

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO EXCELSO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Requerente: Associação Nacional dos Servidores do Ministério
Público da União e dos Estados - ANSEMP

Requeridos: Governador do Estado do Mato Grosso e Assembleia
Legislativa do Estado do Mato Grosso

"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."(STF, TEMA 1.010, repercussão geral).

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ANSEMP, Entidade Nacional representativa dos Servidores do Ministério Público da União e dos Estados, inscrita no CNPJ sob o nº 07.953.307.0001-56, com sede na SCS, Quadra 01, Bloco K, Edifício Denasa, 9º andar, salas 901, Brasília DF - CEP 70398-900: presidencia@ansemp.org.br, vem, por conduto de sua Assessoria Jurídica (termo de procuração *ad judicium* anexo, e endereço eletrônico do Advogado: advmarcioarc@yahoo.com.br), propor, como de fato propõe a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**, com esteio nos **artigos 103, inciso IX, 37, caput (princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência), incisos II e V da Constituição Federal e na Lei nº 9.868/99, contra** o art. 14, *caput*, da Lei nº. 9.782, de 19 de julho de 2012 (DO 19/07/2012), do **Estado do Mato Grosso**, com redação dada Redação dada pela Lei nº 11.122/2020, assim como contra o art. 46 do mesmo adito e contra o Anexo II (Quadro de Provisão em Comissão), igualmente da Lei nº. 9.782/2012, em sua redação original e nas alterações que lhes foram introduzidas pelas leis nº. 11.559/2021, nº. 11.801/2022, e nº 11.822/2022, todas do Estado do Mato Grosso, tendo em vista a existência de manifestas ofensas ao texto da Constituição Federal, conforme consta a seguir:

1. PRELIMINARMENTE:

1.1. DO OBJETO DA AÇÃO:

Em atenção ao que determina o art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.868/1999, a Entidade Autora apresenta com normativo questionado a **Lei Estadual mato-grossense nº 9.782, de 19 de julho de 2012** (DO 19/07/2012), em seus dispositivos a seguir especificados:

- **Art. 14, com redação dada pela lei nº 11.122/2020**, as expressões "30% (trinta por cento)" e "1% (um por cento)" constantes do dispositivo legal fixam percentuais irrisórios de cargos comissionados a serem providos por servidores efetivos;
- **Art. 46**, cuja redação lacunosa, permite interpretação no sentido de que as atribuições dos cargos de provimento em comissão sejam estabelecidas através de ato infralegal.
- **Anexo II (Quadro de Provimento em Comissão), em sua redação original e nas que foram dadas pelas Lei nº. Lei nº 11.801/2022 e nº. 11.122/2020**, quanto a criação dos cargos de provimento em comissão de Diretor Geral, Chefe de Departamento, Chefe de Gabinete, Auditor de Controle Interno, Assessor Especial, Supervisor Administrativo, Assessor de Procurador, Assessor de Comunicação Social, Gerente, Chefe de Cerimonial, Oficial de Gabinete, Assistente, Assistente Ministerial - Área Fim, Pregoeiro;
- **Anexo II (Quadro de Provimento em Comissão), com redação dada pela Lei nº 11.559/2021**, quanto ao aumento dos cargos de Oficial de Gabinete e Assistente Ministerial - Áreas Meio e Fim;
- **Anexo II (Quadro de Provimento em Comissão), com redação dada pela Lei nº 11.801/2022**, quanto a criação do cargo de Supervisor Pedagógico;
- **Anexo II (Quadro de Provimento em Comissão), com redação dada pela Lei nº 11.822/2022**, quanto a criação dos cargos de Assessor de Tecnologia da Informação Sênior; Assessor de Tecnologia da Informação Pleno I; Assessor de Tecnologia da Informação Pleno II; Assessor de Tecnologia da Informação Júnior e Assessor Técnico;

Tem-se por satisfeita a hipótese do **art. 102, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal**, porquanto a legislação estadual foi elaborada em desacordo com a Lei Fundamental, em

especial com os dispositivos contidos nos artigos 5º, caput e 37, caput, inciso II (obrigatoriedade do concurso público) e inciso V (hipóteses constitucionais para criação de cargos de provimento em comissão), além do princípio da proporcionalidade, todos da Constituição Federal.

1.2. DA LEGITIMIDADE ATIVA E DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA:

A ANSEMP constitui-se entidade de classe de âmbito nacional criada com o fim de representar e defender os interesses dos servidores de todos os ramos do Ministério Público da União e dos Estados.

Seu caráter nacional resta patente em razão de sua atuação em mais de 09 (nove)¹ estados da federação, sendo que sua Diretoria e Conselho Fiscal possuem representantes dos estados de **Amazonas, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Paraíba, Piauí, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Rondônia, São Paulo, Santa Catarina, Bahia e Tocantins**, totalizando 18 estados, conforme comprova documentação anexa (Termo de Posse).

Também incontestemente a existência de pertinência temática, porquanto a atuação da ANSEMP no caso em espécie visa afastar a criação de cargos em comissão em desconformidade com as normas constitucionais e que vão de encontro aos interesses de seus filiados, no âmbito do Ministério Público do Mato Grosso (MPMT), como consta do Estatuto Social da Entidade:

“Art. 2º - São finalidades da ANSEMP:
(...)
XIII - Promover a defesa do concurso público como regra de ingresso nos quadros da Instituição, adotando qualquer meio legítimo, inclusive de controle de constitucionalidade, para promover o combate às formas de precarização das relações de trabalho, a exemplo de:
a) - trabalho voluntário;
b) criação de cargos em comissão fora das hipóteses previstas constitucionalmente ou em número não condizente com o quantitativo de cargos efetivos;
c) redução do percentual de cargos em comissão destinado aos servidores efetivos;

¹ “Carece de legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade, a entidade de classe que, embora de âmbito estatutário nacional, não tenha representação em, pelo menos, nove Estados da federação, nem represente toda a categorial profissional, cujos interesses pretenda tutelar.” (ADI 3.617-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 25-5-2011, Plenário, DJE de 1º-7-2011.) No mesmo sentido: ADI 4.230-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 1º-8-2011, Plenário, DJE de 14-9-2011.

d) estágios remunerados ou não;
e) qualquer forma de precarização do trabalho ou burla ao princípio público.
XIII - Zelar pela observância dos princípios da Administração Pública, notadamente os da moralidade, legalidade, impessoalidade, eficiência, transparência, na gestão do Ministério Público, com o sem repercussão financeira e orçamentária.”

A criação de cargos comissionados em desacordo com a norma constitucional malferre os interesses dos servidores efetivos do Ministério Público, ao passo em que desprestigia os servidores que ingressaram no serviço público através de concurso público, de forma impessoal, para dar ênfase a pessoalidade e desigualdade dentre aqueles que pretendem ingressar no serviço público.

Existe um movimento nacional de criação exacerbada de cargos de provimento em comissão no âmbito do Ministério Público dos estados, como noticiou o jornal Estadão em matéria do dia 12/08/2019². Tal estratégia de precarização das relações de trabalho dentro da Instituição estar a exigir da ANSEMP a adoção das medidas judiciais cabíveis na defesa do concurso público e da criação de cargos em comissão somente em circunstâncias excepcionais.

Presentes, portanto, os requisitos que legitimam a atuação da ANSEMP na formulação de ações de controle concentrado de constitucionalidade, bem como a existência de pertinência temática.

2. SÍNTESE FÁTICA:

Consta da documentação anexa, que fora criado, no âmbito do Ministério Público do Estado do Mato Grosso (MPMT), um exacerbado número de cargos de provimento em comissão desde a edição da Lei nº 9.782/2012, equivalente a 915 (novecentos e quinze cargos, conforme consta da legislação impugnada e do Portal da Transparência do MPMT³:

² Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministerio-publico-lidera-criacao-de-cargos-nos-estados,70002964024>>. Acesso em 14. De agosto de 2019.

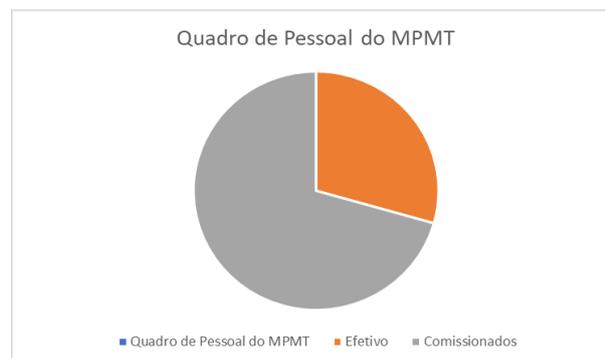
³ <https://www.mpmt.mp.br/transparencia/include.php?id=52&tipo=3&action=consultar&mes=09&ano=2022>

Descrição ^(a)	Existentes ^(b)
ASSESSOR DE COMUNICACAO	1
ASSESSOR DE PROCURADOR	37
ASSESSOR DE TECNOLOGIA DA INFORMACAO JÚNIOR	10
ASSESSOR DE TECNOLOGIA DA INFORMACAO PLENO I	6
ASSESSOR DE TECNOLOGIA DA INFORMACAO PLENO II	8
ASSESSOR DE TECNOLOGIA DA INFORMACAO SÊNIOR	2
ASSESSOR ESPECIAL	25
ASSESSOR ESPECIAL	25
ASSESSOR TECNICO	47
ASSISTENTE MINISTERIAL	329
AUDITOR DE CONTROLE INTERNO	1
AUXILIAR MINISTERIAL	165
CHEFE DE CERIMONIAL	1
CHEFE DE DEPARTAMENTO	9
CHEFE DE GABINETE	2
DIRETOR - GERAL	1
GERENTE	30
OFICIAL DE GABINETE	237
SUPERVISOR ADMINISTRATIVO	3
SUPERVISOR PEDAGÓGICO	1
Total	915

Data de Consulta: 21/09/2022 17:47:59
Fonte: Departamento de Gestão de Pessoas / Gerência de Pessoas

A sua conta, também conforme dados do Portal da Transparência do MPMT, existem **tão somente 381 (trezentos e oitenta e um) cargos efetivos** criados naquele *Parquet*, sendo que somente **300 (trezentos) cargos estão providos**.

