

**Processo nº: 0043761-58.2012.8.19.0066**

**Tipo do Movimento: Decisão**

Descrição: Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pleiteando a extinção dos cargos em comissão de Assessor Especial II, Assessor, Procurador-Chefe, Diretor e Procurador Chefe Encarregado ou similares vinculados a Procuradoria do Município de Volta Redonda, além da exoneração de todos os ocupantes dos aludidos cargos e a nomeação dos candidatos aprovados no concurso público de procuradores. Instruiu a inicial o Inquérito Civil em apenso com 384 (trezentos e oitenta e quatro) folhas. Determinação à fl. 26 para que o autor incluísse no pólo passivo os ocupantes dos cargos em que pretende a exoneração. Fotocópia do agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público às fls. 30/42. É O RELATÓRIO. PASSO A DECIDIR. A) Reconsidero a decisão de fls. 26, tendo em vista os argumentos aduzidos pelo Ministério Público bem como pelos precedentes colacionados, não havendo litisconsórcio passivo necessário quando o que se pretende é o reconhecimento da ilegalidade do próprio cargo em comissão, sendo a exoneração dos ocupantes consequência lógica do provimento jurisdicional; B) Analisando os fatos de forma objetiva, temos a seguinte situação. A Lei Municipal nº 2868/93 ao definir os cargos em comissão e as funções de confiança da administração direta do Município de Volta Redonda criou junto a Procuradoria Geral do Município (PGM) os seguintes cargos em comissão (vide fls. 319 e 332 do IC em apenso): a) Procurador Geral; b) Sub-Procurador; c) Assessor Especial II; d) Assessor; e) Procurador-Chefe; f) Diretor de Centro de Estudos; f) Procurador Chefe Encarregado. Em linhas gerais alegou o Ministério Público que os ocupantes dos cargos em comissão de Procurador Chefe (Dr. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX), Diretor (XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX) e Assessor Especial II (XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX) exercem atividade técnica típica de procurador, cujo provimento deve ser feito mediante concurso público. CARGOS EM COMISSÃO - REGRAMENTO CONSTITUCIONAL Dispõe o artigo 37, V da CRFB, com redação dada pela EC19/98 que '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 aludido artigo constitucional não deixa qualquer margem de dúvida de que as atribuições funcionais dos cargos em comissão podem, apenas, ter como encargos 'CHEFIA, DIREÇÃO e ASSESSORAMENTO', pouco importando o nome atribuído ao cargo, mas sim a função desempenhada. Como a regra do nosso ordenamento jurídico é o provimento mediante concurso público, nos termos do artigo 37, II da CRFB, os cargos em comissão são de ocupação transitória e seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e o chefe do Poder Executivo Municipal. Ao dispor sobre a matéria, ainda que de forma pouco técnica, o artigo 11 da lei Municipal nº. 3149/95 estabeleceu que: 'Cargo em Comissão é o posto de Assistência, Assessoramento ou equivalente em qualquer órgão da Administração Direta, sem caráter permanente e de livre nomeação e exoneração pelo Prefeito Municipal' (fl.

228 do IC em apenso). Como a Constituição da República não conceituou o que se entende por atribuições de direção, chefia e assessoramento, compete tal controle ao Poder Judiciário de forma casuística, verificando em cada situação se a conduta do administrador ao criar determinados cargos em comissão teve como finalidade burlar o princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público, entregando a determinados ocupantes o exercício de funções que não se enquadram no regime da livre nomeação e exoneração.

**DOS CARGOS EM COMISSÃO QUESSTIONADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO** Conforme acima mencionado compete ao Poder Judiciário verificar se os cargos em comissão criados no âmbito da Procuradoria do Município de Volta Redonda são efetivamente transitórios, bem como se efetivamente possuem atribuição de direção, chefia e assessoramento. Dois pontos chamam a atenção de início (I) número excessivo de cargos em comissão em comparação ao número de cargos efetivos de procurador (II) ausência de definição das atribuições dos cargos comissionados.

