

Direta de Inconstitucionalidade n. 9177180-50.2013.8.24.0000
Relator: Desembargador Pedro Manoel Abreu

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar Municipal n. 230/2013, que alterou a estrutura organizacional da Prefeitura de Joaçaba. Criação de cargos de provimento em comissão. Alegado desempenho de funções de direção, chefia e assessoramento não demonstrado. Execução de atividades meramente técnicas e burocráticas, com exceção do cargo de Gerente de Gabinete do Vice-Prefeito, cuja função se assemelha a de chefe de gabinete, e, portanto, de chefia e assessoramento. Quanto aos demais cargos, a relação de estrita confiança entre nomeante e nomeado não restou configurada. Necessidade de realização de concurso público para respectivo provimento. Ofensa ao art. 21, I e IV da Constituição Estadual - que guarda consonância com o art. 37, II e V, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade manifesta. Demanda parcialmente procedente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade n. 9177180-50.2013.8.24.0000, da comarca da Capital Tribunal de Justiça em que é Requerente Ministério Público do Estado de Santa Catarina e requeridos o Prefeito do Município de Joaçaba e outros.

O Órgão Especial decidiu, por unanimidade, diante da violação do art. 21, I e IV da Constituição Estadual - que guarda consonância com o art. 37, II e V, da Constituição Federal -, julgar parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do Anexo I da Lei Complementar n. 230, de 14.02.2013, do município de Joaçaba, na parte em que definiu como de provimento em comissão os cargos de "Assessor Administrativo de Secretaria", "Assessor Administrativo de Gabinete" e "Gerente de Meio Ambiente", o que se estabelece com efeitos *ex nunc*, modulando-se os efeitos desta decisão, com efeitos em 180 dias após a publicação do acórdão. Custais legais.

O julgamento, realizado no dia 05 de abril de 2017, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participaram os Exmos Srs. Desembargadores Pedro Manoel Abreu - Relator, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Luiz César Medeiros, Fernando Carioni, Torres Marques, Rui Fortes, Marcus Tulio Sartorato, Cesar Abreu, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Alexandre d'Ivanenko, Lédio Rosa de Andrade, Sérgio Izidoro Heil, José Carlos Carstens Köhler, Jânio Machado, Raulino Jacó Brüning, Ronei Danielli, Ricardo Roesler e Rodrigo Collaço.

Florianópolis, 11 de abril de 2017.

Desembargador Pedro Manoel Abreu
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, através do Coordenador do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade - CECCON, em face do Anexo I da Lei Complementar n. 230, de 14.02.2013, do município de Joaçaba, que criou os cargos de "Gerente de Gabinete do Vice-Prefeito", "Assessor Administrativo de Secretaria", "Assessor Administrativo de Gabinete" e "Gerente de Meio Ambiente", todos de provimento em comissão.

Sustentou o autor que as atribuições conferidas aos mencionados cargos não se enquadram nas exceções constitucionalmente previstas à regra geral do concurso público, que é a principal forma de provimento na Administração. Nesta seara, argumentou que o preenchimento de cargos de livre nomeação e exoneração somente poderia se dar nas situações em que se trate de funções de direção, chefia e assessoramento, o que não se amolda ao caso dos autos.

Ainda, defendeu a natureza eminentemente técnica e profissional das atividades a serem desempenhadas pelo ocupante do cargo de "Gerente de Meio Ambiente", que tampouco exige especial relação de confiança entre nomeado e nomeante, tornando-se, desta forma, obrigatório o provimento de forma efetiva (fls. 02/29).

Devidamente intimadas a prestarem informações (fl. 35-v), as autoridades responsáveis pela edição do ato vieram aos autos sustentando o Presidente da Câmara de Vereadores de Joaçaba que não houve vício de iniciativa na proposição da norma, em face da competência privativa do chefe do Poder Executivo para dispor sobre respectivos cargos públicos.

Asseverou, ainda, que todos os cargos criados pela lei hostilizada se referem ao desenvolvimento de atividades de direção, chefia ou assessoramento, demandando, portanto, relação de confiança entre nomeante e nomeado, especificando que a forma como as atribuições dos cargos de

"Gerente de Gabinete do Vice-Prefeito", "Assessor Administrativo de Gabinete" e "Assessor Administrativo de Secretaria" está descrita no ato legislativo traduz-se em mera impropriedade técnica, já que cada cargo foi destinado a uma Secretaria com fins específicos de assessoramento.

Por fim, quanto ao cargo de "Gerente de Meio Ambiente", defendeu a possibilidade do provimento em comissão em razão da função de dirigir, chefiar e coordenar os trabalhos do setor, ainda que conste entre suas atribuições o desenvolvimento de atividades técnicas (fls. 37/44).

