

**Abuso na criação de cargos comissionados - Leis que criam centenas de cargos em comissão, sem especificar as respectivas funções - Inconstitucionalidade por ofensa à obrigatoriedade de concurso público e por desvio na aplicação do instituto excepcional dos cargos em comissão - Ofensa, ainda, aos princípios da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e do interesse coletivo - Parecer pela propositura de ação direta de inconstitucionalidade estadual**

### Processos MP 35.533/02 (\*)

Origem: *Tribunal de Contas do Estado.*

Assunto: *Artigo 22 da Lei Municipal 01/97; Leis Municipais 15 e 19/97; inciso XXVI do art. 34 da LOM, de Mangaratiba; e art. 213 da Lei 05/91.*

Inspeção do Tribunal de Contas, onde, ao final, se solicita ao *Parquet* o exame da constitucionalidade abstrata dos dispositivos em epígrafe. Inconstitucionalidade detectada em alguns deles, sugerindo-se deflagração do controle concentrado quanto a estes e providências complementares quantos aos demais.

### PARECER

*Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça*

1. Cuida-se de expediente do Tribunal de Contas Estadual, onde, feita inspeção extraordinária em Mangaratiba, solicitou-se ao *Parquet* o exame da constitucionalidade abstrata dos dispositivos em epígrafe (fls. 08/09 e 15).
2. Ocorre que, por lapso, deixou-se de solicitar o art. 213 da Lei 05/91, pelo que o presente parecer não será conclusivo quanto a este ponto.
3. A solicitação feita pelo parecer de fls. 19 foi atendida pela resposta de fls. 23/34 com o anexo que ficou em apenso. Neste material, verifica-se que o art. 34, XXVI, da LOM, foi revogado pela ELO 01/03, pelo que a presente análise restringir-se-á aos dispositivos restantes, a saber, o art. 22 da Lei 01/97, a Lei 15/97 e a Lei 19/97, todas do Município de Mangaratiba, que criaram mais oitocentos cargos comissionados na estrutura administrativa local fora das

---

(\*) **Observação:** o presente parecer gerou a Ação Direta de Inconstitucionalidade hoje identificada pelo número 2003.007.0008 no Tribunal de Justiça Fluminense (RI 88/03, do E. Órgão Especial).

hipóteses autorizadas constitucionalmente.

4. Pela análise então dos textos legais implicados, verifica-se ter havido franco abuso na utilização dos cargos comissionados, que foram criados para desempenho de funções, em verdade, próprias de cargos efetivos.

5. Assim, a Lei 01/97 criou 500 cargos comissionados de Assessor de Serviços Públicos Municipais, sem especificar suas funções, consignando apenas que eles teriam direito à verba de representação de gabinete e que seriam distribuídos pelas unidades administrativas da estrutura básica do Poder Executivo.

6. Na mesma senda veio a Lei 19/97, que criou mais 200 cargos comissionados de Assessor de Serviços Públicos Municipais, novamente sem especificar suas funções, consignando apenas que eles teriam direito à verba de representação de gabinete e que seriam distribuídos pelas unidades administrativas da estrutura básica do Poder Executivo.

7. A Lei 15/97, por sua vez, criou nada menos que 100 cargos comissionados de Assessor de Serviços Municipais, nos exatos termos do que fizeram as leis acima mencionadas, ressaltando porém que tais cargos “que serão utilizados na implantação de Programas Especiais de Desenvolvimento do Município”.

8. Do que sejam estes possíveis Programas Especiais de Desenvolvimento a lei não dá a menor pista, embora os comissionados devam ser seus executores, pois não se pode pretender que haja 100 assessores propriamente ditos, o que pressuporia uma quantidade absurda de programas e um batalhão de executores.

9. Ora, verifica-se aí inequívoco abuso na criação de cargos comissionados que frustra a regra constitucional de concurso público.

10. Os cargos em comissão “destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”, conforme precisa redação do art. 37, V, da Carta Magna, com a redação que lhe deu a EC 19/98.

11. É bem verdade que o art. 77, VIII, de nossa Carta Estadual reproduziu a redação original do art. 37, V, da Carta Magna, não tendo feito emenda atualizadora que mantivesse a desejada e necessária correspondência com a Carta Magna, em sua nova redação decorrente da EC 19/98.

12. Sem embargo, é de se tratar os cargos em comissão com a excepcionalidade que lhe é nota marcante. A vulgarização dos cargos em comissão constitui inequívoca fraude ao princípio constitucional da obrigatoriedade de concurso público inserto no art. 77, II, de nossa Carta Estadual.

13. Realmente, de nada valeria a Constituição assegurar que o acesso ao cargo público se dá por meio de concurso, “ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” (art. 77, II), se o legislador infraconstitucional pudesse, livre e indiscriminadamente, *rectius*, arbitrariamente, criar cargos em comissão em substituição aos cargos de provimento efetivo mediante concurso público.

14. Com isto, as disposições legais ora impugnadas fogem à permissão constitucional para a criação de cargo em comissão, que só pode ocorrer em hipóteses excepcionais (que não são o caso em foco), hipóteses, ademais, já delimitadas pelo atual art. 37, V, da CR.

15. Ao contrário, apesar de as leis não terem revelado quais seriam as funções atribuídas aos cargos comissionados em pauta, ainda assim se pode verificar que são funções normais e próprias de cargos efetivos, nada dizendo com a especial

“relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. Por isto é que na prática alguns os denominam de cargos de confiança” (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 1997, p. 365).

16. Fora dessas hipóteses excepcionais (como tais, e apenas como tais, previstas no próprio art. 77, II, da CE, c/c art. 37, V, da CR), é de prevalecer a regra geral do concurso público.

