



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

Ofício N° 1037/2018

Vitória, 17 de julho 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° 0006226-95.2018.8.08.0000** em que é **REQUERENTE PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA/ES** e o **REQUERIDOS PREFEITO MUNICIPAL 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

Exm°. Sr.

PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITAPEMIRIM/ES

Rua Adiles André, S/N – Serramar, Itapemirim/ES – CEP 29.330-000



29

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Wallace Pandolpho Kiffer

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 0006226-95.2018.8.08.0000

REQUERENTE: PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

REQUERIDOS: PREFEITO MUNICIPAL DE ITAPEMIRIM e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITAPEMIRIM

RELATOR: DESEMBARGADOR WALACE PANDOLPHO KIFFER

ACÓRDÃO

EMENTA - CONSTITUCIONAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL DE ITAPEMIRIM Nº 2.879/15 - CARGOS COMISSIONADOS DE ASSISTENTE DE GABINETE DE VEREADORES - NÍVEL II E ASSISTENTE DE GABINETE DE VEREADORES - NÍVEL III - FUNÇÕES MERAMENTE TÉCNICAS, BUROCRÁTICAS E/OU ADMINISTRATIVAS - NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO - EFEITO MODULADOR DA DECISÃO - EX NUNC - AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1- Os cargos de assistente de gabinete de vereadores - NÍVEL II e assistente de gabinete de vereadores - NÍVEL III, cujas atribuições encontram-se previstas nos arts. 86, 87 e 88, 89 da Lei Municipal de Itapemirim nº 2.879/15, consubstanciam funções meramente técnicas, burocráticas e/ou administrativas, que não demandam relação de confiança e não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção, que excepcionariam a regra do concurso público, havendo violação das regras previstas no art. 37, incs. II e V, da CF/88 e art. 32, incs. II e V, da Constituição Estadual.

2- Aplicando o efeito modulador das decisões lançadas em Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, imprime-se efeito "ex nunc" à presente decisão,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Wallace Pandolinho Kiffer

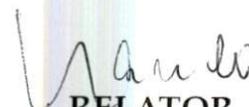
objetivando preservar os atos já praticados por eventuais servidores ocupantes dos referidos cargos.

3- **Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente** para declarar parcialmente inconstitucional os anexos III e IV, da Lei Municipal de Itapemirim nº 2.879/15, em relação aos cargos comissionados de assistente de gabinete de vereadores – NÍVEL II e assistente de gabinete de vereadores – NÍVEL III.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes os acima mencionados. **Acorda** o Tribunal Pleno deste Egrégio Tribunal de Justiça, na conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão que integram este julgado, **à unanimidade, julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, nos termos do voto do Eminentíssimo Relator.**

Vitória, ES, em 12 de julho de 2018.


PRESIDENTE


RELATOR



29

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Wallace Pandolinho Kiffer

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 0006226-95.2018.8.08.0000

REQUERENTE: PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

REQUERIDOS: PREFEITO MUNICIPAL DE ITAPEMIRIM e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITAPEMIRIM

RELATOR: DESEMBARGADOR WALACE PANDOLPHO KIFFER

VOTO

Como fiz constar no relatório do presente feito, trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pela **PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, escorado na previsão que lhe confere o artigo 112, inc. III, da Carta Estadual, buscando o reconhecimento de inconstitucionalidade material dos anexos III e IV, da Lei Municipal de Itapemirim nº 2.879/15, que criou os cargos comissionados de assistente de gabinete de vereadores – NÍVEL II e assistente de gabinete de vereadores – NÍVEL III.

Sustenta que a criação de tais cargos comissionados viola a exigência constitucional e estatual de realização prévia de concurso para investidura em cargo público. Aduz a relevância da regra do concurso público como instrumento garantidor da isonomia, da competitividade e da moralidade na seleção de pessoal na administração pública.

Que os cargos comissionados de assistente de gabinete de vereadores – NÍVEL II e assistente de gabinete de vereadores – NÍVEL III, cujas atribuições encontram-se previstas nos arts. 86, 87 e 88, 89 da Lei Municipal de Itapemirim nº 2.879/15, consubstanciam funções meramente técnicas e/ou burocráticas, que não demandam relação de confiança e não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção, que excepcionariam a regra do concurso público, havendo violação das regras previstas no art. 32, incs. II e V, da Constituição Estadual.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Wallace Pandolinho Kiffer

Pois bem.

