

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no qual se discute o Tema 670 da Repercussão Geral:

Nulidade de acórdão, proferido em controle abstrato de constitucionalidade estadual, por falta de fundamentação quanto à compatibilidade dos cargos em comissão, criados por lei municipal, com as atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Na origem, tem-se Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de dispositivos das Leis 1.519/1993, 2.032/2001, 2.079/2001, 2.186/2003, 2.604/2008, todas do Município de Além Paraíba/MG.

Tais normas criaram 114 cargos públicos, de provimento em comissão.

Sustenta o Ministério Público de Minas Gerais, autor da ação, que tais cargos não são destinados a funções de chefia, direção e assessoramento, o que ofende o art. 23 da Constituição do Estado (*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*).

Argumenta, ainda, o MP que o provimento de cargos sem o prévio concurso público para atribuições técnicas e burocráticas, que não requerem vínculo de confiança, desrespeita o § 1º do art. 21 da Constituição de Minas Gerais (*A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou procedente em parte a ação, para julgar inconstitucionais unicamente os dispositivos que estabeleciam processo eletivo para escolha dos Diretores das Escolas do Município de Além Paraíba.

Eis a ementa do julgado:

“EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Leis Municipais. Criação de cargo de provimento em comissão. Chefia e assessoramento. Ensino público. Provimento do cargo de direção escolar de ensino por eleição. Lei Municipal. Inconstitucionalidade. Poder Executivo.

A Constituição do Estado exige o provimento dos cargos, mediante concurso público, e ressalva as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

A verificação sobre se as atribuições dos cargos não correspondem às funções de chefia e assessoramento é matéria de fato e de aplicação da norma e não pode ser considerada para efeito de declaração de inconstitucionalidade da lei.

É inconstitucional a norma que determina a realização de processo eleitoral ao cargo de Diretor Escolar, por se tratar de cargo de livre nomeação do Poder Executivo. Representação julgada procedente em parte.”

Relativamente à específica questão com repercussão geral reconhecida neste RE, assim se manifestou o acórdão:

“As Leis impugnadas especificam os cargos em comissão no Município de Além Paraíba (Coordenador de Posto de Saúde e outros).

Observo que todos os cargos indicados trazem atividades de chefia, assessoramento e coordenação (direção). Logo, não se constata incompatibilidade com o texto constitucional.

A verificação sobre se as atribuições dos cargos em comissão não correspondem às funções de chefia e assessoramento é matéria de fato e de aplicação da norma e não pode ser considerada para efeito de declaração de inconstitucionalidade da lei.

No controle de constitucionalidade da tese da lei, é preciso que se indague existir interpretação compatível com a Constituição. Em caso

positivo, torna-se preciso evitar a declaração de inconstitucionalidade em respeito ao princípio dominante de hermenêutica da presunção de constitucionalidade da lei . “

Instado, por meio de embargos de declaração, a esclarecer esse ponto, o Tribunal assim se pronunciou:

“Está claro no julgado que os cargos em comissão indicados nas leis impugnadas trazem atividades de chefia, assessoramento e coordenação, motivo pelo qual não se constata incompatibilidade com o texto constitucional (CE, art. 23).

Foi salientado que, no controle de constitucionalidade da tese da lei, é preciso que se indague existir interpretação compatível com a Constituição. Em caso positivo, torna-se preciso evitar a declaração de inconstitucionalidade em respeito ao princípio dominante de hermenêutica da presunção de constitucionalidade da lei. “

No RE, o Ministério Público de Minas Gerais aponta ofensa às seguintes regras da Constituição Federal:

(a) art. 93, IX, pois o Tribunal de origem descumpriu o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, ao recusar-se a analisar se as atribuições dos cargos correspondem a funções de chefia, direção e assessoramento;

(b) arts. 37, II e V, pois o acórdão recorrido chancelou a criação de cargos em comissão para atividades puramente técnicas, o que viola a exigência constitucional de concurso público.

Era o que havia a relatar.

O tema com repercussão geral reconhecida diz respeito à fundamentação das decisões judiciais. Veja-se a norma constitucional alegadamente violada:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade,

podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

O caso concreto trata de uma ação de controle abstrato de constitucionalidade, em que o autor (Ministério Público) pede a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos de legislação municipal.

O principal fundamento da ação é a ofensa à regra da Constituição do Estado que estabelece as hipóteses de cargos de provimento em comissão.

Essa norma constitucional estadual encontra suporte na parte final do inciso V do art. 37 da Constituição da República:

“Art. 37.

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;”

Ao ser confrontado com a alegação de que as atribuições dos cargos em comissão criados pelas leis municipais não correspondem à direção, chefia e assessoramento, o Tribunal de origem recusou-se a fazer tal análise, asseverando que se tratava de matéria de fato, cujo exame não se comporta na ação de controle objetivo de constitucionalidade.

Com a devida vênia, penso que tal posição se mostra equivocada.