Temos, pois, que a maior parte do quadro de pessoal do MPMT é composta por comissionados, que corresponde a 240% do total de cargos efetivos criados, com a seguinte situação visual:



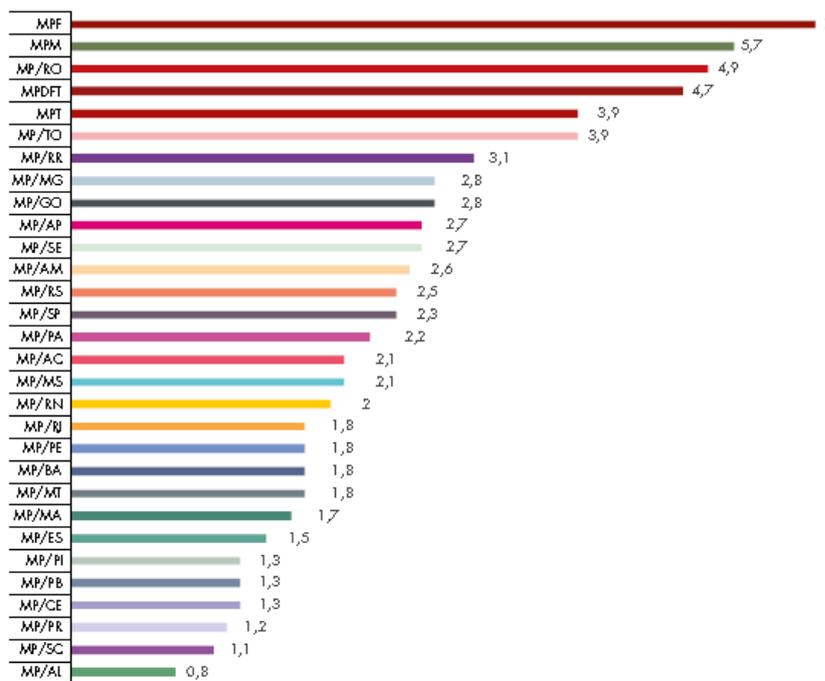
A falta de interesse do MPMT para com os cargos de servidores concursados resta demonstrado em estudos do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) intitulado "Ministério

Público Um Retrato 2018”⁴. Em tal estudo resta verificado que o MPMT tem um dos menores percentuais de servidores efetivos em relação ao número de membros do MP, estando atrás somente dos estados de Alagoas, Santa Catarina, Paraná, Ceará, Paraíba, Piauí e Espírito Santo e Maranhão, senão vejamos:

Quadro 2: Indicadores de Gestão de Pessoas. Ministério Público Estadual e Ministério Público da União, por região e unidade, 2017.

Região	Unidade	População (2010)	N.º de Cargos de Membros Providos	N.º de Cargos de Servidores de Carreira Existentes	N.º de Cargos de Servidores de Carreira Providos	Percentual de Ocupação dos Cargos de Servidores Efetivos	Índice de Servidores por Membro	Índice de Membros por População, Em 100 Mil Habitantes
Centro-Oeste	MP/GO	6.003.788	408	1.159	1.066	92,0%	2,60	6,80
	MP/MS	2.449.024	219	515	461	89,5%	2,10	8,94
	MP/MT	3.035.122	263	543	431	79,4%	1,60	8,67

Gráfico 9: Índice de servidores por membro. Ministério Público Estadual e Ministério Público União, 2016.



Não há, portanto, proporcionalidade entre o quantitativo de cargos de servidores efetivos, sobretudo os providos, em relação aos cargos de provimento em comissão.

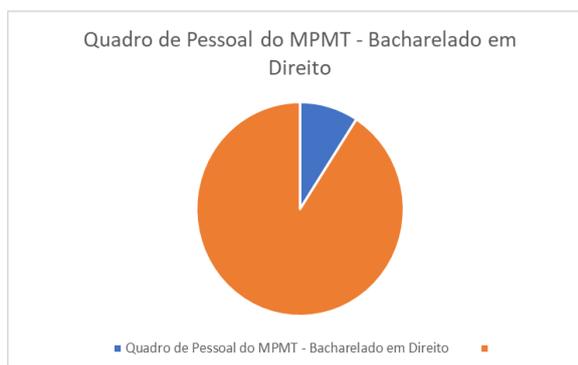
⁴ Disponível em

<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Anu%C3%Alri_o_um_retrato_2018_ERRATA_1.pdf>. Acesso em 14. ago. 2019, págs. 34 e 36.

A sua conta, uma Instituição eminentemente jurídica, como o MPMT, dispõe de somente 48 (quarenta e oito) cargos de Analista Ministerial na área jurídica, como vemos do Anexo I da Lei nº. 9.782/2012. Já comissionados bacharéis em Direito, dispõe de 477 (quatrocentos e setenta e sete), conforme Anexo II do referido edito normativo e quadro a seguir:

Quadro de Pessoal do MPMT - Bacharelado em Direito	
Efetivos	Comissionados
Analista Ministerial	Assessor de Procurador Oficial de Gabinete Assistente Ministerial - Área Fim

O visual causa impacto, porquanto os cargos comissionados da área jurídica correspondem a 993,75% dos cargos de Analista Ministerial - Direito, senão vejamos do seguinte quadro visual:



Além da violação da Constituição Federal por equivocada opção por comissionados em detrimento de concursados, **a legislação impugnada padece de institucionalidade por não fazer a descrição das atribuições dos cargos comissionados por ela criados.**

Igualmente há inconstitucionalidade material na fixação de percentuais irrisórios de cargos em comissão a serem providos por servidores efetivos.

Eis o que há de necessário relatar, tendo em vista a compreensão do feito.

3. DA FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA E JURÍDICA:

3.1. Da Violação da Regra do Concurso Público (art.

37, II) e dos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência (art. 37, caput).

Data maxima venia, Eminentes Ministros(as), não há como elidir que a realidade descrita colide frontalmente como o disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece como regra o concurso público para provimento de cargos e empregos públicos, **sendo absolutamente excepcional a livre designação típica dos cargos em comissão.**

Tal regra - do concurso público, assim como a da licitação - **tem o desiderato de realizar em termos concretos os princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e da absoluta separação entre o público e o privado, desdobramento da adoção da forma republicana de governo.** Sendo regra, não pode ser excepcionalizada, ressalvadas as hipóteses constitucionais, sem que haja inconteste e intransponível violação dos bens, valores e princípios que a Constituição Federal quis tutelar.

Assim sendo, certo é que as normas constitucionais que excepcionalizam a regra do concurso público devem ser objeto de interpretação restritiva, de modo a primar pelo disposto no art. 37, II, da CF, conforme a jurisprudência mansa e pacífica deste Colendo Supremo Tribunal Federal:

"Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da CF. (...) Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. **Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, II e IX, da CF. Descumprimento dos requisitos constitucionais. (...) Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente. (...)**" [RE 658.026, rel. Min. Dias Toffoli, j. 9-4-2014, P, DJE de 31-10-2014, com repercussão geral.] Vide ADI 2.229, rel. min. Carlos Velloso, j. 9-6-2004, P, DJ de 25-6-2004, sendo nossos os destaques)

"O Supremo Tribunal Federal firmou sólida jurisprudência no sentido de que o art. 37, II, da

CF rejeita qualquer burla à exigência de concurso público. **Há diversos precedentes em que a tônica é a absoluta impossibilidade de se afastar esse critério de seleção dos quadros do serviço público** (cf. ADI 2.689, rel. min. Ellen Gracie, Pleno, j. 9-10-2003; ADI 1.350-MC, rel. min. Celso de Mello, Pleno, j. 27-9-1995; ADI 980-MC, rel. min. Celso de Mello, Pleno, j. 3-2-1994); ADI 951, rel. min. Joaquim Barbosa, Pleno, j. 18-11-2004), **até mesmo restringindo possíveis ampliações indevidas de exceções contidas na própria Constituição**, a exemplo do disposto no art. 19 do ADCT (cf. ADI 1.808-MC, rel. min. **Sydney Sanches**, Pleno, j. 1º-2-1999). O rigor na interpretação desse dispositivo constitucional impede inclusive formas de provimento derivado de cargo público, por ascensão interna. [ADI 3.434 MC, voto do rel. min. **Joaquim Barbosa**, j. 23-8-2006, P, DJ de 28-9-2007.] = RE 635.206 AgR-AgR-AgR, rel. min. **Roberto Barroso**, j. 17-2-2017, 1ª T, DJE de 17-3-2017. Vide ADI 336, rel. min. **Eros Grau**, j. 10-2-2010, P, DJE de 17-9-2010" (Original sem destaques)

"O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como **paradigma de legitimação ético-jurídica** da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II). A razão subjacente ao postulado do concurso público **traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros.** [ADI 2.364 MC, rel. Min. Celso de Mello, j. 1º-8-2001, P, DJ de 14-12-2001.] = ADI 2.113, rel. min. **Cármem Lúcia**, j. 4-3-2009, P, DJE de 21-8-2009" (Original sem destaques)

Também a doutrina ressalta o concurso público como regra para admissão de servidores e empregados públicos, valendo citar o magistério do expert no tema Fabrício MOTTA⁵:

⁵MOTTA, Fabrício in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. **Servidores públicos na Constituição de 1988** - 2. ed. - São Paulo: Atlas, p. 18.