1º Ponto: a) A Lei Municipal nº. 3149/95 (Plano de Cargos, Carreiras e Salários) em seu anexo criou o número de vagas inicial de 15(quinze) procuradores - cargo efetivo (fl. 238); b) A Lei Municipal nº. 2868/93 (Define cargos em comissão e as funções de confiança) em seu anexo II criou 11(onze) cargos em comissão na estrutura da Procuradoria (fl. 332 do IC em apenso); 2º Ponto Não existe regramento dispendo sobre as funções dos cargos em comissão criados na estrutura da Procuradoria do Município, não tendo como se averiguar diante do princípio da legalidade se as atribuições dadas aos cargos questionados são de direção, chefia ou assessoramento. Ademais, até a presente data não foi dado cumprimento pelo chefe do Poder Executivo Municipal ao artigo 3º da Lei Municipal nº 2799 (altera a estrutura administrativa da Procuradoria Geral do Município), que dispõe da seguinte forma: 'Artigo 3º - O Prefeito Municipal baixará, por Decreto, a contar da publicação desta Lei, as unidades administrativas e funções de chefia de nível inferior, bem como, o Regimento Interno da Procuradoria Geral, do qual constarão: 1 - Atribuições gerais das diferentes unidades administrativas da Procuradoria Geral do Município - PGM; 2 - Atribuições comuns e específicas dos servidores investidos nas funções de direção' (vide fls. 314 - do IC em apenso) (g.n).

**DAS FUNÇÕES TÍPICAS DE PROCURADOR EXERCIDAS PELOS OCUPANTES DOS CARGOS EM COMISSÃO DE PROCURADOR CHEFE, DIRETOR e ASSESSOR ESPECIAL II** Comprovou o autor que os advogados XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (procuradora Chefe), XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (Diretora), XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (Procurador Chefe) e XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (Assessor Especial II) **NÃO EXERCEM QUALQUER ATRIBUIÇÃO REFERENTE À CHEFIA, DIREÇÃO OU ASSESSORAMENTO**, desempenhando, na verdade, **FUNÇÕES AFETAS AOS PROCURADORES DO MUNICÍPIO**. Senão Vejamos: Fls. 205 - Procuração constituindo diversos procuradores como representantes do Município de Volta Redonda, dentre eles o advogados XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (comissionado - Procurador Chefe); Fls. 226 - Alegações finais em processo de improbidade administrativa assinada pelo advogado XXXXXXXXXXXXXXXX (comissionado - Assessor Especial II); Fls. 273 - Contestação em processo de conhecimento assinada pelo advogado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (comissionado - Procurador Chefe); Fls. 279 - Contestação em processo de conhecimento assinada pelo

advogado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (comissionado - Procurador Chefe); Fls. 282 - Procuração na qual o Município de Volta Redonda outorgou poderes para as advogadas XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXX representar o ente Público em qualquer Juízo, Instância ou Tribunal (comissionadas - diretora e procurador chefe, respectivamente); Fls. 283 - Substabelecimento conferido pela Procuradora Geral do Município ao advogado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX para representar o ente Público em Juízo (comissionado - procurador Chefe); Fls. 316 - Reunião junto ao Ministério Público para tratar de interesse de moradores em relação à praça Pública, na qual o Município de Volta Redonda foi representado pelo advogado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (comissionado - procurador chefe). Se não bastasse a farta documentação acima transcrita, o próprio ente Público ao responder ofício do Ministério Público RECOMENDANDO a exoneração dos ocupantes dos cargos em comissão que desempenhavam função típica de procurador, bem como a imediata convocação dos aprovados no concurso público para o cargo de Procurador Jurídico, referente ao Edital nº 04/2011, cujo resultado foi homologado em 28/02/2012, na ordem de classificação, de acordo com a necessidade do serviço, EM SUBSTITUIÇÃO AOS EXONERADOS. (vide fls. 57/61 do IC em apenso) confirmou que tais profissionais executaram tarefas de advogados (vide fls. 105) Ao 'prestar assessoria e consultoria jurídica' ao Município de Volta Redonda, 'elaborar e se manifestar em peças processuais nos autos de diversos processos judiciais', 'participar de reuniões com o Ministério Público na qualidade de advogado do ente Público' não estão os comissionados exercendo atribuições de forma a caracterizar os requisitos justificadores da confiança do administrador para o bom andamento da máquina administrativa. Diante do acima exposto, não resta dúvidas de que os ocupantes dos cargos em comissão vinculados a PGM desempenhavam função típica de procurador, qual seja, representar o ente público em Juízo.

**DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERENTE À IMPOSSIBILIDADE DAS FUNÇÕES DE PROCURADOR SER EXERCIDA POR CARGO EM COMISSÃO** Não obstante já ter sido mencionado na presente decisão que vigora em nosso ordenamento o princípio da obrigatoriedade do concurso público e que os cargos em comissão são exceções aceitas, apenas, para atribuições de chefia, direção e assessoramento, no que tange a representação do ente Público em Juízo, dispõe o artigo 131 e seguintes da CRFB: Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. § 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. § 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos. § 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei. (...) Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases,

exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. O modelo Constitucional a ser seguido é que as carreiras da advocacia pública da União e dos Estados Federados estruturam-se da seguinte forma: a) Procuradores e advogados Gerais, cargos destinados ao provimento em comissão em virtude de sua natureza política; b) demais procuradores e advogados deverão ocupar cargos efetivos, providos mediante concurso público de provas e títulos. Não pode o Município de Volta Redonda, em total contra-senso ao que determina a Constituição Federal, manter em sua advocacia pública servidores comissionados que desempenham atividade típica de procurador, devendo tal modelo Constitucional ser reprisado nas leis que tratam da matéria, em atenção ao princípio da simetria. DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E MORALIDADE NO CASO EM TELA. Se não bastasse a questão técnica acima aduzida, no caso em tela também foi violado pela Administração Pública o princípio da moralidade e da eficiência, pois não é razoável que o advogado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX ocupe o cargo em comissão de Procurador Chefe, tendo sido REPROVADO no concurso de procurador Jurídico que ainda se encontra no prazo de validade. Da mesma forma o advogado XXXXXXXXXXXXX que ocupa o cargo de Assessor Jurídico II foi REPROVADO no aludido concurso. DOS DIVERSOS PRECEDENTES JURISPRUDÊNCIAIS SOBRE O TEMA A insistência da Administração Pública em burlar a obrigatoriedade do concurso público não é nova, já tendo sido enfrentada diversas vezes pelo Poder Judiciário, inclusive, no que tange o desempenho irregular das atribuições inerentes aos Procuradores por ocupantes de cargos em comissão, sendo oportuno trazer a colação alguns julgados sobre o tema: 'O desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. A Constituição da República, em seu art. 132, operou uma inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura no cargo que exercem depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos.' (ADI 881-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-8-93, DJ de 25-4-97) 'AÇÃO POPULAR. Pirassununga. Assessor jurídico. Emprego público em comissão. Contratação sem concurso. LM n° 1.695/86 e 3.245/04. Advogados concursados à espera de contratação. Despedida determinada pela juíza. 1. Litisconsórcio. Não se forma litisconsórcio necessário entre os réus e outras autoridades e advogados que, em ocasião anterior, tenham sido contratados para o mesmo cargo em comissão. Situações individuais que devem ser analisadas individualmente. 2. Gratuidade de justiça. A gratuidade de Justiça não podia mesmo ser concedida aos réus Octávio e Viviane. Não devia ter sido concedida à ré Carmem Karine, advogada, sócia em escritório de renomado advogado, Procurador Geral do Município e com relevante prática na cidade; causa espécie que o pedido tenha sido feito. Fica revogado. 3. Cargo em comissão. O art. 37 V da Constituição Federal permite a nomeação em comissão para cargos de direção, chefia e assessoramento, em que não se