No mesmo sentido, o Prefeito Municipal inferiu, em suma, a destinação de todos os cargos criados às funções de direção, chefia ou assessoramento, não se confundindo, portanto, com as atribuições dos cargos de provimento efetivo. Informou, ainda, que o Município proveu diversos cargos através de concurso público realizado no ano de 2011, estes sim destinados ao desempenho de atividades meramente técnicas (fls. 47/96).

Já o Procurador-Geral do Município, por sua vez, apresentou defesa da norma impugnada no mesmo sentido das demais autoridades, sustentando que os cargos criados destinam-se a funções de direção, chefia e assessoramento, o que os torna passíveis de provimento por livre nomeação. Afirmou que tais cargos não se confundem com aqueles providos por concurso público, a exemplo do certame realizado pela Prefeitura Municipal no ano de 2011, que se destinou ao preenchimento de vagas relativas ao desenvolvimento de funções técnicas e burocráticas (fls. 109/119).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias De Caro, manifestando-se pela procedência do pedido (fls. 123/131).

Este é o relatório.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contestando o Anexo I da Lei Complementar Municipal n. 230, de 14.02.2013, de Joaçaba, na parte em que estabeleceu como de provimento em comissão os cargos de "Gerente de Gabinete do Vice-Prefeito", "Assessor Administrativo de Secretaria", "Assessor Administrativo de Gabinete" e "Gerente de Meio Ambiente", sustentando que tais cargos não se destinam às funções de direção, chefia e assessoramento, e afrontam, portanto, o art. 21, I e IV da Constituição Estadual, consentâneo ao art. 37, II e V da Constituição Federal.

Com efeito, a Lei Complementar n. 230 alterou diversos dispositivos da norma municipal que dispõe sobre a estrutura organizacional da Prefeitura de Joaçaba, criando 01 (um) cargo de "Gerente de Gabinete do Vice-Prefeito" e 9 (nove) cargos de "Assessor Administrativo de Secretaria", assim distribuídos:

Art. 13. [...]

Parágrafo Único - Fica criado no Gabinete do Secretário Municipal de Gestão Administrativa um cargo de Assessor Administrativo de Secretaria com atribuições de assessorar atividades de expediente e de apoio operacional.

Art. 15. [...]

Parágrafo Único - Ficam criados no Gabinete do Secretário Municipal de Gestão Financeira dois cargos de Assessor Administrativo de Secretaria com atribuições de assessorar as atividades de expediente e de apoio operacional.

Art. 18. [...]

Parágrafo Único - Ficam criados no Gabinete do Secretário Municipal de Educação três cargos de Assessor Administrativo de Secretaria com atribuições de assessorar as atividades de expediente e de apoio operacional.

Art. 20. [...]

Parágrafo Único - Fica criado no Gabinete do Secretário Municipal de Saúde um cargo de Assessor Administrativo de Secretaria com atribuições de assessorar as atividades de expediente e de apoio operacional.

Art. 22. [...]

Parágrafo Único - Fica criado no Gabinete do Secretário Municipal de Infraestrutura um cargo de Assessor Administrativo de Secretaria com atribuições de assessorar atividades de expediente e de apoio operacional.

Art. 23-A. [...]

Parágrafo Único - Fica criado no Gabinete do Secretário Municipal de Desenvolvimento Agrícola, Indústria, Comércio, Turismo e Inovação um cargo de Assessor Administrativo de Secretaria com atribuições de assessorar as

atividades de expediente e de apoio operacional.

Criou, ainda, mais 3 (três) cargos de "Assessor Administrativo de Gabinete", com as mesmas atribuições de "assessorar as atividades de expediente e de apoio operacional" (fls. 75/96), e alterou o *status* da antiga Assessoria de Meio Ambiente, conferindo-lhe o posto de Gerência.

Leia-se:

Art. 7º.

[...]

§ 4º Cabe à Gerência de Meio Ambiente: promover ações de proteção ao meio ambiente e preservação dos recursos naturais e desenvolvimento sustentável, mediante as seguintes atividades:

I - analisar processos para fins de licenciamento;

II - coordenar o monitoramento ambiental;

III - programar e orientar ações de fiscalização e controle ambiental;

IV - prestar orientação quanto à legislação ambiental;

V - prestar assistência na elaboração de normas, diretrizes, instruções técnicas, procedimentos, documentos e legislação de cunho ambiental;

VI - coordenar, orientar e realizar vistorias, bem como, elaborar relatórios técnicos de vistoria ou pareceres técnicos em processos relativos ao licenciamento ambiental;

VII - articular com os demais órgãos ambientais, das diversas esferas, as ações de licenciamento ambiental e implementação de projetos/programas de controle ambiental;

VIII - fomentar as ações de educação ambiental na rede de ensino público e privado.