"Por último, é relevante notar que os institutos versados consubstanciam exceções à regra do concurso público, e como tais devem ser interpretados. O desempenho impessoal das atividades públicas e a continuidade delas independem de mudanças dos governos. **Tudo isso somente pode ser garantido com a predominância dos cargos efetivos, que constituem a base maior do pessoal no serviço público.**"

A realidade existente no âmbito do MPMT demonstra que a admissão sem concurso público está sendo transformada em regra naquele *Parquet Estadual*, em situação de manifesta violação aos princípios republicanos da moralidade, impessoalidade e eficiência.

Não custa lembrar, ainda, Excelências, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem garante, em seu art. 21, II, que **"Todo o homem tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país"**, afinal "todos são iguais perante a lei" (artigo 5º, *caput*, da CF/88).

Assim sendo, todo o Anexo II 9.782/2012, em sua redação original e alterações, resta eivado por vício de inconstitucionalidade material, **eis que o quantitativo de servidores comissionados em comparação com os servidores efetivos indicam que o concurso público foi transformado em exceção e a criação de cargos comissionados em regra, em manifesta rota de colisão com a Constituição Federal.**

Resta patente e incontestado, portanto, que a situação posta viola a Constituição Federal em seus artigos 5º, *caput*, 37, *caput* (princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência) e inciso II (regra do concurso público), bem como ao princípio da proporcionalidade, devendo ser expurgada da ordem jurídica os dispositivos legais que ensejam tal situação de inconstitucionalidade.

3.2. Da Ausência de Descrição das Atribuições dos Cargos:

Conforme pacífica jurisprudência desta Suprema Corte, a lei que cria cargos de provimento em comissão deve, obrigatoriamente, conter no corpo de seu texto os **requisitos de investidura, as atribuições dos cargos** e a respectiva **remuneração**, sob pena de inconstitucionalidade. A respeito, segue julgado recente em sede de recurso extraordinário com

repercussão geral reconhecida - **TEMA 1.010**:

"Criação de cargos em comissão. Requisitos estabelecidos pela Constituição Federal. Estrita observância para que se legitime o regime excepcional de livre nomeação e exoneração. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema." Destaques no original)

"1. A criação de cargos em comissão é exceção à regra de ingresso no serviço público mediante concurso público de provas ou provas e títulos e somente se justifica quando presentes os pressupostos constitucionais para sua instituição.

2. Consoante a jurisprudência da Corte, a criação de cargos em comissão pressupõe: a) que os cargos se destinem ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) **que o número de cargos comissionados criados guarde proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os institui;** e d) **que as atribuições dos cargos em comissão estejam descritas de forma clara e objetiva na própria lei que os cria."** (Destaques nossos)

"3. Há repercussão geral da matéria constitucional aventada, ratificando-se a pacífica jurisprudência do Tribunal sobre o tema. Em consequência disso, nega-se provimento ao recurso extraordinário.

RE 1041210, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2018, sendo nossos os destaques)

Tal julgado constitui reprodução da jurisprudência pacificada desta Suprema Corte, senão vejamos:

"Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DA DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES CORRESPONDENTES. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE Nº 748.371. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA.

1. **A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais pela Municipalidade exige a descrição de suas respectivas atribuições na própria lei.** Precedente: ADI 4.125, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe 15/2/2011.

(...)

4. In casu, o acórdão recorrido assentou: "Ação Direta de Inconstitucionalidade - Leis Complementares n.ºs. 38 (de 06 de agosto de 2008), 45 (de 27 de julho de 2009), 55 (de 15 de março de 2010), do Município de Buritama (Dispõem sobre 'criação de cargos de provimento em comissão'- Imprescindibilidade da descrição de atribuições para os cargos de assessoramento, chefia e direção - Afronta ao princípio da legalidade - Inconstitucionalidade declarada - Ação julgada procedente".

5. Agravo regimental DESPROVIDO." (RE 806436 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-09-2014 PUBLIC 17-09-2014)

Analisando detidamente todo o inteiro teor da norma impugnada, **não resta verificada a presença de descrição das atribuições dos cargos de provimento em comissão por ela criados**, ficando tal incumbência para ato infralegal, conforme **art. 46^o da Lei n.º 9782/2012** o que constitui inconstitucionalidade, como já decidiu esta Suprema Corte:

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.

⁶ "A estrutura organizacional citada nesta lei bem como suas Unidades Administrativas serão objeto de detalhamento quanto às atribuições gerais e especiais, competência e funcionamento, por meio de regimento interno."

2. A ausência de aditamento da inicial noticiando as alterações promovidas pelas Leis tocantinsenses 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): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2010, sendo nossos os destaques)**

Certo é que o estabelecimento de atribuições por ato regulamentar tem o efeito de conferir ao administrador público ampla margem de manobra quanto as atividades a serem desempenhadas por servidores comissionados, o que não coaduna com a exigência constitucional de lei para a criação de cargos de provimento em comissão, pelo que resta por ser inconstitucional o art. 46 Lei nº. 9782/2012, assim como seu Anexo II, que poderia ter descrito as atribuições dos cargos que houve de criar.

Por fim, merece registro, que a falta da descrição das atribuições do cargo impossibilita a verificação acerca da ocorrência das hipóteses constitucionais quanto as atividades de direção, chefia e assessoramento.

Assim, também por este aspecto, há violação do art. 37, inciso V, da Constituição Federal.

3.3. Da Inocorrência das Hipóteses Constitucionais para Criação de Cargos Comissionados:

Em continuidade, eminentes Ministros, deve ser ressaltado que, praticamente, inexistente no MPMT um quadro de servidores efetivos privativos de bacharel em Direito (os cargos comissionados da área jurídica correspondem a 993,75% dos cargos de Analista Ministerial - Direito), o que é inimaginável para uma Instituição eminentemente jurídica. Também resta inaceitável que o Ministério Público, como Instituição Permanente (art. 127, *caput*, da CF), tenha suas atividades de apoio jurídico exercida exclusivamente por pessoas de vínculo efêmero.

A respeito transcrevemos ementada de parecer lançado pela Procuradoria-Geral da República nos autos da ADI 5.777 (SC), também de autoria da ANSEMP:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS ESTADUAIS QUECRIAM INÚMEROS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. CARGOS COM ATRIBUIÇÕES DE CHEFIA, DIREÇÃO OU ASSESSORAMENTO. CONFORMIDADE COM O ART. 37-V-PARTE FINAL DA CR. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 223/2002. INEXISTÊNCIA DE PERCENTUAL MÍNIMO DE CARGOS COMMISSIONADOS DE NATUREZA JURÍDICA A SER PREENCHIDO POR SERVIDORES DE CARREIRA. INEXISTÊNCIA DE CARGOS EFETIVOS DESTINADOS EXCLUSIVAMENTE A

BACHARÉIS EM DIREITO. INCONSTITUCIONALIDADES. DESRESPEITO AO ART. 37-II-V DA CR CONFIGURADA.

1. É constitucional a criação de cargos em comissão direcionados a atribuições de chefia, direção ou assessoramento, nos moldes do art. 37-V-parte final da CR.

2. A Constituição da República não explicita a ideal correlação que deve haver entre o número de cargos de provimento em comissão e a quantidade de cargos efetivos, mas deixa a cargo do legislador ordinário a definição de percentual mínimo de cargos comissionados a ser preenchido por servidores de carreira, nos termos do art. 37-V da CR.

3. **A não fixação, na Lei Complementar estadual nº 223/2002, de percentual mínimo de cargos em comissão de natureza jurídica que devem ser destinados a servidores efetivos do órgão, bem como a inexistência, no Quadro de Pessoal do MPSC, de cargos efetivos exclusivos para bacharéis em Direito configuram desrespeito ao art. 37-II-V da CR.**

4. **As funções de assessoramento jurídico não devem ser exclusivas de servidores sem vínculo.**

5. Dados do Portal da Transparência do MPSC revelam que o órgão tem dado prioridade ao preenchimento e à criação de cargos em comissão, em detrimento da ocupação total e da ampliação dos cargos efetivos.

