



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SECRETARIA DO PLENO

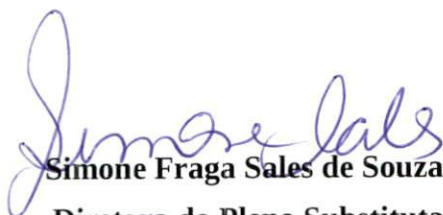
Ofício N° 645/2018

Vitória, 17 de Maio de 2018

Exm° (a) Senhor(a),

Encaminho para os devidos fins, cópia do Venerando Acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal Pleno nos autos dos **NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N°0024141-94.2017.8.08.0000** em que é REQUERENTE **PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO** e o REQUERIDO a **PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITAPEMIRIM E PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITAPEMIRIM.**

Cordiais Saudações,


Simone Fraga Sales de Souza
Diretora do Pleno Substituta

Resolução n° 29/2013 - D.J.E.S 28/06/2013

AO

EXMO. SR.

PRESIDENTE DA CÂMARA DO MUNICÍPIO DE ITAPEMIRIM-ES

Rua Adiles André, s/n- Serramar- Itapemirim/ES- Cep. 29330000.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge do Nascimento Viana

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0024141-94.2017.8.08.0000
REQUERENTE: PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO
REQUERIDO: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITAPEMIRIM
RELATOR: DES. JORGE DO NASCIMENTO VIANA

ACÓRDÃO

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 115/2013, DO MUNICÍPIO DE ITAPEMIRIM. ANEXOS I E II. CARGOS. NATUREZA TÉCNICA. PROVIMENTO EM COMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO QUE SE IMPÕE, COM A MODULAÇÃO ESTABELECIDA NO ACÓRDÃO.

I. A possibilidade de que o município organize seus próprios serviços encontra balizamento na ordem constitucional, sendo necessário que o faça por meio de lei, respeitando normas constitucionais federais e estaduais relativas ao regime jurídico do serviço público.

II. Podem ser de livre nomeação e exoneração apenas aqueles cargos ou empregos que, pela própria natureza das atividades desempenhadas, exijam excepcional relação de confiança e lealdade, isto é, verdadeiro comprometimento político e fidelidade com relação às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, que vão bem além do dever comum de lealdade às instituições públicas, necessárias a todo e qualquer servidor.

III. Não é qualquer unidade de chefia, assessoramento ou direção que autoriza o provimento em comissão, pois a atribuição do cargo deve reclamar especial relação de confiança para desenvolvimento de funções de nível superior de condução das diretrizes políticas do governo.

IV- A mera circunstância de constar na descrição das atribuições de um determinado cargo o verbo "coordenar" ou "assessorar", não quer dizer que ele deva ser provido em comissão, porque, em última instância, é a análise do conjunto de funções executadas pelo servidor que dirá se são próprias de direção, chefia ou assessoramento superior.

V- Pela análise da natureza e atribuições dos cargos impugnados não se identificam os elementos que justificam o provimento em comissão, motivo pelo qual ressaí evidente a inconstitucionalidade material, decorrente da incompatibilidade dos Anexos I e II da LC nº. 151/2013 (bem como da Lei nº 2.687/2013) com o art. 32, inc. II e V, da Constituição Estadual.

VI- Pedido julgado procedente, como modulação de efeitos.




Jorge

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge do Nascimento Viana

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º **0024141-94.2017.8.08.0000**, nos quais figuram como partes aquelas acima mencionadas.

ACORDA, de conformidade com a ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, **à unanimidade de votos, julgar procedente o pedido, a teor do voto proferido pelo e. Relator.**

Vitória(ES), 10 de maio de 2018.


PRESIDENTE


RELATOR



93
Cgu

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge do Nascimento Viana

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0024141-94.2017.8.08.0000
REQUERENTE: PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
REQUERIDO: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITAPEMIRIM
RELATOR: DES. JORGE DO NASCIMENTO VIANA

RELATÓRIO

Cuida-se, aqui, de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Exm^a. Sr^a. Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Espírito Santo, por meio da qual busca o controle concentrado dos Anexos I e II da Lei Complementar nº. 151/2013 e da Lei nº 2.687/2013 – no caso desta última, para evitar o efeito repristinatório –, os quais individualizam os cargos comissionados da estrutura administrativa da Secretaria de Saúde do município de Itapemirim e suas respectivas atribuições.

