



Recomendação nº 006/2023-1PJTCOMAC

Documento id. 00920792

Referência: Procedimento Administrativo nº 05.22.0014.0007564/2022-36

Investigado(s): IGNORADO

Destinatários: MUNICIPIO DE RIO DAS OSTRAS

RECOMENDAÇÃO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pela 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva – Núcleo Macaé, no exercício das atribuições constitucionais e legais conferidas pelo artigo 129, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil; artigo 34, inciso IV, da Lei Complementar Estadual nº 106/2003; artigo 27, parágrafo único, inciso IV da Lei nº 8.625/1993 e artigos 51 a 61 da Resolução GPGJ/MPRJ nº 2.227/2018; bem como pela Resolução nº 164/2017 do CNMP, e observados os limites de suas atribuições;

CONSIDERANDO que cabe ao Ministério Público expedir recomendação, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, conforme o disposto no artigo 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 8.625/1993 e no artigo 34, inciso IX, da Lei Complementar Estadual nº 106/2003;

CONSIDERANDO que incumbe ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, a teor do artigo 129, inciso III, da Constituição Federal;



CONSIDERANDO que tramita perante a 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Macaé o Procedimento Administrativo nº 42/2022/CID/RO (MPRJ 2022.00070132), **que tem por objeto averiguar a desproporção entre a quantidade de cargos em comissão, cargos efetivos e funções gratificadas no Município de Rio das Ostras, além de possíveis desvios de função;**

CONSIDERANDO que nas investigações levadas a efeito nos autos do referido Procedimento Administrativo, **foi apurado que o Município de Rio das Ostras conta atualmente com 4.424 cargos efetivos ocupados, 830 funções gratificadas, além de 1.043 cargos em comissão;**

CONSIDERANDO, da detida análise dos esclarecimentos prestados, para além da desproporcionalidade entre a quantidade de cargos efetivos e comissionados/funções gratificadas, **vislumbra-se que a maioria dos cargos em comissão e funções gratificadas do Município de Rio das Ostras (anexo I) não possuem atribuições previstas em lei ou, quando previstas, são vagas, abstratas e genéricas;**

CONSIDERANDO que as condições em que os cargos foram criados não justificam a exceção à regra do concurso público e, por consequência, violam os princípios basilares da Administração Pública;

CONSIDERANDO que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 77, inciso II, reproduzindo o artigo 37, inciso II, da Constituição da República, **estabelece que a investidura em cargo ou emprego público da Administração Direta, Indireta ou Fundacional depende de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.** Assim, um indivíduo só está autorizado pela



Constituição a preencher determinado cargo público, como regra geral, caso tenha sido aprovado em concurso público específico para aquela carreira;

CONSIDERANDO que, embora o provimento em comissão de cargos públicos configure uma exceção constitucionalmente prevista à regra do concurso público, isto não pode ocorrer indiscriminadamente. O legislador constituinte impõe que os cargos em comissão sejam destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento, o que decorre da interpretação conjugada do artigo 77, *caput* e inciso VIII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, com o artigo 37, inciso V, da Constituição da República, de observância obrigatória para todos os entes federativos;

CONSIDERANDO que, de acordo com o referido princípio, os cargos de livre nomeação, por representarem ressalva à regra do concurso público, são reservados às atribuições próprias de direção, chefia e assessoramento, devendo subsistir apenas nos casos em que há uma necessária relação de confiança entre o servidor e seu superior imediato, demonstrada por suas atribuições, que justifique sua admissão nos quadros de pessoal independentemente de aprovação em concurso público;

CONSIDERANDO, no entanto, que o Município de Rio das Ostras não observou a mencionada regra constitucional ao criar numerosos cargos em comissão e funções gratificadas que, **em sua maioria**, não apresentam as respectivas atribuições;

CONSIDERANDO que, enquanto regra geral, é da natureza de qualquer cargo público a existência de um conjunto de atribuições que lhe sejam inerentes. Nesse sentido José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 26ª Edição. 2023, p. 611) define cargo público como “*o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e funções públicas que, ocupado por servidor público, tem funções*”



específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente”;

CONSIDERANDO, a seu turno, ao considerar que o cargo público, enquanto posição jurídica típica e peculiar, configura um conjunto de direitos, deveres e competências conjugadas de modo organizado e interrelacionado, Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, p. 724.) conclui que o cargo é ainda mais que o conjunto de suas atribuições, deixando claro, assim, que necessariamente engloba esse conceito em sua definição;

CONSIDERANDO que a fixação de atribuições genéricas e/ou a ausência de atribuições, portando, não cumpre adequadamente o papel de compor a definição de cargo público a que se refere, o que reflete diretamente na forma em que se dará o seu provimento;

CONSIDERANDO que, com isso, tem-se que os cargos em comissão e funções gratificadas do Município de Rio das Ostras, em sua maioria, não apresentam, entre suas atribuições, elementos que demonstrem a necessária relação de confiança que justificaria a dispensa do concurso público e a livre nomeação de indivíduo que exercerá atividades no âmbito da Administração Pública Municipal;

CONSIDERANDO o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, inclusive, recentemente declarou inconstitucionais cargos em comissão de Assessor Jurídico do Município de Rio das Ostras por não possuírem atribuições previstas em lei:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.



MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS. Criação de Cargos em Comissão por lei, sem relacionar suas atribuições, as quais somente foram definidas em Decreto Municipal anterior. Apenas a lei pode ser o instrumento de criação de cargos públicos, no que se inclui sua localização na estrutura administrativa, sua denominação e seu conjunto de atribuições, determinação constitucional esta que não foi observada pelos representados, tendo em vista a edição de lei sem a atribuição das funções do cargo, bem como sua previsão por decreto, restando patente a inconstitucionalidade do art. 7º da Lei nº 2050/2017 e do art. 2º da Lei nº 2150/2018, do Município de Rio das Ostras, por vício de inconstitucionalidade material, e dos arts. 3º e 4º da Lei nº 2150/2018, e do Decreto nº 739/2013, do mesmo Município, por arrastamento, este último ante a existência de vício de inconstitucionalidade formal, insanáveis. Orientação da E. Corte Suprema, reafirmada no julgamento do RE 1.041.210/SP, sob o regime da repercussão geral - Tema 1010, em que restou fixada expressamente, no item “d” da tese firmada, que “as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir”. Município que já instituiu sua Procuradoria Jurídica, estruturada com cargos de procurador jurídico municipal providos por meio de concurso público de provas e títulos, não havendo como olvidar que a representação judicial e a consultoria jurídica do ente municipal devem ser exercidas apenas por procurador legalmente investido no serviço público através de concurso. Representação acolhida, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 7º da Lei nº 2050/2017 e 2º, e, por arrastamento, dos artigos 3º e 4º, os três últimos da Lei nº 2150/2018, além do Decreto nº 739/2013, também por arrastamento, todos do Município de Rio das Ostras, por violarem os artigos 7º, 9º, caput e §1º, 77, caput e incisos II e VIII, 98, V, e 112, §1º, II, “a”, 145, VI, alínea “a”, e 345, caput, da Constituição Estadual, cuja inconstitucionalidade é de ser reconhecida com a



atribuição de efeitos ex nunc (um mês a contar da publicação do presente acórdão)” (TJRJ – Órgão Especial – Representação por Inconstitucionalidade nº 0017322-96.2021.8.19.0000, Relatora Desembargadora Maria Inês da Penha Gaspar, julgado em 24/04/2023, publicado em 02/05/2023”.

CONSIDERANDO que, ao analisar o Tema 1010, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a criação de cargos em comissão é exceção à regra de ingresso no serviço público mediante concurso público, somente se justificando quando presentes os pressupostos constitucionais para a sua criação. Na oportunidade, foram fixadas as seguintes teses:

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 a autoridade 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.



CONSIDERANDO que, como já delineado, da leitura dos diplomas normativos encaminhados pelo Município de Rio das Ostras (indexadores 00878848, 00867968 e 00867967 do PA nº 42/2022), **vislumbra-se que a quase totalidade dos cargos em comissão e funções gratificadas do Município de Rio das Ostras não possuem atribuições fixadas em leis, em evidente afronta à regra do concurso público, sendo inexorável concluir que, ante a ausência de atribuições, não podem esses cargos serem caracterizados como de assessoramento, direção ou chefia, não se justificando sua livre nomeação e exoneração;**

CONSIDERANDO que, nesse ponto, o fato de a nomenclatura dos cargos sugerir tratar-se de um cargo de direção, chefia ou assessoramento não legitima sua natureza comissionada. Para tanto, é preciso restar configurada a necessária relação de confiança entre o servidor ocupante do cargo e seu superior hierárquico, de forma a justificar a nomeação livre, pautada com critérios pessoais e não objetivamente técnicos. A ausência de atribuição dos cargos em comissão e funções gratificadas do Município de Rio das Ostras, contudo, demonstra, irrefutavelmente, não haver sido preenchido o ditame constitucional.

Diante do exposto, resta evidenciada a inconstitucionalidade de cargos em comissão e funções gratificadas do Município de Rio das Ostras, elencados ao indexador, que não possuem atribuições previstas em lei, por violação à regra do concurso público e à destinação dos cargos em comissão exclusivamente às funções de direção, chefia e assessoramento, previstas no artigo 77, incisos II e VIII, da Constituição Estadual, e artigo 37, incisos II e V, da Constituição da República, razão pela qual **RESOLVE RECOMENDAR ao Prefeito Municipal de Rio das Ostras, Sr. Marcelino Carlos Dias Borba que:**

No prazo de 90 (noventa) dias, para fins de adequação aos ditames



constitucionais, encaminhe à Câmara Municipal de Rio das Ostras projeto de lei fixando as atribuições de todos os cargos em comissão e funções gratificadas de seu quadro de pessoal que porventura ainda não tenham sido fixadas ou estejam fixadas de forma vaga e genérica.

Estipula-se, outrossim, o prazo de 10 (dez) dias úteis para que os destinatários desta Recomendação informem ao Ministério Público as medidas implementadas.

Encaminhe-se cópia, por correio eletrônico, ao CAO Cidadania.

Macaé, 31 de agosto de 2023

BRUNO DE SÁ BARCELOS CAVACO
Promotor(a) de Justiça - Mat. 4353