enquadram os cargos técnicos de advogado; e o art. 66 a 68 da Lei Orgânica do Município atribuem a assessoria do Executivo à Procuradoria do Município, com admissão mediante concurso público. A LM nº 3.245/04, que procurou reviver os cargos em comissão de assessor jurídico, foi declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça. Inconstitucionalidade e ilegalidade da contratação dos réus, sem prévio concurso público. 4. Ressarcimento. Não se põe em dúvida que os serviços tenham sido prestados, apesar da nulidade da contratação. Inclinou-se a jurisprudência em, nesses casos, não determinar a devolução dos salários ou a restituição ao erário, para evitar o enriquecimento ilícito da administração. -Procedência parcial. Apelo do autor popular provido em parte para revogar a gratuidade de justiça concedida a Carmem Karine. Apelo dos réus provido em parte para julgar improcedente o pedido de devolução dos salários e honorários advocatícios, com alteração na sucumbência.´ (Apelação 994090035259 (9006635500), Relator: Torres de Carvalho, Pirassununga, 10ª Câmara de Direito Público, 03/05/2010´ No mesmo sentido é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: ´CONSTITUCIONAL - CONCURSO MUNICIPAL PARA O CARGO DE PROCURADOR DO MUNICÍPIO - CRIAÇÃO CONCOMITANTE DE CARGO COMMISSIONADO PARA A MESMA FUNÇÃO DAQUELA EXERCIDA PELOS CANDIDATOS QUE PRESTARAM O CONCURSO PÚBLICO, EM DETRIMENTO DOS MESMOS - BURLA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA OBRIGATORIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO - PROVIMENTO DO APELO´ (Apelação Cível nº 2003.001.36220 - Relatora: Desembargadora Helena Belc Klausner - 11ª Câmara Cível - 04/08/2004) Cargo em Comissão. Município de Comendador Levy Gasparian. Cargos criados por leis violadoras dos limites constitucionais relativos aos cargos em comissão. Atribuições não correspondentes à direção, chefia e assessoramento. Correta anulação das nomeações, exceto quanto aos cargos, com previsão de ocupação por um único servidor de procurador jurídico e de coordenador da defesa civil, nos quais se identificam aquelas atribuições. (Apelação Cível nº. 5384/07 - Relator: Desembargador Binato de Castro - 12ª Câmara Cível) DA POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA Ainda que sejam rotineiras as defesas apresentadas pelas administrações Públicas de que atividades discricionárias (latu sensu) não podem ser controladas pelo Poder Judiciário, tal matéria já se encontra superada pelos Tribunais. Neste sentido, inclusive, trago a colação os ensinamentos do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em sua conhecida obra ´Legitimidade e Discricionariedade - Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a constituição de 1988 - Editora Forense´, que se encaixam como uma luva no caso em tela: ´Quando a lei faz uma previsão específica incompleta do interesse público caberá ao Judiciário examinar se a Administração a completou coerentemente, utilizando os princípios instrumentais da realidade e da razoabilidade. A integração deve ter a mesma natureza axiológica do ato integrado (...) O que se defere ao Judiciário e, portanto, uma tarefa que é, por definição, materialmente sua - o controle de legalidade - um poder-dever que lhe é próprio´ (fls. 61/62) DA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO Com o imediato afastamento dos ocupantes dos cargos em comissão que desempenhavam funções inerentes a de procurador, é

inconteste que tal lacuna deve ser imediatamente preenchida para se evitar prejuízo no desempenho da atividade fim da Procuradoria. No momento que a Administração Pública mantém em seu quadro de forma disfarçada verdadeiros procuradores com nomes diversos para possibilitar a contratação sem observância do concurso público, deixa clara a necessidade da presença do mesmo número de profissionais para o desempenho da função. Assim sendo, restando provado em sede de cognição sumária que houve clara preterição aos candidatos aprovados fora do número inicial de vagas em virtude da manutenção de advogados exercendo a função de procurador, não resta outra alternativa senão a nomeação dos mesmos para o desempenho da função. Por derradeiro, é oportuno ressaltar que o deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela de mérito nos presente caso não se enquadra nas vedações impostas pelo artigo 1º da Lei nº. 949497, uma vez que não está sendo determinado a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza, mas a substituição de ocupantes de cargos em comissão irregulares (que já recebem salários) por candidatos aprovados em concurso público. Isto posto, existindo prova inequívoca dos fatos aduzidos na inicial e fundado receio de dano irreparável a coletividade (perda de dinheiro público pela contratação irregular de ocupantes de cargos em comissão) DEFIRO O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA DE MÉRITO PARA DETERMINAR o seguinte: a) intimação pessoal do Prefeito pelo Oficial de Justiça de Plantão para que proceda o afastamento no prazo de 24:00 horas e suspenda a remuneração de todos os advogados ocupantes dos cargos em comissão de ASSESSOR ESPECIAL II, ASSESSOR, PROCURADOR-CHEFE, DIRETOR E PROCURADOR CHEFE ENCARREGADO, ou similares nos termos da fundamentação acima, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); b) intimação do Prefeito pelo Oficial de Justiça de Plantão para que se abstenha de manter em seus quadros de pessoal profissionais não concursados para o exercício de quaisquer funções afetas ao cargo efetivo de procurador jurídico, bem como para os cargos em comissão mencionados no item acima, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); c) intimação pessoal do Prefeito pelo Oficial de Justiça de Plantão para que se abstenha de realizar qualquer nomeação para os cargos mencionados no item 'a', sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); d) intimação pessoal do Prefeito pelo Oficial de Justiça de Plantão para que, após preclusa a presente decisão, nomeie 04(quatro) procuradores jurídicos, aprovados no concurso mencionado na inicial, observada a ordem de classificação; e) intimação do réu, na pessoa de seu representante legal, para que junte com a contestação fotocópia dos atos de nomeação dos ocupantes dos cargos comissionados na Procuradoria do Município; e) citação do réu para apresentação de defesa no prazo legal."