De acordo com a Postulante, o Diploma Legal supracitado padece de inconstitucionalidade material, porque tais dispositivos legais, especificamente quanto aos cargos de **assessor de assistência farmacêutica**, **assessor para assuntos administrativos da saúde** e **assessor de projetos da saúde** estariam em desconpasso com o art. 32, *caput* e incisos II e V, da Constituição Estadual.

Na ótica da Requerente, as funções atribuídas aos cargos de **assessor de assistência farmacêutica** e **assessor de projetos de saúde** são meramente técnicas, burocráticas e operacionais, razão pela qual não corresponderiam às atividades de assessoria, chefia e direção que autorizam o provimento em comissão.

Depois de notificados, o Município de Itapemirim e a Câmara Municipal apresentaram suas informações, acostadas, respectivamente, às fls. 44/45-v e 49.

No bojo do parecer de fls. 52/55, o Ministério Público Estadual opinou pela procedência do pedido.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

Vitória, 10 de abril de 2018.


JORGE DO NASCIMENTO VIANA
Desembargador Relator



94
Jorge

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge do Nascimento Viana

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0024141-94.2017.8.08.0000
REQUERENTE: PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
REQUERIDO: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITAPEMIRIM
RELATOR: DES. JORGE DO NASCIMENTO VIANA

VOTO

Conforme relatado, trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Exm^a. Sr^a. Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Espírito Santo, por meio da qual busca o controle concentrado dos Anexos I e II da Lei Complementar nº. 151/2013 e da Lei nº 2.687/2013 – no caso desta última, para evitar o efeito repristinatório –, os quais individualizam os cargos comissionados da estrutura administrativa da Secretaria de Saúde do município de Itapemirim e suas respectivas atribuições.

De acordo com a Postulante, o Diploma Legal supracitado padece de inconstitucionalidade material, porque tais dispositivos legais, especificamente quanto aos cargos de **assessor de assistência farmacêutica**, **assessor para assuntos administrativos da saúde** e **assessor de projetos da saúde** estariam em desconpasso com o art. 32, *caput* e incisos II e V, da Constituição Estadual.

Na ótica da Requerente, as funções atribuídas aos cargos supracitados são meramente técnicas, burocráticas e operacionais, razão pela qual não corresponderiam às atividades de assessoria, chefia e direção que autorizam o provimento em comissão.

A fim de permitir uma compreensão fidedigna do Texto Legislativo cuja constitucionalidade é discutida, impõe-se a sua transcrição, a qual certamente facilitará a compreensão da controvérsia, senão, vejamos:

ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR Nº 151/2013

Especificação do cargo	Atribuições
Assessor de Assistência Farmacêutica	I-Prestar assessoramento às atividades da farmácia básica; elaborar relatórios periódicos de supervisão do estoque e condições dos medicamentos; ajudar no controle das atividades desenvolvidas e na distribuição da farmácia básica do município; executar as atividades relacionadas à distribuição de medicamentos; executar outras funções afins.
Assessor para assuntos administrativos da saúde	Assessorar ao diretor geral administrativo as atividades relacionadas a sua função; trabalhar de forma conjunta com outros setores da Secretaria de Saúde e executar outras funções afins.
Assessor de projetos de saúde	Assessorar ao diretor geral de projetos da saúde as atividades relacionadas a sua função; exercer a atividade de autocadista; trabalhar de forma conjunta com outros setores da Secretaria de Saúde e executar outras funções afins.



95
C. J. V.

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge do Nascimento Viana

Diante desse cenário, discute-se aqui a incompatibilidade dos 3 (três) itens do Anexo supracitado com a ordem constitucional vigente, em especial os incs. II e V do art. 32 da Constituição Estadual, assim grafados:

"Art. 32. [...]

[...omissis...]

II- a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, **ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.**"

[...omissis...]

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.**"

Segundo a Demandante, essa incompatibilidade decorreria tanto da inadequação ao perfil e limites impostos pela Constituição Estadual quanto ao provimento no serviço público sem concurso, argumentos que certamente merecem acolhida, conforme será justificado a seguir.