17. A doutrina, não de hoje, alerta para a perigo da criação indiscriminada de cargo em comissão como forma de fugir à obrigatoriedade do concurso público e como forma, ainda, de conferir um arbítrio ao administrador que não lhe seria dado de outra maneira.

“Também a indiscriminada criação de cargos em comissão, por definição, de livre provimento e exoneração, prestou-se a contornar a regra do concurso público. Com efeito, está implícito no sistema constitucional que não são quaisquer cargos que podem ser declarados de livre provimento e exoneração, mas apenas aqueles que a natureza das atribuições cometidas a seus titulares sejam ocupados por pessoas de absoluta confiança das autoridades superiores, como os de assessoria e algumas chefias. Os demais, de cujos titulares nada se deva exigir senão o esmero exercício de atividade estritamente profissional, regulamentada ou não, como são, *v.g.*, os cargos de médico, procurador, desenhista, fiscal de obras, auxiliar administrativo,, devem ser cargos de provimento em caráter efetivo, observado o necessário e prévio concurso público” (MARCIO CAMMAROSANO, *in Direito Administrativo na Constituição de 1988*, Revista dos Tribunais, 1991, pp. 173/174).

“Mas a exceção à exigência do concurso tem-se prestado a abusos manifestamente inconstitucionais. Não é possível haver criação de cargos em comissão sem que estejam presentes as razões profundas que

justificam tal sorte de regime. Há que se recriminar aquelas hipóteses em que o cargo em comissão é constituído como burla ao preceito constitucional da exigência de concurso público. Entendemos que esses abusos, ainda que praticados pelo legislador, são controláveis pelo Poder Judiciário. Se a Constituição referiu-se a cargos em comissão, da sua natureza extrai-se um conteúdo mínimo que não pode deixar de ser exigido. O legislador que o fizer estará agredindo a Lei Maior por costear seus limites, agindo, enfim, sem competência. É matéria do controle da constitucionalidade das leis e, conseqüentemente, da alçada do Poder Judiciário” (CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Administrativo*, Saraiva, 1994, p. 282).

“a criação de cargo em comissão, em 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” (STF, Tribunal Pleno, Repr. 1.282-4-SP, *apud* HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 1994, p. 378).

18. É de se ver que o abuso na criação de cargos em confiança (art. 77, VIII, da CE), além de burlar o princípio da obrigatoriedade de concurso (art. 77, II, da CE), dá um poder ilegítimo ao administrador para contratar quem ele bem entender ao seu bel prazer e, ao mesmo tempo, dá-lhe, também, um poder ilegítimo para ele, ao seu bel prazer, dispensar quem ele bem entender, pois os titulares de cargo em confiança não têm estabilidade.

19. Por isso é que se diz que, embora se trate de função permanente, a respectiva titularidade é sempre provisória e precária, sendo, por isto, mais apropriado falar-se de ocupantes em vez de titulares.

20. Nesta linha, então, verifica-se que as disposições legais ora impugnadas, pela natureza das funções que lhe são inerentes, não remetem a qualquer elemento de especial confiança que justificasse a criação do cargo em comissão.

21. Neste contexto, a criação indiscriminada de cargos em comissão ofende gravemente a moralidade, a impessoalidade, a publicidade e o interesse coletivo que devem nortear o atuar da administração pública (art. 77, *caput*, da CE).

22. É que, ao largo do concurso público, o administrador escolhe os ocupantes de cargos em comissão segundo critérios outros que não o do interesse público, este somente aferível, *in casu*, mediante uso do instrumento constitucional do concurso, que permite a identificação dos mais aptos.

23. Ademais, sem o concurso público, abre-se porta larga para favoritismos e nepotismo vários, com o que a moralidade administrativa e o próprio interesse coletivo sofrem terrivelmente, conforme provas indeléveis de um passado (ainda não longínquo) anterior à Carta Cidadã.

24. Enfim, sendo de livre nomeação, os cargos em comissão não permitem conhecer os critérios de escolha utilizados pelo administrador, de forma que fica ainda gravemente afetado o princípio da publicidade.

25. Pelo exposto, o parecer é no sentido de se propor ação direta de inconstitucionalidade do art. 22 da Lei 01/97, da Lei 15/97 e da Lei 19/97 por ofensa aos princípios da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e do interesse coletivo consagrados no art. 77, *caput*, de nossa Carta, além de constituírem abuso do permissivo constitucional do art. 77, VIII (c/c art. 37, V, da CR), e mais burla ao princípio da obrigatoriedade de concurso público inserto no art. 77, II, também de nossa Carta, **alvitrando-se, no ensejo**, oficiar ao Prefeito Municipal e ao Presidente da Câmara Municipal de Mangaratiba para que enviem cópia da Lei 05/91 e da Emenda à Lei Orgânica 01/03, além de remeter cópia do processado até o momento ao Promotor de Justiça de Proteção aos Interesses Difusos da região para as providências que entender cabíveis, tendo em vista as relações concretas derivadas da lei acoimada de inconstitucional.

Rio de Janeiro, 1º de julho de 2.003.

EDUARDO SLERCA  
Promotor de Justiça Assistente

**De acordo.**

MARIA CRISTINA PALHARES DOS ANJOS TELLECHEA  
Procuradora de Justiça  
Chefe da Assessoria de Direito Público

**Aprovo.** Redija-se minuta de inicial, comunicando o resultado ao noticiante de fls. 02. Oficie-se ao Prefeito e ao Presidente da Câmara. Remetam-se cópias ao Promotor de Justiça de Proteção aos Interesses Difusos da Região.

ANTONIO VICENTE DA COSTA JÚNIOR  
Procurador-Geral de Justiça