ao Poder Judiciário verificar a adequação da lei aos padrões de probidade, os quais devem nortear toda a atividade legislativa, desde a fase de proposição até a apreciação final pela Casa Legislativa. Ademais, há de se proceder a uma análise de proporcionalidade dos atos discricionários, notadamente, para o fim de comprovação da existência ou não de desvio de finalidade no caso concreto, a indicar violação a princípios administrativos pelos agentes públicos.⁴

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inclusive, já possui precedente sobre a possibilidade de punição de membro do Legislativo em situações tais, podendo citar o aresto a seguir:

Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa. Recebimento da Inicial. Ação Civil Pública de responsabilidade civil pela prática de atos de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público. Decisão interlocutória que recebeu a inicial. Preterição de reforma. Inadmissibilidade. Elementos dos autos que apontam aparente conluio dos requeridos, então Prefeito e vereadores de Louveira, em aprovar nova legislação para fim

⁴ STJ – Resp. 1.181.511/RS, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 3/4/2014, DJe de 11/4/2014.

de burlar a inconstitucionalidade previamente declarada pelo Tribunal de Justiça com o objetivo espúrio de beneficiar servidores de cargo em comissão – Aparente abuso do poder de legislar, não se aplicando à hipótese a imunidade material prevista no art. 29, VIII, da CF - Existência de graves indícios de que os requeridos tenham praticado ato doloso de improbidade – Inicial que relata satisfatoriamente os fatos e traz elementos que permitem o seu recebimento – Inteligência do artigo 17, §6º e 6-B, da Lei 8.429/92, com redação dada pela Lei 14.230/2021 – Decisão mantida - Recurso não provido.⁵

Dessa maneira, não há uma discricionariedade ilimitada para o parlamentar agir do modo que lhe convier, conforme pensam alguns desavisados, mas segundo o que estiver estabelecido na Constituição Republicana. Logo, todo ato praticado em descompasso com as diretrizes constitucionais poderá ser objeto de questionamento perante o Poder Judiciário.

Assim, quando restar comprovado que determinada lei é atentatória aos princípios estruturantes do Estado brasileiro, a declaração de inconstitucionalidade é medida que se faz necessária. Além da declaração de inconstitucionalidade o parlamentar (e os demais envolvidos, como a autoridade nomeante e o próprio nomeado) pode e deve ser responsabilizado, pois a prerrogativa de inovar no ordenamento jurídico não é ilimitada, tendo em vista que há limites constitucionais para o exercício da função legislativa pelo parlamentar.

2.1 A contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público

É verdade que a Constituição Federal admite a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme está previsto no inciso IX do artigo 37. Assim, devem estar presentes a temporariedade do exercício das funções e o excepcional interesse público que justifica a contratação, revelando-se desnecessária a realização de prévio concurso público nessas situações.

⁵ TJSP - Agravo de Instrumento 2088731-69.2022.8.26.0000; Relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Louveira - Vara Única; Data do Julgamento: 23/08/2022; Data de Registro: 23/08/2022.

No entanto, o gestor tem realizado contratações sem a presença da excepcionalidade do interesse público e a transitoriedade da contratação. Depara-se com situações em que a contratação “temporária” já perdura por décadas, em contrariedade com a regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CRB/1988) para provimento de cargos ou empregos públicos. Melhor dizendo, vários Entes Públicos utilizavam-se do expediente da contratação temporária para preencher necessidades permanentes, burlando a obrigatoriedade do concurso público.

No julgamento do Tema nº 612, com Repercussão Geral, que versou sobre a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal advertiu o seguinte:

O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.⁶

Sendo assim, a contratação temporária que não preencher os requisitos legais será considerada ilegal, devendo o responsável por essa contratação ser responsabilizado, tendo em vista que as contratações precárias para atender necessidades permanentes é um mecanismo ilegal, com único objetivo de burlar a obrigatoriedade de concurso público para o preenchimento dos quadros permanentes.

A contratação de pessoal a título precário para execução de atividades rotineiras é uma afronta aos princípios da impessoalidade, da legalidade e da igualdade. O então Ministro Celso de Mello, ao tratar da obrigatoriedade do concurso público, ressaltou que a realização de concurso público representa uma garantia concretizadora do princípio da igualdade. Vejamos:

⁶ STF - RE 658026, Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2014, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-214 DIVULG 30-10-2014 PUBLIC 31-10-2014.