Ninguém ignora que, no exercício de sua autonomia administrativa, o município cria cargos, empregos e funções mediante atos normativos, instituindo carreiras, vencimentos, entre outras questões, bem como se estruturando adequadamente.

Todavia, a possibilidade de que o município organize seus próprios serviços encontra balizamento na ordem constitucional, sendo necessário que o faça por meio de lei, respeitando normas constitucionais federais e estaduais relativas ao regime jurídico do serviço público.

Logo, embora o município seja dotado de autonomia política e administrativa dentro do sistema federativo, é certo que a autonomia municipal deve ser exercida com a observância dos princípios contidos na Constituição Federal e na Constituição Estadual.¹

A regra, no âmbito de todos os Poderes Públicos, deve ser o preenchimento dos postos através de concurso público de provas ou de provas e títulos, pois assim se garante a acessibilidade geral (prevista, inclusive, no art. 32, I, da Constituição do Estado do Espírito Santo). Essa deve ser a forma de preenchimento dos cargos e empregos de **natureza técnica** ou **burocrática**.

¹DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 285.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge do Nascimento Viana

A criação de cargos de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração, deve ser limitada aos casos em que seja exigível **especial relação de confiança entre o governante e o servidor**, para que sejam desempenhadas adequadamente funções inerentes à atividade predominantemente política.

Todavia, há limites implícitos à sua criação, visto que, assim não fosse, estaria na prática aniquilada a exigência constitucional de concurso para acesso ao serviço público.

A propósito, anota HELY LOPES MEIRELLES², amparado em precedente do E. Supremo Tribunal Federal, 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 (STF, Pleno, Repr.1.282-4-SP)."*

Com efeito, podem ser de livre nomeação e exoneração apenas aqueles cargos ou empregos que, pela própria natureza das atividades desempenhadas, exijam excepcional relação de confiança e lealdade, isto é, verdadeiro **comprometimento político e fidelidade com relação às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos**, que vão bem além do dever comum de lealdade às instituições públicas, necessárias a todo e qualquer servidor.

Escrevendo na vigência da ordem constitucional anterior, mas em lição plenamente aplicável ao caso em apreço, anotava MÁRCIO CAMMAROSANO³ a existência de limites à criação de postos comissionados pelo legislador. Segundo o referido doutrinador, a Constituição objetiva, com a permissão para tal criação,

"[...] propiciar ao Chefe de Governo o seu real controle mediante o concurso, para o exercício de certas funções, de pessoas de sua absoluta confiança, afinadas com as diretrizes políticas que devem pautar a atividade governamental. Não é, portanto, qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiado o seu exercício a esta ou aquela pessoa, a dedo escolhida, merecedora da absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aquelas 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 (...). Admite-se que a lei declare de livre provimento e exoneração cargos de diretoria, de chefia, de assessoria superior, mas não há razão lógica que justifique serem declarados de livre provimento e exoneração cargos como os de auxiliar administrativo, fiscal de obras, enfermeiro, médico, desenhista, engenheiro, procurador, e outros mais, de cujos titulares nada mais se pode exigir senão o escorreito exercício de suas atribuições, em caráter estritamente profissional, técnico, livres de quaisquer preocupações e considerações de outra natureza."

²MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed., São Paulo : Malheiros, 2007, p. 440.

³CAMMAROSANO, Márcio. **Provimento de cargos públicos no direito brasileiro**. São Paulo, RT, 1984, p. 95/96.



97
Wagner

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge do Nascimento Viana

Daí a irretocável afirmação de ADILSON DE ABREU DALLARI⁴, apontando ser “*inconstitucional a lei que criar cargo em comissão para o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza puramente profissional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior.*” (cf. Adilson de Abreu Dallari, *Regime constitucional dos servidores públicos*, 2. ed., 2. tir., São Paulo, RT, 1992, p. 41, g.n.).

De igual teor se mostra a lição de IVAN BARBOSA RIGOLIN⁵, para quem cargos de atribuições administrativas, operacionais ou técnicas que não podem ser providos na forma comissionada, tais como:

“[...] cargos que tenham funções de artífices, braçais, faxineiros, vigilantes, motoristas, escriturários, auxiliares de serviço, digitadores, médicos, dentistas, advogados, engenheiros, arquitetos, contadores, economistas, administradores, e inumeráveis outros que não dependam senão de formação específica, regulamentada ou não.”