Instadas a se manifestar, as autoridades responsáveis pela edição do ato normativo refutado sustentaram que a forma de provimento de todos os cargos criados respeita os preceitos constitucionais, residindo a controvérsia, na espécie, em analisar a efetiva natureza das atividades desempenhadas pelos seus ocupantes e, ao fim, a adequação do diploma legal à Carta Estadual.

Pois bem.

Conforme a redação do art. 21, I e IV, da Constituição do Estado de Santa Catarina - em consonância com o art. 37, II, da Constituição Federal -, a investidura em cargo público depende da aprovação em concurso público, na forma prevista em lei. Por outro lado, os cargos em comissão, que destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, explicitam a única exceção à regra da obrigatoriedade de realização de concurso.

Sobre o tema leciona Alexandre de Moraes:

Essa exceção constitucional exige que a lei determine expressamente quais as funções de confiança e os cargos de confiança que poderão ser providos por pessoas estranhas ao funcionalismo público e sem a necessidade de concurso público, pois a exigência constitucional de prévio concurso público não pode ser ludibriada pela criação arbitrária de funções de confiança e cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza. (Constituição Federal Interpretada. São Paulo: Atlas, 2007, p. 829).

Nos termos do que define a Lei Complementar Municipal, cujo anexo ora se questiona, as atribuições dos cargos de "Assessor Administrativo de Gabinete" e "Assessor Administrativo de Secretaria" limitam-se inquestionavelmente ao "assessoramento das atividades de expediente e de apoio operacional".

Portanto, muito embora revestidas do termo "assessorar", as funções efetivamente desempenhadas pelos nominados cargos não se coadunam com as exigências do texto constitucional. Ao contrário, a ausência de definição detalhada do respectivo conteúdo ocupacional impede que se identifique, de forma veemente, quais as reais atribuições conferidas aos servidores, o que não se pode simplesmente traduzir em desenvolvimento de atividades de chefia, direção e assessoramento.

Infere-se, portanto, que praticamente todos os cargos criados pela lei atacada restringem-se à execução de atividades operacionais cotidianas, meramente técnicas e burocráticas, e, que, portanto, devem ser desempenhadas por servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo, devidamente aprovados em concurso público. Neste sentido, colaciona-se da jurisprudência desta Corte:

Constata-se, portanto, que a verificação da conformidade da criação de cargos comissionados com o texto constitucional, independentemente da denominação que a lei lhes tenha atribuído, passa pela análise das atribuições descritas na própria lei. Uma vez identificada a ausência de atribuições de direção, chefia e assessoramento ou, em última análise, a dispensabilidade da relação de confiança com a autoridade nomeante, a declaração de inconstitucionalidade é medida que se impõe. (ADI, 2010.045619-8, Órgão Especial, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. em 20.03.2013).

Da mesma forma, as atribuições conferidas ao cargo de "Gerente de Meio Ambiente" não se encaixam no conceito de atividades de chefia, direção ou assessoramento, que exigem, ainda, uma relação estrita de confiança entre nomeante e nomeado, conforme ensina Odete Medauar:

O cargo em comissão é aquele preenchido com o pressuposto da temporariedade. Esse cargo, também denominado de cargo de confiança, é ocupado por pessoa que desfruta da confiança daquele que nomeia ou propõe a nomeação. Se a confiança deixa de existir ou se há troca da autoridade que propôs a nomeação, em geral o ocupante do cargo em comissão não permanece; o titular do cargo em comissão nele permanece enquanto subsistir vínculo de confiança. (Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 325/326).

A doutrina segue o mesmo entendimento:

A previsão legal [...] deve, obrigatoriamente respeitar a existência de vínculo de confiança entre a função a ser realizada e autoridade nomeante, pois nas demais hipóteses deverão ser realizados concursos públicos, sob pena de inconstitucionalidade. (de MORAES, ALEXANDRE. Constituição Federal Interpretada. São Paulo: Atlas, 2007, p. 829).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já declarou "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*". (ADI 3.602/GO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 07.06.2011) (grifei).

Nesse sentido, deixou assentado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE CRIA CARGOS EM COMISSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 37, INCISOS II E V, DA CONSTITUIÇÃO. Os cargos em comissão criados pela Lei nº 1.939/1998, do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal (ADI n. 3.706/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 4-10-2007).

Esta Corte Estadual adota o mesmo entendimento, valendo citar os seguintes precedentes:

A investidura em cargos públicos depende de prévia aprovação em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargos de provimento em comissão, restritos, por sua vez, ao desempenho de funções de direção, chefia ou assessoramento, em que se exige estrita relação de confiança entre nomeante e nomeado (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2004.028305-3, de Itajaí, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 10-12-2007).

