

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 8000615-15.2017.8.24.0000, do Tribunal de Justiça
Relator: Desembargador João Henrique Blasi

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CARGOS COMISSIONADOS. LEIS MUNICIPAIS.

CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO NOMINADOS GENÉRICA E EXCLUSIVAMENTE DE "DIRETOR" OU DE "ASSESSOR". ESPÉCIE DE DIRETORIA OU ASSESSORIA NÃO MENCIONADA. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO CLARA E OBJETIVA DAS RESPECTIVAS ATRIBUIÇÕES. MATÉRIA DECIDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB O SINETE DE REPERCUSSÃO GERAL, NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.041.210/SP (TEMA 1.010). INCONSTITUCIONALIDADE.

CARGO DE ASSISTENTE DE SAÚDE. DESCRIÇÃO LEGAL DAS ATRIBUIÇÕES. ATIVIDADES, PORÉM, NÃO INERENTES ÀS FUNÇÕES DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO. VÍNCULO DE CONFIANÇA NÃO NOTABILIZADO. INCONSTITUCIONALIDADE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade n. 8000615-15.2017.8.24.0000, originários do Tribunal de Justiça, em que é requerente Ministério Público do Estado de Santa Catarina e são requeridos Prefeito do Município de Presidente Castello Branco e outro.

O Órgão Especial decidiu, por unanimidade de votos, julgar procedentes os pedidos exordiais para declarar a inconstitucionalidade dos cargos de Diretor e de Assessor elencados no art. 1º da Lei Complementar n. 101/2013, que alterou a Lei Complementar n. 62/2009, ambas do Município de Presidente Castello Branco, bem como declarar a total inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 136/2017, do mesmo Município, com a modulação dos efeitos desta decisão, de modo a que tenha eficácia tão somente depois de transcorridos 180 (cento e oitenta dias) da data da publicação deste acórdão. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Rejane Andersen, Soraya Nunes Lins, Henry Petry Junior, Rodrigo Collaço (Presidente), Stanley Braga, Francisco Oliveira Neto, Hélio do

Valle Pereira, Júlio César M. Ferreira de Melo, Pedro Manoel Abreu, Luiz César Medeiros, Sérgio Roberto Baasch Luz, Fernando Carioni, Torres Marques, Desembargador Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanenko, Moacyr de Moraes Lima Filho e Sérgio Izidoro Heil.

Florianópolis, 3 de outubro de 2018

Desembargador João Henrique Blasi
RELATOR

COPIADO

RELATÓRIO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público Estadual frente à Lei Complementar n. 136/2017 e à Tabela I do Anexo Único da Lei Complementar n. 62/2009, com alteração pela Lei Complementar n. 101/2013, todas do Município de Presidente Castello Branco.

As normas impugnadas dispõem sobre cargos públicos de provimento comissionado, sendo que o demandante invoca mácula de inconstitucionalidade haja vista a falta de descrição das funções correspondentes ou por considerá-las como de caráter técnico e burocrático, infensas, portanto, ao comissionamento.

O Prefeito Municipal defendeu a constitucionalidade das normas (e-TJ fls. 101 a 105), a Câmara de Vereadores posicionou-se no mesmo sentido (e-TJ fls. 106 a 109) e, na sequência, o Procurador da Municipalidade exerceu formalmente a defesa da norma, pugnando pela improcedência dos pedidos formulados (e-TJ fls. 114 a 120).

Alfim, o Procurador de Justiça Durval da Silva Amorim opinou pela parcial procedência da postulação exordial (e-TJ fls. 133 a 144).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Convém, de pronto, averbar que a notícia do trâmite de projeto de lei tendente a alterar as normas objeto desta ação direta de inconstitucionalidade (e-TJ fls. 103, 109 e 118) não se mostra capaz de obstar o prosseguimento deste feito, eis que os éditos impugnados permanecem em vigor.

No mais, tem-se que a postulação exordial está dirigida à declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais que criaram cargos de provimento em comissão no âmbito do Poder Executivo do Município de Presidente Castello Branco, ao argumento de que inexistente a descrição das atribuições cor-

COPIADO

respondentes e, ademais, em determinados casos, por tratar-se de cargos de caráter técnico e burocrático, não são prováveis pela forma comissionada.