6. Parecer pela procedência do pedido. (Destques nossos)

O certo é que a Constituição Federal somente admitiu a livre nomeação em detrimento do concurso pública nas hipóteses de atividades de chefia, direção e assessoramento, conforme art. 37, inciso V, da Constituição Federal.

A doutrina administrativa-constitucional de escol é **unânime** ao condenar a atuação do legislador infraconstitucional no sentido de criar cargos em comissão para o desempenho de atividades rotineiras, técnicas, burocráticas, que não pressupõe um vínculo de confiança. São essas as lições de Adilson de Abreu DALLARI⁷, citando Márcio Cammarosano:

“Não é, portanto, qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiando seu exercício a esta ou àquela pessoa, a dedo escolhida, merecedora da absoluta confiança da autoridade

⁷ DALLARI, Adilson de Abreu. **Regime Constitucional dos Servidores Públicos** - 2. ed - São Paulo: RT, 1992. p.41

superior, mas apenas aqueles que dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos seus titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, **como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior.**"
(Destacamos)

Em igual sentido caminha Marçal Justem FILHO⁸:

"Em primeiro lugar, a Constituição não atribui à lei infraconstitucional autonomia para instituir cargos em comissão quando bem o entender. Como regra, os cargos em comissão são destinados 'apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento'. Logo, é inconstitucional criar cargo em comissão para outro tipo de competência que não essas acima referidas, tal como infringe à Constituição dar ao ocupante do cargo em comissão atribuições diversas."

Também merecem observação as lições do doutrinador e hoje Ministro desta Excelsa Corte Suprema, Alexandre de MORAES⁹:

"Essa exceção constitucional exige que a lei determine expressamente quais as funções de confiança e os cargos de confiança que poderão ser providos por pessoas estranhas ao funcionalismo público e sem a necessidade do concurso público, **pois a exigência constitucional de prévio concurso público não pode ser ludibriada pela criação arbitrária de funções de confiança e cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que se caracteriza**". (Destacamos)

Sobre a o tema, trazemos à balia também os escólios do Procurador de Justiça aposentado e eminente administrativista José dos Santos CARVALHO FILHO¹⁰:

⁸ JUSTEN, Marçal Filho. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.593

⁹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e Legislação Constitucional**. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2004. P. 851

“É importante acentuar que cargos em comissão somente podem destinar-se a funções de chefia, direção e assessoramento, todas elas de caráter específico dentro das funções administrativas. **Resulta daí, por conseguinte, que a lei não pode criar tais cargos para substituir outros de cunho permanente e que devem ser criados como cargos efetivos, exemplificando-se com os de perito, auditor, médico, motorista e similares. Lei com tal natureza é inconstitucional por vulnerar a destinação dos cargos em comissão, concebida pelo Constituinte (art. 37, V, CF).⁸² (...)**

No que se refere aos cargos em comissão, impõe-se observar - já antecipamos - que, de acordo com o art. 37, II, da CF, suas funções limitam-se às de chefia, direção e assessoramento, funções essas que, em virtude de especificidades funcionais, ostentam certo destaque nos quadros de servidores. **Assim, a lei não pode criar cargos dessa natureza para funções permanentes ou de rotina administrativa, próprias das carreiras regulares e dos cargos efetivos. O desvio de finalidade da lei com essa configuração qualifica-a como inconstitucional, evidenciando indesejável burla ao mandamento constitucional.⁹³ (...)**

Não obstante, **afigura-se flagrantemente inconstitucional a criação de cargos em comissão em número excessivo e desproporcional ao quantitativo dos cargos efetivos, fato que denuncia claramente o propósito de favorecimento de alguns poucos apaniguados, frequentemente por interesses políticos.⁹⁹ Da mesma forma, é inconstitucional a lei que cria cargos em comissão com atribuições incompatíveis com o regime de livre nomeação e exoneração, isto é, funções que não sejam de direção, chefia ou assessoramento. Revela-se ainda ilegítima a transformação de cargos na qual se permita reenquadramento indiscriminado dos servidores, sem critério de adequação relativamente aos requisitos (natureza de funções, escolaridade etc.) do cargo novo e do cargo transformado, ensejando privilégios por via oblíqua. Em todos esses casos, é notória a intenção de fraudar os princípios do concurso público, da moralidade e da impessoalidade, a fim de beneficiar indevidamente**

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** - 31. ed. - rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Atlas, 2017, p. 407-409. Nossos os destaques.

alguns privilegiados em detrimento dos desapadrinhados, numa inaceitável persistência da cultura da imoralidade." (Destacamos)

Também sobre a matéria temos o clássico magistério de Hely Lopes MEIRELLES e José Emmanuel BURLE FILHO¹¹:

"Neste campo, o legislador deve ter presente, sempre, advertência e alerta do STF no sentido de que "a criação de cargo em comissão em moldes artificiais e não condizentes com as praxes do nosso ordenamento jurídico e administrativo só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso (...)" (Destacamos)

Também segue doutrina de Diógenes Gasparini¹²:

Mas, por certo, não se pode criar somente cargos em comissão, pois outras razões existem contra essa possibilidade. Tal criação, desmedida e descabida, deve ser obstada, a todo custo, quando a intenção evidente é burlar a obrigatoriedade do concurso público para o provimento de cargos efetivos. De sorte que os cargos que não apresentam aquelas características ou alguma particularidade entre seu rol de atribuições, como seu titular privar da intimidade administrativa da autoridade nomeante (motorista, copeiro), devem ser de provimento efetivo, pois de outro modo cremos que haverá desvio de finalidade na sua criação e, portanto, possibilidade de sua anulação. Por esses motivos são em menor número. (Destacamos)

A jurisprudência desta Suprema Corte condena, categoricamente, as hipóteses de criação de cargos em comissão fora das hipóteses constitucionais, exigindo que sejam bem definidas as atribuições de modo a deixar evidente o caráter de chefia, direção e assessoramento:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 500, DE 10 DE MARÇO DE 2009, DO ESTADO DE RONDÔNIA.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. e BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro** - 42. ed., atual. até a EC 90, de 15.9.2015 - Rio de Janeiro: Malheiros, 2016, p. 526.

¹² GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo** - 9. ed., rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2004, p. 257.

ERRO MATERIAL NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO PARCIAL REJEITADA. MÉRITO. **CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. INCONSTITUCIONALIDADE.**

1. Conhece-se integralmente da ação direta de inconstitucionalidade se, da leitura do inteiro teor da petição inicial, se infere que o pedido contém manifesto erro material quanto à indicação da norma impugnada.

2. A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da Constituição Federal. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos.

3. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes.

4. Ação que se julga procedente." (ADI 4261, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2010, sendo nossos os destaques)

"Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEIS MUNICIPAIS QUE CRIAM CARGOS EM COMISSÃO SEM CARÁTER DE CHEFIA, ASSESSORAMENTO E DIREÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DAS ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 323 DO RISTF C.C. ART. 102, III, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA E DA LEGISLAÇÃO LOCAL. VEDAÇÃO. SÚMULAS N. 279 E 280 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

3. "É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico" (ADI 3.602, Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 7.6.11). No mesmo sentido: AI 656.666-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 5.3.2012 e ADI 3.233, Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe 14.9.2007.

(...)

5. In casu, o acórdão originalmente recorrido assentou: 'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Expressões e dispositivos das Leis Municipais nº 14.375, de 27 de dezembro de 2007 e nºs 14.840, 14.841, 14.842, 14.843, 14.845m, de 18 dezembro de 2008, e seus anexos, que tratam da criação de cargos em comissão de assessoria na Prefeitura Municipal de São Carlos e em sua Administração Indireta, como fundações, PROHAB e Serviço Autônomo de Água e Esgoto - **Atribuições que não exigem necessidade de vínculo especial de confiança e lealdade, a justificar a criação de cargo em comissão - Funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais, típicas de cargos de provimento efetivo, a ser preenchido por servidor concursado** - Violação dos arts. 111, 115, II e V, e 144 da CE - Procedência da ação.'

6. Agravo regimental a que se nega provimento. " (RE 693714 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/09/2012, sendo nossos os destaques)

"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, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2007, sendo nossos os destaques)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. **LEIS DO ESTADO DO PARANÁ. CRIAM CARGOS EM COMISSÃO DE ASSISTENTE DE SEGURANÇA PÚBLICA QUE EXERCERIAM ATRIBUIÇÕES TÍPICAS DE CARGO DE CARREIRA - DELEGADO -**, DE PROVIMENTO EFETIVO, NA ESTRUTURA DA SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA, CUJA INVESTIDURA REQUER A APROVAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. **VIOLAÇÃO AO ART. 37, II DA C.F.** LEIS DE 1994. AUSENTE UM DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR. PORÉM, AS RAZÕES DE CONVENIÊNCIA E A PLAUSIBILIDADE JURÍDICA, APESAR DO TEMPO DECORRIDO, JUSTIFICAM SEJA A MESMA CONCEDIDA PARA A PRESERVAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA LOCAL. PRECEDENTES. LIMINAR DEFERIDA. (ADI 2427 MC, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2001, sendo os destaque nossos)

Em recente decisão, ao julgar a Petição n° 4656, sob a relatoria da e. Min. Carmen Lúcia Antunes Rocha, este Supremo Tribunal Federal entendeu como inconstitucional o art. 5º, da Lei n° 8.227/07, do Estado da Paraíba, que criou **100 cargos de assistente de administração, com atribuições administrativas genéricas, sem concurso público**, no Tribunal de Justiça da Paraíba¹³:

"No caso em pauta, além dos indícios apontados pelo CNJ, de cometimento de fraude ao que decidido pelo STF na ADI 3.233, a leitura das atribuições conferidas aos cargos para os quais se deram as nomeações evidencia burla ao comando constitucional previsto no inciso V do artigo 37 da Constituição, que determina que as funções de confiança e os cargos em comissão no serviço público destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento", esclareceu.