[...] a Administração Pública necessita, para o desempenho de suas funções/atividades típicas e permanentes, organizar um quadro de pessoal composto por cargos de provimento efetivo (admissão somente por concurso público - art. 37, inciso II, primeira parte, da CF/1988, e art. 21, inciso I, primeira parte, da CE/1989), e/ou por cargos comissionados de livre nomeação e exoneração (art. 37, inciso II, segunda parte, da CF/1988, e art. 21, inciso I, segunda parte, da CE/1989). Todavia, os cargos em comissão, como determinam os arts. 37, inciso V, da Constituição Federal, e 21, inciso IV, da Carta Política Estadual, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2009.029123-7, de Sombrio, rel. Des. Jaime Ramos, j. em 16-2-2011).

Presta-se a ação direta de inconstitucionalidade para invalidar lei que cria "*cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança*" (STF, ADI n. 3.602, Min. Joaquim Barbosa; ADI n. 3.706, Min. Gilmar Mendes) e, ainda, cria cargos comissionados em quantidade manifestamente desproporcional com a estrutura administrativa do ente público e/ou com o número de servidores concursados (TJSC, ADI n. 2004.028305-3, Des. Luiz Carlos Freyesleben) (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2009.049321-9, de Laguna, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 15-6-2011).

[...] a Constituição Estadual dispensa a exigência de concurso público para a nomeação a cargos comissionados declarados em lei de livre nomeação e exoneração (inc. I), mas referidos cargos devem ter atribuições de direção, chefia e assessoramento (inc. IV). Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal tem proclamado a inconstitucionalidade de "norma que cria cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, o qual não possua o caráter de assessoramento, chefia ou direção" (ADI n. 2682/AP - rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.2.09) (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010.067166-6, de Chapecó, rel. designado Des. João Henrique Blasi, j. em 4-4-2012). (ADI, 2010.045619-8, Órgão Especial, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. em 20.03.2013)

No caso dos autos, ainda que caiba ao Gerente de Meio Ambiente, dentre outras funções, as tarefas de coordenar o monitoramento ambiental; orientar ações de fiscalização e controle ambiental; coordenar, orientar e realizar vistorias, percebe-se que são todas, em sua essência, atividades estritamente técnicas.

Por conseguinte, não se exige do servidor a realização de atividades estranhas àquelas que poderiam ser executadas normalmente por quaisquer ocupantes de cargo efetivo. Em verdade, basta qualificação profissional específica na área ambiental e conhecimento da legislação tributária, sendo absolutamente desnecessária a relação estrita de confiança entre a

autoridade nomeante e o nomeado.

In casu, as autoridades responsáveis pela edição na norma hostilizada não obtiveram êxito em demonstrar a real adequação dos cargos criados à exceção constitucional, considerando-se, portanto, ausentes os requisitos que dispensariam a realização do concurso público, autorizando, por conseguinte, a livre nomeação dos servidores.

Diante disso, resta clara a intenção do legislador em burlar a regra posta, ao criar cargos no quadro da Prefeitura Municipal de Joaçaba por meio de lei manifestamente inconstitucional.

Por, fim, importante ressaltar que, neste campo, o legislador deve ter sempre presente o alerta do Supremo Tribunal Federal no sentido de que "a criação de cargo em comissão nos moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso". (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2014. p. 514).

A exceção fica por conta do cargo de "Gerente de Gabinete do Vice-Prefeito", que se assemelha ao cargo de Chefe de Gabinete, revestindo-se, portanto, do caráter de chefia e assessoramento. Note-se que na descrição de cargos versada no Anexo I, ora impugnado, enquanto para o Gabinete do Prefeito foram destinados os cargos de "chefe de gabinete" e "gerente de Gabinete", para o Vice-Prefeito remanesceu a destinação de um único cargo, qual seja, o de "Gerente de Gabinete". Conquanto a descrição de suas funções não apresente grande detalhamento, soa evidente que acumulará função de chefia e assessoramento, pelo que poderá resultar de provimento comissionado.

Noutro norte, a modulação de efeitos desta decisão parece ser medida de império e justiça, de molde a permitir aos investidos no cargo tempo para buscarem novas atividades remuneradas em outros cargos ou empregos, públicos ou privados, uma vez que os seus respectivos cargos somente poderão

ser preenchidos mediante concurso, à exceção, como dito, do Gerente de Gabinete do Vice-Prefeito.

Em face do exposto, diante da violação do art. 21, I e IV da Constituição Estadual - que guarda consonância com o art. 37, II e V, da Constituição Federal -, julga-se parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do Anexo I da Lei Complementar n. 230, de 14.02.2013, do município de Joaçaba, na parte em que definiu como de provimento em comissão os cargos de "Assessor Administrativo de Secretaria", "Assessor Administrativo de Gabinete" e "Gerente de Meio Ambiente", o que se estabelece com efeitos *ex nunc*, modulando-se os efeitos desta decisão, com efeitos em 180 dias após a publicação do acórdão.

Este é o voto.