Em outras palavras, não é qualquer unidade de chefia, assessoramento ou direção que autoriza o provimento em comissão, pois a atribuição do cargo deve reclamar especial relação de confiança para desenvolvimento de funções de nível superior de condução das diretrizes políticas do governo. A propósito do assunto, é caudalosa a jurisprudência do STF:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, II E V. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. LEI 15.224/2005 DO ESTADO DE GOIÁS. INCONSTITUCIONALIDADE. 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, tais como os cargos de Perito Médico-Psiquiátrico, Perito Médico-Clinico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação. Ofensa ao artigo 37, II e V da Constituição Federal. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV do art. 16-A da lei 15.224/2005 do Estado de Goiás, bem como do Anexo I da mesma lei, na parte em que cria os cargos em comissão mencionados”. (ADI 3.602, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 7.6.2011).

Convém recordar, ainda, que a mera circunstância de constar na descrição das atribuições de um determinado cargo o verbo “coordenar” ou “assessorar”, por exemplo, não quer dizer que ele deva ser provido em comissão, porque, em última instância, é a análise do conjunto de funções executadas pelo servidor que dirá se são próprias de direção, chefia ou assessoramento superior.

⁴DALLARI, Adilson de Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed., 2. tir., São Paulo, RT, 1992, p. 41.

⁵RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público nas reformas constitucionais*. Editora Fórum, 2003, p. 30.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge do Nascimento Viana

98
JNV

Portanto, deve-se extrair a real função conferida aos cargos em comento, os quais, por contarem com atribuições meramente técnicas – como o controle de estoque e a distribuição de medicamentos, para o cargo de **assessor de assistência farmacêutica**, e o exercício da atividade de autocadista, para o cargo de **assessor de projetos de saúde** –, somente podem ser preenchidos por meio de certame público.

No caso em exame, evidencia-se claramente que os **cargos de provimento em comissão, antes referidos**, destinam-se ao desempenho de **atividades meramente burocráticas ou técnicas, que não exigem, para seu adequado desempenho, relação de especial confiança.**

E mais: nos 3 (três) cargos indicados na exordial, o plexo de atribuições reclama experiência na carreira e profundo conhecimento sobre a instituição, sendo de rigor, por isso, que tais cargos sejam preenchidos por servidores efetivos da respectiva carreira, selecionados por meio de concurso público.

Destarte, pela análise da natureza e atribuições dos cargos impugnados não se identificam os elementos que justificam o provimento em comissão, motivo pelo qual ressaí evidente a inconstitucionalidade material, decorrente da incompatibilidade dos Anexos I e II da LC nº. 151/2013 (bem como da Lei nº 2.687/2013) com o art. 32, inc. II e V, da Constituição Estadual.

Compete-me analisar, agora, os efeitos da presente declaração de inconstitucionalidade, os quais, na minha ótica, não poderão operar retroativamente (“ex tunc”), haja vista a presumível ocupação desses cargos – relativos a serviços públicos de inegável importância –, bem como a necessidade de realização de concurso público para a seleção de novos servidores.

Diante desse cenário, impõe-se a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, medida esta que encontra respaldo na parte final do art. 27 da Lei nº 9.868/99, assim redigido:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, 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.”

Ante o exposto, **julgo procedente o pedido para declarar inconstitucionais, nos específicos pontos tratados nesta demanda, os Anexos I e II da Lei Complementar nº. 151/2013 e da Lei nº 2.687/2013 – no caso desta última, para evitar o efeito repristinatório –, observando-se, a título de modulação dos efeitos (art. 27 da Lei nº 9.868/99), o prazo de 1 (um) ano a partir da publicação do presente acórdão, a partir do qual este produzirá a integralidade dos seus efeitos.**

JNV



99
[Handwritten signature]

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge do Nascimento Viana

Ato contínuo, cumpra-se o art. 167, § 4º, do Regimento Interno desta Corte.

É como voto.

[Handwritten signature]