Segundo explicou a ministra, o dispositivo legal em questão "não explicita as atividades a serem desenvolvidas pelos nomeados para o cargo em comissão de assistente de administração, **limitando-se a atribuir aos cargos o desempenho de "atividades administrativas genéricas"**, expressão de conceito jurídico indeterminado, que legitimou a conclusão do CNJ no sentido de que os comissionados não passariam de **"assistentes para múltiplas funções comandadas para a execução de operações materiais e burocráticas"**.

Também merece registro que a nomenclatura do cargo não indica, necessariamente, o cumprimento dos requisitos para a criação de cargo em comissão, conforme precedente do STF que ora transcrevemos:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 500, DE 10 DE MARÇO DE 2009, DO ESTADO DE RONDÔNIA. ERRO MATERIAL NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO PARCIAL REJEITADA. MÉRITO. **CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE**

¹³ Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-28/cargos-comissionados-servem- apenas-atividades-chefia>> e <<https://jota.info/justica/e-valido-ato-cn timer-que-anulou-nomeacoes-de-comissionados-19122016>> . Acesso em 20. mar. 2018.

ASSESSORAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. Conhece-se integralmente da ação direta de inconstitucionalidade se, da leitura do inteiro teor da petição inicial, se infere que o pedido contém manifesto erro material quanto à indicação da norma impugnada.

2. A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da Constituição Federal. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos.

3. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes.

4. Ação que se julga procedente." (ADI 4261, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2010, sendo nossos os destaques)

Patente que o legislador infraconstitucional não se desincumbiu do dever de demonstrar o caráter excepcional das atribuições dos cargos em comissão, não evidenciando tratar-se de atividades de direção, assessoramento e chefia, tampouco apresentou elementos acerca do especial vínculo de confiança, **sendo inconteste a violação do disposto no art. 37, inciso V, da Constituição Federal.**

A respeito importa transcrever excertos dos fundamentos adotados pela Procuradoria-Geral da República na inicial da ADIn nº 5.555, contra a criação de 8.000 cargos no Estado de Goiás¹⁴, senão vejamos:

Para justificar a criação de cargos em comissão como exceção à regra ao concurso público, é necessário a legislação demonstrar que as atribuições deles se harmonizam com a regra da livre nomeação e exoneração e com a destinação constitucional desses postos. Somente a nomenclatura

¹⁴ Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5011640>>. Acesso em 03. ago. 2017

do cargo não é suficiente para esse fim; apenas a definição legal de atribuições e responsabilidades do cargo é apta a comprovar se ele é mesmo jurídica e administrativamente apropriado para provimento em comissão.

(...)

Não basta que a denominação conferida a um cargo seja de "assessor". Como observa a representação originadora desta ação, o rótulo é irrelevante, porquanto o conjunto de funções que substanciam as atividades desempenhadas pelos servidores comissionados é que dirá se as atribuições são próprias de direção, chefia ou assessoramento.

Inconteste que a priorização de comissionados em detrimento de efetivos para atuação jurídica de servidores do MPMT realça a violação da regra do concurso público. Também deve ser destacado que o legislador não se desincumbiu de provar que tais cargos em comissão se destinam ao desempenho de atividades de direção, chefia e assessoramento, o que o que realça a inconstitucionalidade da criação de cargos em comissão levada a termo pelo Anexo II, da Lei 9.782/2012, em sua redação original e alterações.

3.4. Da Violação do Princípio da Proporcionalidade entre o número de servidores efetivos em relação aos servidores comissionados:

Em acréscimo à inconstitucionalidade do normativo combatido quanto à inexistência de atribuições de assessoramento nos cargos de assessor de promotoria do MPMT, outra inconstitucionalidade salta aos olhos.

Conforme dito alhures, os cargos de provimento em comissão correspondem a 240% do total de cargos efetivos criados existentes no âmbito do MPMT (381 cargos efetivos x 915 comissionados), **o que afasta a existência de proporcionalidade na espécie.**

A criação indiscriminada de cargos comissionados no estado brasileiro é resquício do estado patrimonialista, onde a possibilidade de nomear pessoas sem merecimento para o serviço

público era forma de demonstração de poder, em notável desprestígio ao interesse público.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não podem ser considerados mero exercício de retórica, pelo contrário, decorrem do **princípio do devido processo legal sob a perspectiva material (art. 5º, LIV)**, conforme esclarece o eminente Min. de Gilmar Ferreira Mendes, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 349.703/RS e 466.343/SP, declarando inconstitucional a prisão civil do depositário infiel, em razão da desproporcionalidade da lei:

Como é sabido, a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot*), **que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação dos meios aos fins. (...)**

Portanto, a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

A jurisprudência deste Excelso Supremo Tribunal Federal (STF) é firme no sentido de reconhecer como inconstitucional a **existência de cargos em comissão em desproporção ao número de cargos de servidores concursados**, senão vejamos:

EMENTA: AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. **INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO.** I - Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. II - **Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local.** III - Agravo improvido.
(RE 365368 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 22/05/2007, destaques nossos)

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 tocantinsenses 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 tocaninense n. 1.950. **(ADI 4125, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2010, sendo nossos os destaques)**

O caso em mesa se assemelha muito ao do julgado transcrito, não só quanto aos fundamentos jurídicos, mas, sobretudo, no que tange às circunstâncias de criação de cargos em comissão em comparação com o quadro efetivo de servidores. Para ilustrar, transcrevemos excertos do voto da Ministra Cármen Lúcia:

Na "planilha referente ao quadro de vacância de cargos efetivos" elaborado pela Secretaria da Administração (Ofício n. 1323/SECAD-GASEC encaminhado ao Procurador-Geral do Estado do Tocantins em 19.7.2007, fl. 76), há notícia de que dos 65.024 cargos de provimento efetivo existentes no Estado do Tocantins apenas 29.944 estavam preenchidos (ocupados) e 35.080 estavam vagos em 2007 (fl. 110).

O cotejo numérico entre os cargos efetivos existentes nos quadros do Poder Executivo tocaninense (65.024), os cargos vagos nesse Estado -

leia-se, a serem preenchidos por concurso público (35.080) - e a quantidade de cargos de natureza especial e em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 revela uma, situação curiosa. É que o número de cargos efetivos vagos aproxima-se do número de cargos de provimento em comissão criados. E, ainda, o número de cargos em comissão inicialmente criados (35.419) é maior do que o total de cargos efetivos preenchidos no Estado (29.944), o que poderia levar à constatação absurda de que para cada subordinado há, pelo menos, um "chefe, assessor ou diretor", ocupante de cargo comissionado. Isso sem contar que parte desses cargos em comissão deve ser ocupada por servidores efetivos, como determina o inc. V do art. 37 da Constituição da República.

Ainda que o total de cargos de natureza especial ou em comissão tenha sido reduzido para 28.177 (Leis n. 2.145/2009 e 2.232/2009) e que constem dos autos notícias de concursos públicos realizados em data posterior ao ajuizamento desta ação (fls. 971-1023/1025-1033/1035-1057/1736-1782), permanece o desequilíbrio entre os cargos efetivos e os em comissão da "estrutura básica do Poder Executivo" do Estado do Tocantins. subordinado há, pelo menos, um "chefe, assessor ou diretor", ocupante de cargo comissionado. Isso sem contar que parte desses cargos em comissão deve ser ocupada por servidores efetivos, como determina o inc. V do art. 37 da Constituição da República.

Ainda que o total de cargos de natureza especial ou em comissão tenha sido reduzido para 28.177 (Leis n. 2.145/2009 e 2.232/2009) e que constem dos autos notícias de concursos públicos realizados em data posterior ao ajuizamento desta ação (fls. 971-1023/1025-1033/1035-1057/1736-1782), permanece o desequilíbrio entre os cargos efetivos e os em comissão da "estrutura básica do Poder Executivo" do Estado do Tocantins.

17. Como sabido, a obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é um instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade, que garante aos cidadãos o acesso aos cargos públicos, em condições de igualdade. Na espécie vertente, a exceção transformou-se em regra.