A ação direta de inconstitucionalidade coloca em confronto exclusivamente dois textos normativos:

- I – os dispositivos das leis municipais; e
- II – as regras da Constituição do Estado.

A partir da indispensável descrição das atividades dos cargos públicos na lei, imposta pelo inc. II do art. 37, é que se poderá afirmar sua

compatibilidade com a norma constitucional (nacional ou estadual) que estabelece os casos e as hipóteses de cargos em comissão.

Trata-se de trabalho interpretativo realizado amiúde pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao julgar suas próprias ações diretas de inconstitucionalidade, quando contestam leis federais e estaduais que criam cargos em comissão.

Vejam-se os seguintes precedentes:

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. REQUISITOS CONSTITUCIONAIS PARA CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. ARTS. 1º E 3º AO 9º DA LEI Nº 14.415 /2014, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA E DOMINANTE. PRECEDENTES.

1. A Associação Nacional dos Servidores do Ministério Público – ANSEMP é entidade de classe de âmbito nacional que possui por finalidade defender, judicial e extrajudicialmente, direitos e interesses de servidores do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados, ativos e inativos, conforme expresso no art. 2º de seu estatuto social. Preenchido o critério de pertinência temática

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica e dominante no sentido de que os requisitos para criação de cargos em comissão envolvem a aplicação de diversos princípios, tais como o princípio do concurso público, da moralidade pública, da publicidade, da impessoalidade, da eficiência e da economicidade, como bem se percebe pela interpretação do art. 37, II e V, da Constituição Federal. 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. Os cargos em comissão destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

3. Em recente decisão, no julgamento do RE 1.041.210, Rel. Min. Dias Toffoli, essa Corte fixou tese acerca dos requisitos para a criação de cargos em comissão, quais sejam: a) 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; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre as autoridades

nomeante e o servidor nomeado; c) 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; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir. São esses, portanto, os requisitos para criação de cargos em comissão. **Na hipótese, os dispositivos impugnados preenchem todos os requisitos autorizadores.** Nesse sentido, alguns precedentes que contribuíram na formação da tese: ADI 3.706, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 376.440-ED, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 735.788-AgR, Rel^a. Min^a. Rosa Weber; ADI 3.233, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI 4.125, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia. 4. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente.

(ADI 5542, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 20/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/1/2020, PUBLIC 3/2/2020)” (grifos nossos)

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS 6.600/1998 (ART. 1º, CAPUT E INCISOS I E II), 7.679/2004 E 7.696/2004 E LEI COMPLEMENTAR 57/2003 (ART. 5º), DO ESTADO DA PARAÍBA. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO.

I - Admissibilidade de aditamento do pedido na ação direta de inconstitucionalidade para declarar inconstitucional norma editada durante o curso da ação. Circunstância em que se constata a alteração da norma impugnada por outra apenas para alterar a denominação de cargos na administração judicial estadual; alteração legislativa que não torna prejudicado o pedido na ação direta.

II - Ofende o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal norma que cria cargos em comissão cujas atribuições não se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração, que informa a investidura em comissão. Necessidade de demonstração efetiva, pelo legislador estadual, da adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público. Precedentes. Ação julgada procedente.

(ADI 3233, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 10/5/2007, DJe-101 DIVULG 13/9/2007, DJ de 14/9/2007 PP-00030 EMENT VOL-02289-01 PP-00091 RTJ VOL-00202-02 PP-00553)” (grifos nossos)

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE CRIA CARGOS EM COMISSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 37, INCISOS II E V, DA CONSTITUIÇÃO. 2. 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. 3. Ação julgada procedente.

(ADI 3706, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15/8/2007, DJe-117 DIVULG 4/10/2007, DJ de 5/10/2007 PP-00020 EMENT VOL-02292-01 PP-00110 LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 149-159)" (grifos nossos)

É preciso ressaltar que a inconstitucionalidade em exame geralmente vem disfarçada, escamoteada. São raros os casos em que o Poder Legislativo, seja de qual for a esfera (União, Estado ou Município), cria escancaradamente cargos técnicos, para provimento em comissão. Mais comumente, esses cargos recebem uma denominação que remete a funções de direção, chefia e assessoramento. Não obstante, a inconstitucionalidade se revela em suas atribuições, que nada têm a ver com as hipóteses autorizadas pela Constituição para dispensa de concurso público.

Veja-se um interessante exemplo, em que a inconstitucionalidade só pode ser reconhecida mediante o exame das atribuições do cargo em comissão:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS N. 10.704/94 E N. 10.818/94 DO ESTADO DO PARANÁ. CRIAÇÃO DE CARGOS COMISSADOS DE "SUPLENTE DE DELEGADOS", POSTERIORMENTE DENOMINADOS ASSISTENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA. ATRIBUIÇÃO DAS FUNÇÕES DE DELEGADO DE POLÍCIA A ASSISTENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 144, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. A Lei n. 10.704/94, que cria cargos comissionados de Suplentes de Delegados, e a Lei n. 10.818/94, que apenas altera a denominação desses cargos, designando-os "Assistentes de Segurança Pública", atribuem as funções de delegado a pessoas estranhas à carreira de Delegado de Polícia.