O concurso público representa garantia concretizadora do princípio da igualdade. O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II). A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros. Precedentes. Doutrina (...) O postulado constitucional do concurso público, enquanto cláusula integralizadora dos princípios da isonomia e da impessoalidade, traduz-se na exigência inafastável de prévia aprovação em concurso público de provas, ou de provas e títulos, para efeito de investidura em cargo público. Essa imposição jurídico-constitucional passou a estender-se, genericamente, com a promulgação da Constituição de 1988, à investidura em cargo ou emprego público, ressalvadas, unicamente, as exceções previstas no próprio texto constitucional.⁷

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em sintonia com o posicionamento adotado pelo STF, tem declarado a ilegalidade de contratações temporárias em detrimento da realização de concurso público. vejamos:

Ementa: Apelação Cível. Ação Civil Pública. Município de Bocaina de Minas. Contratação irregular de servidores. Funções ordinárias e permanentes da administração pública. Excepcional interesse público. Inocorrência. Dispensa e dever de não contratação. Admissibilidade. Recurso Desprovido.

O legislador constituinte originário instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos (artigo 37, II, CRFB), estabelecendo

⁷ RTJ 152/762, Rel. Min. Celso de Mello.

a possibilidade de edição de lei pelos entes da federação a fim de estabelecerem os casos de contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (artigo 37, IX, CRFB). Constatado nos autos que o Município de Bocaina de Minas realiza contratações temporárias em detrimento da realização de concurso público, a manutenção da sua condenação na obrigação de dispensar os servidores indevidamente designados e de não realizar novos ajustes em desacordo com a autorização constitucional é medida que se impõe.⁸

Feitas essas considerações, conclui-se que a contratação precária para preencher necessidades permanentes é uma burla à obrigatoriedade do concurso para o preenchimento de cargo ou emprego público, consistindo em um atentado aos princípios sensíveis do Estado Democrático de Direito, o que deve ser rechaçado veementemente, com a responsabilização dos responsáveis pela prática de tais condutas, até porque o descumprimento de preceitos fundamentais está em descompasso com o princípio da força normativa da Constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais.

Conclusão

Diante das razões apresentadas neste estudo, conclui-se que as normas que criam cargos comissionados para o exercício de atividades permanentes, rotineiras e burocráticas da Administração Pública atentam contra a Constituição, tendo em vista que, nesses casos, o objetivo é unicamente afastar a exigência de realização de concursos para o provimento de cargo ou emprego público.

Não há dúvida de que os cargos de provimento em comissão devem ficar restritos às atribuições de chefia, direção e assessoramento, além da necessidade da existência e relação de confiança com os agentes políticos para o desempenho de tarefas de articulação, coordenação, supervisão e controle de diretrizes governamentais, não estando inclusas as atribuições, operacionais, burocráticas, técnicas, administrativas, rotineiras, as quais devem ser exercidas por servidores efetivos.

⁸ TJMG - Apelação Cível 1.0012.16.001007-5/002, Relator: Des. Edilson Olímpio Fernandes, 6ª Câmara Cível, julgamento em 12/12/2022, publicação da súmula em 13/12/2022.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.041.210/SP, com repercussão geral reconhecida, o STF consignou que a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais, o que deve ser seguido pelos demais tribunais pátrios, por força da previsão contida no artigo 927 do CPC de 2015.

Com isso, conclui-se que será inconstitucional toda norma que criar cargos em comissão sem a devida observância dos requisitos indispensáveis para a sua validade, quais sejam: o exercício de funções de direção, de chefia e de assessoramento, tendo em vista a clara afronta ao disposto no inciso II do artigo 37 da Constituição de 1988, além da violação aos princípios da impessoalidade e isonomia, podendo os agentes responsáveis serem apenados por lançarem no ordenamento de normas contaminadas por tamanho vício, já que ultrapassados os limites delineados pela Constituição.

No mais, o Poder Público deve preencher seus quadros funcionais, em regra, através de concurso público de provas e títulos, homenageando-se a determinação constitucional e, por conseguinte, conferindo máxima eficácia à norma criada pelo legislador democraticamente eleito pelo povo, notadamente para a concretização do princípio da igualdade e da isonomia para o preenchimento dos quadros funcionais do Estado.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica, Doxa**: Universidad de Alicante, nº 5.
- ANGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios - Do princípio à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed., 2018.
- BRITO, Alzemer Martins Ribeiro de. BARIONI, Rodrigo Otávio (Coordenadores). **Advocacia pública e novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed., UNB, Brasília, 1995.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Admi-**

nistrativo. 32. ed. rev. ampl. e atualizada até 19-01-2018. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993 (7. ed., 2003).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Rio de Janeiro, 2016.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil**. Volume Único/ Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro. Renovar. 2005.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**, 2013.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** - São Paulo, 12. ed. Saraiva, 2017.

NORBERTO BOBBIO. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

NOVELINO, Marcelo. CUNHA JÚNIOR. Dirley. **Constituição Federal para concursos**. 12. ed. Editora JusPodivm, 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador; Editora JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia**. Revista da AJURIS – V. 41 – n. 135 – Setembro de 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.