A conduta do *Parquet* Mato-grossense não se coaduna com a política de combate institucional à criação desmesurada de cargos de provimento em comissão adotada pela Procuradoria-Geral da República. Basta citar, por exemplo, que o Excelentíssimo Procurador-Geral propôs a ADIn nº 5.555, contra a criação de 8.000 cargos no Estado de Goiás¹⁵, pois

¹⁵ Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-12/pgr-questiona-leis-goias-criam-mil-cargos-comissao>>. Acesso em 03. ago. 2017

"Apesar de as leis trazerem as denominações dos cargos, como por exemplo "assessor", Janot sustenta que "o rótulo é irrelevante, porque o conjunto de funções que substanciam as atividades desempenhadas pelos servidores comissionados é que dirá se as atribuições são próprias de direção, chefia ou assessoramento". Afirma ainda que a jurisprudência do Supremo é no sentido de declarar inconstitucional lei criadora de cargos em comissão cujas atribuições dispensem a necessária relação de confiança.

Importante trazer a *lúmen* auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União no âmbito da Administração Pública Federal, a qual concluiu que:

a) **órgãos com menos servidores comissionados e mais servidores efetivos são mais eficientes;**

b) **existem inúmeros riscos quanto à dificuldade de aferição da competência técnica dos servidores sem vínculo com a administração em relação àquelas exigidas pelo cargo comissionado;**

c) **risco de conflito entre interesses públicos e privados em relação às pessoas que ocupam essas funções;**

Confira-se a íntegra da notícia que resume o estudo¹⁶:

"TCU realiza mapeamento de riscos na contratação de funções de confiança e de cargos em comissão.

TCU identificou e avaliou os riscos relativos à escolha e à investidura em funções de confiança e cargos em comissão, no âmbito da Administração Pública Federal (APF). Poder Legislativo tem 97% de servidores sem vínculo com a APF; **Judiciário e o Executivo têm a maioria dos cargos ocupados por servidores do próprio quadro.**

Enquanto o Poder Legislativo tem 97% de servidores sem vínculo com a administração pública, **o Judiciário e o Executivo têm a maioria dos cargos ocupados por servidores do próprio quadro.**

¹⁶ Disponível em <<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-realiza-mapeamento-de-riscos-na-contratacao-de-funcoes-de-confianca-e-de-cargos-em-comissao.htm>> Acesso em 03. ago. 2017.

O Tribunal de Contas da União (TCU) identificou e avaliou os riscos relativos à escolha e à investidura em funções de confiança (FC) e cargos em comissão (CC), no âmbito da Administração Pública Federal (APF). A auditoria realizada também objetivou obter informações sobre quantitativos, atribuições, requisitos de acesso e outros dados relevantes relacionados a esses cargos/funções.

Foi realizada amostra em 278 unidades jurisdicionadas, nas quais 25% dos servidores são ocupantes de FC e 5% ocupam CC. **Quando foi realizada a análise por poder, observou-se que o Poderes Legislativo e Judiciário, assim como o Ministério Público da União (MPU), possuem, respectivamente, 79%, 56% e 44% de servidores ocupando FC/CC, valores superiores à média geral, que é de 31%, e à média do Poder Executivo, de 26%.**

Em relação à origem do vínculo de pessoas com CC, 60% dessas funções são ocupadas por servidores efetivos, enquanto os demais são ocupados por pessoas sem vínculo com a administração. Quando esta análise é feita por poder, o Legislativo tem 97% de servidores sem vínculo com a administração e o Judiciário e o Executivo têm a maioria dos CC ocupados por servidores do próprio quadro, nos percentuais de 83% e 64%, respectivamente.

Dos R\$ 9,68 bilhões gastos mensalmente com os servidores ativos das 278 organizações, R\$ 3,47 bilhões, ou 36%, são gastos com os servidores comissionados ocupantes FC/CC, sendo 7% para os titulares de CC e 29% para ocupantes de FC.

Também foram observadas discrepâncias entre os 30 ministérios participantes, das 278 organizações verificadas. A título de exemplo, o Ministério das Cidades possui percentual de FC/CC de 40%, menos da metade do observado no Ministério da Pesca e Aquicultura, de 85%.

A auditoria também avaliou os riscos inerentes aos processos de escolha e indicação de ocupantes dos cargos comissionados, entre os quais investidura em FC e CC de pessoa que não possui os requisitos e as competências necessários e conflito entre interesses públicos e privados das pessoas com essas funções. Também foram observados casos de FC e CC de pessoa enquadrada nas hipóteses de nepotismo ou com

impedimentos legais e existência de comissionados cujas atribuições não são de direção, chefia ou assessoramento.

Uma das dificuldades que levam ao risco de investidura em FC/CC de pessoa enquadrada nas hipóteses de nepotismo refere-se aos normativos que regem a proibição de tal prática. Na avaliação do TCU, essas normas são de difícil implementação, em face tanto da dependência de declaração própria daquele que incide na proibição, quanto da apresentação de eventual denúncia.

O tribunal constatou que, em regra, estruturas mais enxutas, com menor quantidade de servidores alocados em cargos de chefia, direção e assessoramento tendem a ser menos burocráticas e mais efetivas, além de possuírem um custo menor. Não foi afastada, no entanto, a interferência de outros fatores que interferem na produtividade com custo menor, como, por exemplo, gestão mais eficiente e adoção de processos de trabalho menos redundantes. Apesar disso, esses aspectos não foram analisados no trabalho atual.

Exemplo da diferença de produtividade foi observado entre dois tribunais regionais do trabalho (TRT). O TRT-20 possui 37 magistrados e baixou de seu estoque, no ano de 2014, 34.320 processos. Já o TRT-22, que possui 38 magistrados, baixou 42.380 processos no mesmo período. No TRT-20, que tem percentual de comissionados de 60%, a produtividade de cada magistrado foi de 928 processos no ano. No TRT-22, que tem 38% de comissionados, essa produtividade foi de 1.115 processos. Em julho de 2015, o gasto total de pessoal do TRT-22 foi de R\$ 5,45 milhões, contra R\$ 6,79 milhões do TRT-20."

Também neste aspecto há se reconhecer a inconstitucionalidade do Anexo II da norma impugnada, porquanto a ausência de proporcionalidade em questão encerra patente violação do art. 37, *caput*, e inciso II c/c art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

3.5. VIOLAÇÃO DO ART. 37, V, DA CF - PERCENTUAL IRRISÓRIO DE CARGOS EM COMISSÃO DESTINADO AOS SERVIDORES EFETIVOS:

A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso V, determina que o legislador infraconstitucional estabeleça percentuais dos

cargos de provimento em comissão a serem ocupados por servidores efetivos, senão vejamos:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
(...)
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”. (Destaquei)

Ao cumprir com o mandamento constitucional, o Estado do Mato Grosso editou a Lei nº 9782/2012, alterada pela Lei nº 11.122/2020, estabelecendo percentuais irrisórios de cargos em comissão a serem providos por servidores efetivos, senão vejamos:

“Os cargos de provimento em comissão são de livre nomeação e exoneração pelo Procurador-Geral de Justiça, garantindo-se, **do total de cargos de chefia e direção, o mínimo de 30% (trinta por cento)** para os servidores efetivos e, do total **dos cargos de assessoramento, o mínimo de 1% (um por cento)** para os servidores efetivos.” (São nossos os destaques)

Em virtude da norma ora impugnada, temos 915 (novecentos e quinze) cargos comissionados providos, sendo que 790 (setecentos e noventa) estão ocupados por pessoas sem vínculo efetivo com Ministério Público¹⁷, ou seja, 97% (noventa e seis vírgula quarenta e três por centos) dos cargos comissionados são ocupados por comissionados exclusivos. Apenas 28 cargos em comissão são ocupados por servidores efetivos, estando atualmente 96 cargos em comissão vagos. O cenário visual a seguir reproduzido indica o tamanho do contraste, que faz vazio o comando constitucional em tela:

¹⁷ <https://www.mpmt.mp.br/transparencia/include.php?id=52&tipo=3&action=consultar&mes=09&ano=2022>

Descrição ^(a)	Existentes ^(b)	Ocupados			Vagos (e = b - c - d)
		Com vínculo ^(c)		Sem vínculo ^(d)	
		Membros	Servidores		
ASSESSOR DE COMUNICACAO	1	0	0	1	0
ASSESSOR DE PROCURADOR	37	0	1	36	0
ASSESSOR DE TECNOLOGIA DA INFORMACAO JÚNIOR	10	0	0	7	3
ASSESSOR DE TECNOLOGIA DA INFORMACAO PLENO I	6	0	0	3	3
ASSESSOR DE TECNOLOGIA DA INFORMACAO PLENO II	8	0	0	4	4
ASSESSOR DE TECNOLOGIA DA INFORMACAO SÊNIOR	2	0	0	0	2
ASSESSOR ESPECIAL	25	0	1	23	1
ASSESSOR TECNICO	47	0	0	12	35
ASSISTENTE MINISTERIAL	329	0	2	321	6
AUDITOR DE CONTROLE INTERNO	1	0	1	0	0
AUXILIAR MINISTERIAL	165	0	0	124	41
CHEFE DE CERIMONIAL	1	0	0	1	0
CHEFE DE DEPARTAMENTO	9	0	7	2	0
CHEFE DE GABINETE	2	0	1	0	0
DIRETOR - GERAL	1	0	1	0	0
GERENTE	30	0	12	18	0
OFICIAL DE GABINETE	237	0	0	236	1
SUPERVISOR ADMINISTRATIVO	3	0	1	2	0
SUPERVISOR PEDAGÓGICO	1	0	1	0	0
Total	915	0	28	790	96



Ora, o art. 37, inciso V, da Constituição Federal **não confere ao legislador infraconstitucional poderes absolutos ou verdadeira "carta branca"** para dispor sobre os percentuais de que trata de forma dissociada de qualquer parâmetro de razoabilidade ou proporcionalidade.