A primeira hipótese, dizente com a inexistência de descrição das atribuições, abarca os seguintes cargos (em comissão) elencados na exordial, que estão listados no art. 1º da Lei Complementar local n. 101/2013, que alterou a Tabela I do Anexo Único da LCM n. 62/2009:

Diretor da Secretaria de Administração, Planejamento e Finanças (2 cargos), Diretor da Secretaria de Agricultura, Indústria e Comércio (2 cargos), Diretor da Secretaria de Educação e Cultura (2 cargos), Diretor da Secretaria de Saúde (2 cargos), Diretor da Secretaria de Transportes, Obras e Serviços Urbanos (2 cargos), Diretor de Turismo (2 cargos), Assessor de Gabinete do Prefeito (1 cargo), Assessor da Secretaria de Administração Planejamento e Finanças (2 cargos), Assessor da Secretaria de Agricultura, Indústria e Comércio (2 cargos), Assessor da Secretaria de Educação e Cultura (2 cargos), Assessor da Secretaria de Saúde (2 cargos), Assessor da Secretaria de Transportes, Obras e Serviços Urbanos (2 cargos) e Assessor de Turismo (2 cargos) (e-TJ fls. 14, 15 e 76 a 78).

Os preceptivos da Constituição Estadual tidos por vulnerados são os seguintes:

Art. 16. Os atos da administração pública de qualquer dos Poderes do Estado obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

[...]

Art. 21. Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei, observado o seguinte:

I - a investidura em cargo ou a admissão em emprego da administração pública depende da 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 cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração;

[...]

IV - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargos efetivos, 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 comando constitucional, ao que se observa, estabelece destinação específica para os cargos de provimento em comissão, ou de confiança,

COPIADO

vinculando-os às funções de direção, chefia e assessoramento.

Reiteradamente assentei entendimento, em diversos arestos desta Corte, no mais das vezes vencido, de que a carência de descrição das atribuições do cargo comissionado não é bastante para tinar a Lei respectiva de inconstitucionalidade, desde que por sua nomenclatura seja possível intuir que se trata de cargo de direção, de chefia ou de assessoramento, revestido, pois, de indubitável vínculo de confiança.

Contudo, a Suprema Corte, em recentíssima decisão proferida sob o sinete da repercussão geral (RE n. 1.041.210/SP - Tema n. 1.010, relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 28.9.2018) pelo Plenário Virtual, firmou a tese adiante enunciada:

- 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.** (destaquei)

Assim, segundo a compreensão da Suprema Corte, que não posso olvidar, afinal "*Roma locuta causa finita*", a descrição clara e objetiva das atribuições do cargo comissionado é condição *sine qua non* para a validade e constitucionalidade deste.

E, no caso em exame, tal descrição inexiste.

Com efeito, o art. 1º da Lei Complementar n. 101/2013 (e-TJ fls. 76 e 77) elenca os cargos, demoninando-os exemplificativamente da seguinte forma: "Diretor da Secretaria de Administração, Planejamento e Finanças" e, em relação ao quantitativo, especifica duas vagas.

O mesmo ocorre com os demais cargos de Diretor em exame: (i) dois Diretores da Secretaria de Transportes, Obras e Serviços Urbanos; (ii) dois

COPIADO

Diretores da Secretaria de Agricultura, Indústria e Comércio; (iii) dois Diretores da Secretaria de Saúde; (iv) dois Diretores da Secretaria de Educação e Cultura; e (v) dois Diretores da Secretaria Municipal de Turismo.

A Lei, entretanto, não explicita a que diretoria correspondem os reportados cargos, pois não indica que área será titularizada por este ou por aquele diretor, apenas nomina-o de "Diretor". Incrivelmente, não há definição do que o Diretor dirige, nem tampouco discriminação das suas atribuições, como exigido pelo Supremo Tribunal Federal na senda da decisão antes reproduzida.

Nessas condições, não há como superar a hialina eiva de inconstitucionalidade.

A mais disso, nas informações prestadas, o Prefeito invoca o disposto no art. 20 da Lei Complementar Municipal n. 70/2010 (e-TJ fl. 104), que cuida das atribuições dos cargos públicos, dizendo:

Art. 20. As atribuições dos secretários, diretores e assessores, e cargos de provimento efetivo, são aqueles decorrentes e correspondentes diretamente das competências de cada secretaria descritas nesta lei e nas leis complementares que tratarem da matéria, especialmente aquelas que definem o plano de cargos e salários do Município.

Entretanto, dentre as competências da Secretaria Municipal seguramente existem as típicas de cargos efetivos (regra) e as inerentes a cargos comissionados (exceção). Logo, destiná-las conjunta e genericamente para cargos em comissão não se afigura aceitável à luz do ordenamento constitucional, mormente considerada a novel interpretação conferida pela Corte Suprema.

Vale dizer, então, que, não apenas porque carente da especificação das suas atribuições, mas também porque a nomenclatura genérica de "diretor" não se presta para evidenciar a natureza comissionada de tais cargos, é que a inconstitucionalidade deve ser reconhecida e proclamada.