2. Este Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade da designação de estranhos à carreira para o exercício da função de Delegado de Polícia, em razão de afronta ao disposto no artigo 144, § 4º, da Constituição do Brasil. Precedentes. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada totalmente procedente.

(ADI 2427, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 3/8/2006, DJ de 10/11/2006 PP-00048 EMENT VOL-02255-01 PP-00199 RTJ VOL-00202-02 PP-00510 LEXSTF v. 29, n. 337, 2007, p. 64-73)"

Portanto, a análise das atribuições dos cargos em comissão comporta-se, sim, no âmbito da ação abstrata de controle de constitucionalidade.

Firmada essa conclusão, cabe agora um importante comentário sobre como essa verificação precisa ser expressa na fundamentação do julgado.

No caso concreto, trata-se da criação de mais de cem cargos comissionados.

Registram-se na jurisprudência situações nas quais se questionou a constitucionalidade de mais de mil cargos. Por todos, veja-se o seguinte precedente:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO “CARGOS EM COMISSÃO” CONSTANTE DO CAPUT DO ART. 5º, DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º E DO CAPUT DO ART. 6º; DAS TABELAS II E III DO ANEXO II E DAS TABELAS I, II E III DO ANEXO III À LEI N. 1.950/08; E DAS EXPRESSÕES “ATRIBUIÇÕES”, “DENOMINAÇÕES” E “ESPECIFICAÇÕES” DE CARGOS CONTIDAS NO ART. 8º DA LEI N. 1.950/2008. CRIAÇÃO DE MILHARES DE CARGOS EM COMISSÃO. DESCUMPRIMENTO DOS ARTS. 37, INC. II E V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. A legislação brasileira não admite desistência de ação direta de inconstitucionalidade (art. 5º da Lei n. 9.868/99). Princípio da Indisponibilidade. Precedentes.

2. A ausência de aditamento da inicial noticiando as alterações promovidas pelas Leis tocantinenses ns. 2.142/2009 e 2.145/2009 não importa em prejuízo da Ação, pela ausência de comprometimento da essência das normas impugnadas.

3. O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 evidencia a inobservância do princípio da proporcionalidade.

4. A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos. A não

submissão ao concurso público fez-se regra no Estado do Tocantins: afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição da República. Precedentes.

5. A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão, não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais.

6. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República. Precedentes.

7. A delegação de poderes ao Governador para, mediante decreto, dispor sobre “as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado”, é inconstitucional porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei.

8. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º, caput, e parágrafo único; art. 6º; das Tabelas II e III do Anexo II e das Tabelas I, II e III do Anexo III; e das expressões “atribuições”, “denominações” e “especificações” de cargos contidas no art. 8º da Lei n. 1.950/2008. 9. Definição do prazo máximo de 12 (doze) meses, contados da data de julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, para que o Estado faça a substituição de todos os servidores nomeados ou designados para ocupação dos cargos criados na forma da Lei tocantinense n. 1.950.

(ADI 4125, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00068 RTJ VOL-00230-01 PP-00254)”

Frente a essa realidade, cabe agora definir se o Tribunal está obrigado a se posicionar sobre as atribuições de cada cargo, individualmente.

Pois bem: ao examinar o Tema 339 da repercussão geral (*Obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais*), o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL definiu a seguinte tese:

“O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas.”

Assim, na hipótese em exame, é necessária, como já se buscou demonstrar, a análise das atribuições dos cargos em comissão, para se concluir por sua adequação às normas constitucionais pertinentes.

Por outro lado , nos termos da diretriz fixada no Tema 339, o Tribunal não está obrigado, na fundamentação do acórdão que julga a ação de inconstitucionalidade, a manifestar-se sobre cada cargo, individualmente.

Assim, peço vênia para divergir do ilustre Relator, pois, além da necessidade de se pronunciar sobre a razoabilidade quanto à criação dos cargos em comissão – mais especificamente, a proporção entre o número de cargos e a população do Município - , o Tribunal também deve avaliar a constitucionalidade dos cargos a partir do exame de suas atribuições.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, em maior extensão, para que os autos retornem ao Tribunal de origem, para rejuízo dos Embargos de Declaração, à luz das diretrizes fixadas neste precedente.

Proponho a seguinte tese de repercussão geral:

“I – No julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta para questionar a validade de leis que criam cargos em comissão, ao fundamento de que não se destinam a funções de direção, chefia e assessoramento, o Tribunal deve analisar as atribuições previstas para os cargos;

II – Na fundamentação do julgamento, o Tribunal não está obrigado se pronunciar sobre a constitucionalidade de cada cargo criado, individualmente.”

É como voto.