Com efeito, não pode a regulamentação do 37, inciso V, da CF **atuar de forma tal que venha a reduzir o sentido e o alcance da norma constitucional a ponto de torná-la mero dispositivo figurativo**, o que contradiz o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Assim, tomando as lições do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, temos que o princípio da proporcionalidade fornecerá ao intérprete constitucional mecanismos para limitar a discricionariedade dos agentes estatais, de modo que se possa

extrair dos dispositivos constitucionais o máximo de efetividade na realização de seus fins, senão vejamos¹⁸:

"O princípio da razoabilidade-proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias do devido processo substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e **do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutida ou decorrente do sistema**". (BARROSO, 2015: 340, sendo que destaquei)

Ora, **o fim embutido no art. 37, V, da CF é o de evitar que pessoas sem vínculo efetivo com o Poder Público - os comissionados exclusivos - venham a assumir cargos em comissão em percentual que supere a quantidade de cargos ocupados por servidores públicos efetivos, o que justamente ocorre no caso sub judice**, em inconteste prejuízo dos princípios da continuidade dos serviços públicos - dada a preponderante transitoriedade dos comissionados exclusivos -, da moralidade e do mérito no ingresso no serviço público (concurso público, que constitui regra).

O objetivo do constituinte originário era o de dá preferência ao mais habilitado - comprovado mediante concurso público, como regra - também no provimento dos cargos em comissão, de modo a estabelecer que *"os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional"* (Redação originária do **inciso V, art. 37, da CF**). Sobre a matéria pontifica CARVALHO FILHO¹⁹:

"O texto constitucional anterior estabelecia que os cargos em comissão e as funções de confiança deveriam ser exercidos *preferencialmente* por servidores ocupantes de cargos de carreira técnica ou profissional. A EC n°. 19/1998, da reforma do Estado, todavia, alterando o inciso V do art. 37, **restringiu essa investidura**, limitando o exercício

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

de funções de confiança a servidores ocupantes de cargos efetivos e a investidura em cargos em comissão a servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, devendo as atribuições de tais funções e cargos destinar-se apenas à chefia, direção e assessoramento. A norma ora vigente limita a investidura, em cargos em comissão, de pessoas que não pertencem aos quadros públicos, com o que se procurará evitar tantos casos de imoralidade e nepotismos existentes em todos os setores da Administração". (CARVALHO FILHO, 2013: 614, sendo que destaquei)

Ocorre que em nosso Brasil existe a nefasta tradição de transformar exceções em regras, de modo que o termo "preferencialmente" contido na norma teve interpretação e aplicação oposta. Assim, no mundo dos fatos, os cargos em comissão restavam por serem ocupados "preferencialmente" e preponderantemente por pessoas sem vínculo efetivo com a Administração, em razão de que o legislador constituinte derivado (Emenda Constitucional n°. 19/2008) atuou no sentido inconstante de limitar a discricionariedade do legislador infraconstitucional (e, por conseguinte, do administrador público), estabelecendo que os cargos em comissão serão exercidos por servidores efetivos em percentuais mínimos estabelecidos em lei.

Se diz em hermenêutica jurídica que a lei não contém palavras vãs, ou seja, desprovidas de sentido e significado. Assim, temos que o termo "mínimos" empregado pelo constituinte dá um sentido, um norte ao legislador regulamentar, de modo a **impossibilitar que este atue a esvaziar a norma constitucional, negando-lhe eficácia ou aplicabilidade concreta.**

Embora o Estado do Mato Grosso seja ente federado autônomo para disciplinar a matéria, é possível que o interprete constitucional pesquise acerca da aplicação concreta da norma de modo a aferir a razoabilidade da novel legislação, ora questionada. Com efeito, a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Congresso Nacional e da Presidência da República indica parâmetros de razoabilidade a afirmar que o percentual de 50% (cinquenta por centos) resta por ser correto e conforme com os objetivos constitucionais. Segue detalhamento da aplicação do ar. 37, V, da CF em Órgãos do Ministério Público, do Poder Judiciário e do Poder Executivo:

Órgão	Percentual	Fundamento
MPU (MPF, MPT, MPM, MPDFT)	50%	Art. 4º, §1º, da Lei 13.316/2016. ²⁰
Poder Judiciário da União (STF, STJ, TST, TSE, STM, Justiça Federal, Justiça Militar, Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho e Justiça do Distrito Federal e Territórios)	50%	Art. 5º, §7º, da Lei n.º. 11.416/2006 ²¹
Tribunais de Justiça (AC, AL, AP, AM, CE, ES, GO, MA, MT, MS, MG, PA, PB, PR, PE, PI, RJ, RN, RS, RO, RR, SC, SP, SE, TO.	50%	Art. 3º, §1º, da Resolução n.º. 88/2009 do CNJ. ²²
TJ da Bahia	60%	Art. 6º, § 2º da Lei n.º 11.170/5008, do Estado da Bahia ²³
Poder Executivo Federal	60%	ART. 27 DO Decreto Presidencial

²⁰ "Art. 4º *Omissis*

§ 1º Cada ramo do Ministério Público da União destinará, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) dos cargos em comissão aos integrantes das Carreiras do Ministério Público da União, observados os requisitos de qualificação e experiência previstos em regulamento, ficando resguardadas as situações constituídas até a data da publicação desta Lei."

²¹ "Art. 5º *Omissis*

§ 7º Pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos cargos em comissão, a que se refere o caput deste artigo, no âmbito de cada órgão do Poder Judiciário, serão destinados a servidores efetivos integrantes de seu quadro de pessoal, na forma prevista em regulamento."

²² "Art. 4º *Omissis*

§ 1º Para os Estados que ainda não regulamentaram os incisos IV e V do art. 37 da Constituição Federal, pelo menos 50 (cinquenta por cento) dos cargos em comissão deverão ser destinados a servidores das carreiras judiciais, cabendo aos Tribunais de Justiça encaminharem projetos de lei de regulamentação da matéria, com observância deste percentual."

²³ "SERVIDOR PÚBLICO. CARGOS COMISSIONADOS. CARGOS EFETIVOS. NÍVEIS DE PROTEÇÃO. RESOLUÇÃO N.º 88, DO CNJ. LEI ESTADUAL. PERCENTUAL MAIS FAVORÁVEL AOS SERVIDORES EFETIVOS. APURAÇÃO. CARGOS EFETIVAMENTE OCUPADOS. CARGOS VAGOS. ALTO PERCENTUAL. ESTUDO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DE CARGOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. MODULAÇÃO DE EFEITOS.

1. Os percentuais de cargos comissionados reservados aos servidores integrantes das carreiras do Poder Judiciário estabelecem níveis de proteção, devendo prevalecer aquele mais favorável ao servidor público efetivo, de maneira que, no caso, o percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento), estabelecido na Resolução n.º 88, do CNJ, cede espaço para os 60% (sessenta por cento) previstos no artigo 6º, § 2º da Lei n.º 11.170, de 2008, do Estado da Bahia. (...)" (CNJ - PP - Pedido de Providências - Conselheiro - 0003175-80.2010.2.00.0000 - Rel. WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR - 111ª Sessão - j. 31/08/2010).

		n.º. 10.829/2021. ²⁴
--	--	------------------------------------

Inegável, pois, que a legislação impugnada carregada a pecha da inconstitucionalidade material, porquanto afrontou o disposto no art. 37, inciso V, da Constituição da República, atuando de modo desrazoável e reduzindo a incidência normativa do referido comando constitucional.

É preciso, pois, assegurar a máxima efetividade da norma constitucional, assegurando que a realidade do mundo fático venha a corresponder ao que pretendeu o legislador constituinte.

Assim sendo, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais indica que as expressões "30% (trinta por cento)" e "1% (um por cento)" contidos na Lei mato-grossense n.º 9782/2012 deverão sucumbir ante o que determina o art. 37, inciso V, da Constituição da República.

A respeito da máxima efetividade das normas constitucionais, preleciona ROBERTO BARROSO:

"Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social. **O interprete constitucional deve ter o compromisso com a efetividade da Constituição:** entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador". (BARROSO, 2015: 341, sendo que destaquei)

Referida situação também afronta literalmente o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, a partir do momento em que incentiva o provimento de cargos em comissão por pessoas sem vínculo efetivo e em detrimento de servidores efetivos, malferindo assim os princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência, além de estabelecer uma forma anômala de acesso ao

²⁴ "Art. 27. O Poder Executivo federal destinará a servidores de carreira, no mínimo, sessenta por cento do total de cargos em comissão existentes na administração pública direta, autárquica ou fundacional."

serviço público.

Tal situação coloca o administrador na posição de escolher a pessoa que ocupará a grande quantidade de cargos públicos comissionados, sem qualquer critério meritório e impessoal, afrontando assim a moralidade que se espera do serviço público, em total desestímulo ao servidor legitimamente concursado.