Pela mesma linha de princípio isso sucede também com os cargos de "assessor", em número de dois para cada Secretaria: Assessor da Secretaria de Administração, Planejamento e Finanças; Assessor da Secretaria de Agricul-

COPIADO

COPIADO

tura, Indústria e Comércio; Assessor da Secretaria de Educação e Cultura; Assessor da Secretaria de Saúde; Assessor da Secretaria de Transporte, Obras e Serviços Urbanos; Assessor de Turismo (Lei Compl. N. 032/2005); e uma para Assessor do Gabinete do Prefeito.

Ou seja, a partir simplesmente da nomenclatura "assessor" não é possível extrair a espécie de assessoria prestada, ademais do que inexistente a descrição das respectivas atribuições.

Em suma, todos os cargos de "diretor" e "assessor" contidos no art. 1º da Lei Complementar n. 101/2013, que alterou a Lei Complementar n. 62/2009, ambas do Município de Presidente Castello Branco, padecem de inconstitucionalidade.

A exordial postula, ainda, a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 136/2017, da mesma Municipalidade, que, na essência, assim dispõe:

Art. 1º Esta Lei Complementar dispõe sobre a criação do cargo de Assistente de Saúde, de Provimento em Comissão, integrando o Quadro de Pessoal do Poder Executivo Municipal.

Art. 2º Fica criado o cargo de Assistente de Saúde, de Provimento em Comissão, integrando o Quadro de Pessoal do Poder Executivo Municipal.

Parágrafo único. O vencimento, a habilitação e a atribuição do cargo criado por esta Lei Complementar constam nos Anexos I, II e III que a integra para todos e quaisquer efeitos.

Art. 3º As despesas decorrentes com a aplicação da presente Lei Complementar, correrão por conta do orçamento municipal, e no que couber aos respectivos fundos municipais, em cada exercício. [...] (e-TJ fl. 79)

Do mencionado "Anexo II" constam as seguintes atribuições para o cargo de provimento em comissão de "Assistente de Saúde":

1. Operar sistemas para garantir os estoques de medicamentos e outros bens de consumo da Área;

2. Colecionar e organizar as documentações para as prestações de contas, de convênios e outros repasses firmados com outras esferas de governo, tempestivamente, junto à Contadoria Geral do Município e ao Sistema de Controle Interno;

3. Acompanhar a execução dos programas municipais de saúde pública, emitindo manifestações pertinentes;

4. Praticar e executar outras tarefas na Área da Saúde Pública Municipal,

sempre que a natureza evolutiva das atribuições o exigirem. (e-TJ fl. 80)

Operar sistemas visando à garantia dos estoques de fármacos e outros materiais empregáveis no cotidiano da saúde pública é atividade-fim, de natureza técnica, a ser exercida por servidor efetivo, não comissionado.

O mesmo ocorre com as demais atribuições antes transcritas: coleccionar e organizar documentos para prestações de contas, acompanhar a execução de programas municipais e praticar e executar outras tarefas na área.

As inconstitucionalidades aqui detectadas, entretantes, devem ser temperadas em seus efeitos, tal como este Órgão Especial tem amiúde decidido.

Como regra geral, em ação direta de inconstitucionalidade, o julgamento deve ostentar efeito "*ex tunc*", retirando do ordenamento jurídico o ato normativo ou a lei incompatível com a Constituição, pois, trata-se, a rigor, de ato nulo. (Lenza, Pedro. *in* Direito Constitucional Esquematizado. 12ª Edição, Editora Saraiva, p. 196).

Mas, nos termos do art. 17 da Lei n. 12.069/01, atento à segurança jurídica e ao interesse social, pode o Tribunal restringir os efeitos dessa declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de momento que ele próprio fixar. Confira-se o teor do preceptivo mencionado:

Art. 17. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Tribunal de Justiça, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Da vertente doutrinária recolho:

De modo geral, conforme visto, a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado tem efeitos retroativos (*ex tunc*), declarando-se a nulidade da lei.

[...]

Uma outra consequência seria a necessidade, aprimorada pelo STF, de aplicar a técnica da modulação dos efeitos da decisão diante de situações particulares. (Lenza, Pedro. *in* Direito Constitucional Esquematizado. 12ª Edição, Editora Saraiva, p. 202).

Por isso, e para que a Municipalidade possa promover as adequa-

ções legais e administrativas, convém modular os efeitos da decisão proclamatória da inconstitucionalidade, de modo a que tenha eficácia depois de transcorridos 180 (cento e oitenta dias) da data da publicação deste acórdão.

Conclusivamente, portanto, resta positivada a inconstitucionalidade dos cargos de Diretor e de Assessor previstos no art. 1º da Lei Complementar n. 101/2013, que alterou a Lei Complementar n. 62/2009, ambas do Município de Presidente Castello Branco, bem como igualmente deve ser declarada a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 136/2017, do mesmo Município, observada a modulação dos efeitos desta proclamação: eficácia somente depois de transcorridos 180 (cento e oitenta dias) da data da publicação do acórdão.

É como voto.

COPIADO