Temos que o princípio da Impessoalidade se confunde com o próprio princípio da finalidade, que seria o que determina ao administrador público que só pratique o ato para o seu determinado fim legal, que nada mais é do que aquele que a norma de direito indica expressa ou implicitamente como objetivo do ato de forma impessoal. Esse princípio deve ser entendido também como meio de exclusão de promoção pessoal de autoridades quando da realização de seus atos administrativos.

Sobre o assunto já decidiu o Plenário desta Suprema Corte em acórdão relatado pelo eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, cuja ementa transcrevemos *in verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 3º DA LEI 10.678/2016, DO ESTADO DA PARAÍBA, QUE DÁ NOVA REDAÇÃO AO § 1º DO ART. 5º DA LEI ESTADUAL 10.432/2015. EXCLUSÃO DA RESERVA PARA SERVIDORES EFETIVOS DE 50% DOS CARGOS DE ASSESSOR III E IV DE PROCURADOR DE JUSTIÇA; E ASSESSOR V DE PROMOTOR DE JUSTIÇA. QUEDA PARA CERCA DE 15% DO TOTAL DOS CARGOS COMMISSIONADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA PARAÍBA. AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. BURLA AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. ART. 37, CAPUT, II E V, DA CF. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.

I - A exigência de concurso público para a investidura em cargos e empregos públicos, em todos os níveis político-administrativos da Federação, configura imperativo constitucional, que somente pode ser excepcionado em situações especialíssimas, apontadas no próprio Texto Magno, a exemplo do que ocorre com as contratações temporárias a que se refere o art. 37, IX, assim como com os cargos comissionados, nos termos do art. 37, V, ambos da Constituição Federal. Precedentes.

II - A Lei 10.432/2015, que instituiu o plano de cargos, carreiras e remuneração do quadro de serviços auxiliares do Ministério Público da

Paraíba, levando a efeito o comando constante da segunda parte do inciso V, do art. 37 da CF, reservava, em sua redação original, 50% do total de cargos em comissão aos servidores de carreira, percentual a ser atingido paulatinamente, até o ano de 2024.

III - No entanto, o art. 3º da Lei 10.678/2016 excluiu da reserva de 50% os cargos de Assessor III e IV de Procurador de Justiça e Assessor V de Promotor de Justiça, os quais, no universo de 397, totalizam 277 cargos.

IV - Pela redação original da Lei 10.432/2015, 198 cargos comissionados teriam que ser preenchidos, até o ano de 2024, por servidores de carreira. Com a alteração promovida pela lei questionada, o número foi reduzido drasticamente para apenas 60, de modo que a reserva de cargos comissionados a serem ocupados por servidores de carreira caiu de 50% para pouco mais de 15%.

V - Apesar de o inciso V do art. 37 da CF não estabelecer o patamar mínimo, o percentual de 15% do total de cargos em comissão reservado aos servidores de carreira não atende ao comando do art. 37, V, da Constituição Federal.

VI - O dispositivo atacado, a pretexto de levar a efeito um rearranjo nos cargos comissionados reservados aos servidores públicos efetivos, na verdade operou sério desequilíbrio entre estes últimos e aqueles que não têm vínculo com a Administração Pública, em inequívoca burla à exigência constitucional de concurso público, que objetiva, em essência, dar concreção aos princípios abrigados no caput do art. 37 da Lei Maior, em especial aos da moralidade e da impessoalidade.

VII - O art. 3º da Lei estadual 10.678/2016 não pode fazer tábula rasa do art. 37, V, da Carta Magna, de maneira a reduzir o seu alcance, já que, nos termos da tese fixada no Tema 1.010 da Repercussão Geral, "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", respeitando, assim, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade para definir o quantitativo, a fim de extrair do dispositivo constitucional a máxima efetividade na realização de sua finalidade.

VIII - Considerando a segurança jurídica e o excepcional interesse social envolvidos na questão, entendendo ser cabível a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade, a fim de que esta decisão tenha eficácia após doze meses da publicação do

acórdão do presente julgamento. IX - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 10.678/2016, do Estado da Paraíba.

(ADI 5559, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 30-09-2021 PUBLIC 01-10-2021)

Patente, pois, a inconstitucionalidade material das expressões "30% (trinta por cento)" e "1% (um por cento)" contidos no art. 14 da Lei mato-grossense nº 9782/2012, com redação dada pela Lei nº 11.122/2020.

Todavia, temos que a declaração de inconstitucionalidade das expressões "30% (trinta por cento)" e "1% (um por cento)" deixaria lacunoso o art. 14 da Lei mato-grossense nº 9782/2012, decisão que também colidiria com o art. 37, V, da Constituição Federal, **sendo imperiosa a utilização da técnica da interpretação conforme para imprimir efetividade ao comando constitucional em testilha.**

Assim, os princípios da moralidade, da razoabilidade e da proporcionalidade (que devem conduzir o intérprete na busca de assegurar máxima efetividade ao texto constitucional), assim os precedentes que colacionamos (CNJ, Ministério Público da União, Governo Federal), indicam a necessidade de imprimir ao que restar do art. 14 da Lei mato-grossense nº 9782/2012 (após a declaração de inconstitucionalidade parcial) interpretação conforme para estabelecer o percentual de 50% (cinquenta por centos) dos cargos de provimento em comissão a serem providos por servidores efetivos.

4. DA MEDIDA CAUTELAR:

Preclaros Ministros(as),

Há plausibilidade jurídica nestas alegações autorais, porquanto firmadas em claros e precisos dispositivos constitucionais que estabelecem o concurso público como regra e a criação de cargos em comissão como absoluta exceção, além de princípios constitucionais de centrada regência. Há, como já demonstrado, patente violação do art. 37, *caput* (princípios da moralidade, eficiência e impessoalidade), incisos II (regra do concurso público) e V (hipóteses constitucionais de criação de cargos em comissão), princípio da proporcionalidade, todos da Constituição Federal.

Também resta presente o perigo da demora. **Com efeito, a criação de exacerbado número de cargos servidores sem vínculo efetivo com o Ministério Público do Mato Grosso pode comprometer a qualidade do serviço público prestado naquele órgão, que, mesmo sendo Instituição permanente (art. 127 da CF) renunciou a possibilidade de constituir um quadro permanente de servidores.**

Ademais, a manifesta afronta ao texto constitucional exige que a disciplina inconstitucional imposta pela norma impugnada seja, o mais rapidamente possível, suspensa em sua eficácia, em obséquio ao princípio da supremacia da Constituição Federal.

Temos, pois, ser premente a necessidade de concessão de medida de cautelar para suspender a vigência da lei vergastada, em conformidade com as disposições da Lei nº 9.868/1999.

5. DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS:

Forte nos fundamentos fático-jurídicos já expostos, a ANSEMP **requer** que, recebida e atuada a presente, seja (m):

a) **deferida medida cautelar para suspender a vigência do art. 46 da Lei mato-grossense nº. 9.782/2012, assim como seu Anexo II (Quadro de Provimento em Comissão), em sua redação original e nas alterações que lhes foram introduzidas pelas leis nº. 11.559/2021, nº. 11.801/2022, e nº 11.822/2022, porquanto presentes os requisitos da medida: perigo da demora e a *fumus boni juris*, consubstanciado na manifesta afronta ao Texto Constitucional em seu art. 37, caput, incisos II e V, art. 5º, caput e princípio da proporcionalidade;**

b) **colhidas informações da Assembleia Legislativa e do Governador do Estado do Estado do Mato Grosso, conforme preceito legal;**

c) **colhidas as manifestações dos eminentes Advogado-Geral da União e Procurador-Geral da República;**

d) **no mérito, seja confirmada a medida cautelar deferida e julgada integralmente procedente a presente ação para declarar inteiramente inconstitucional o art. 46 da Lei mato-grossense nº. 9.782/2012, assim como seu Anexo II (Quadro de Provimento em Comissão), em sua redação original e nas alterações que lhes foram introduzidas pelas leis nº. 11.559/2021, nº. 11.801/2022, e nº 11.822/2022, por manifesta ofensa ao art. 37, caput**

(princípios da moralidade, eficiência e impessoalidade), incisos II (regra do concurso público) e V (hipóteses de criação de cargos em comissão), art. 5º, *caput* e princípio da proporcionalidade, todos da Constituição Federal.

e) ainda no mérito, declarada a inconstitucionalidade das expressões "30% (trinta por cento)" e "1% (um por cento)" contidas no art. 14 da Lei mato-grossense nº 9782/2012, com redação dada pela Lei nº 11.122/2020, assim como firmar interpretação conforme para, com base nos princípios da razoabilidade, moralidade, proporcionalidade, assim como nos precedentes de outros órgãos públicos, assentar ao que subsistir do referido art. 14 interpretação conforme para fixar em 50% (cinquenta por cento) os cargos de provimento em comissão destinados aos servidores efetivos, até que o legislador ordinário discipline a matéria de forma constitucional.

Dar-se-á a causa o valor de R\$ 100,00 (cem reais) somente para os fins legais.

Nestes Termos,
Pede, espera e confia deferimento.

Brasília(DF), 30 de setembro de 2022.

p/p MÁRCIO AUGUSTO RIBEIRO CAVALCANTE
Advogado - OAB/CE nº 12.359
assinado digitalmente