Cediço que o cargo em comissão, dispensa aprovação prévia em concurso público e é de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, parte final, da CF/88), podendo ser preenchido por pessoa que não seja servidor de carreira. Sua natureza é a confiança e o comprometimento pessoal entre o ocupante do cargo e a administração superior.

O inc. V, do art. 37, da Constituição Federal trata da designação para o exercício de funções de confiança e do provimento de cargos em comissão, *in verbis*:

“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;” (grifei)

Para se chegar a conclusão acerca da possibilidade da criação dos citados cargos comissionados, imprescindível a análise acerca das suas **atribuições**, a fim de se verificar se tem eles caráter de assessoramento, chefia ou direção.

Vejamos o que diz a Lei Municipal de Itapemirim nº 2.879/15, em relação aos cargos comissionados de assistente de gabinete de vereadores – NÍVEL II e assistente de gabinete de vereadores – NÍVEL III:

“Subseção V

Da Assistência de Gabinete Nível II

Art. 86 A Assistência de Gabinete Nível II atua principalmente nos assuntos administrativos do gabinete do Parlamentar, inclusive no acompanhamento de processos e projetos de interesse do mesmo.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Wallace Pandolinho Kiffer

Art. 87 São atribuições da Assistência de Gabinete Nível II:

- I - prestar assistência a autoridades em compromissos oficiais;*
- II - acompanhar o andamento de processos de interesse do Parlamentar;*
- III - acompanhar as matérias legislativas e as publicações oficiais de interesse do Parlamentar;*
- IV - proceder a leitura diária das publicações oficiais;*
- V - controlar o material de expediente;*
- VI - administrar a caixa postal eletrônica;*
- VII - cuidar da agenda do Parlamentar;*
- VIII - redigir ofícios e correspondências;*
- IX - receber e abrir correspondências;*
- X - realizar atividades externas;*
- XI - cumprir outras atividades de apoio inerentes ao exercício do mandato Parlamentar.*

Subseção V

Da Assistência de Gabinete Nível III

Art. 88 A Assistência de Gabinete Nível III é responsável pelo trâmite de assuntos administrativos mais básicos, como serviços de correio, atendimento telefônico, serviços de mensageiro.

Art. 89 São atribuições da Assistência de Gabinete Nível III:

- I - digitar textos e documentos;*
- II - operar programas informatizados;*
- III - manter banco de dados;*
- IV - cuidar da preparação da correspondência;*
- V - receber, orientar e encaminhar ao público;*
- VI - entregar e receber correspondências, processos e documentos;*
- VII - arquivar documentos;*
- VIII - atender ao público, realizar e atender ligações telefônicas;*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Wallace Pandolinho Kiffer

IX - cumprir outras atividades de apoio inerentes ao exercício do mandato Parlamentar.

Veja-se que de uma simples leitura das atribuições previstas para os cargos verifica-se o desenvolvimento de trabalho meramente técnico, administrativo, não possuindo tais cargos caráter de assessoramento, chefia ou direção.

Veja-se que **as atribuições descritas revelam desempenho de atividades rotineiras da Administração**, sejam elas técnicas, operacionais, burocráticas ou administrativas, corriqueiras da rotina da administração pública municipal, inexistindo o necessário requisito da confiança para o seu provimento.

O eminente Ministro Dias Toffoli, quando do julgamento do Ag. Reg. no AI 309.399, julgado em 20/03/2012, afirmou que *"a criação de cargos em comissão referentes a funções para cujo desempenho não é necessária a confiança pessoal viola o disposto no art. 37, inc. II, da Constituição Federal."*

Para corroborar seu entendimento, o eminente Ministro cita esclarecedora e abalizada doutrina, que nessa oportunidade peço vênias para transcrever:

Cuidando especificamente do comissionamento, assevera Adilson Abreu Dallari, que *"é 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"* (Regime constitucional dos servidores públicos. 2. ed. RT. p. 41).

De igual teor se mostra a lição de Ivan Barbosa Rigolin, para quem, cargos de atribuições administrativas, operacionais ou técnicas 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"* (O servidor público nas reformas



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Wallace Pandolinho Kiffer

constitucionais. Fórum, 2003. p. 30).

É o caso dos autos. Os cargos comissionados de assistente de gabinete de vereadores – NÍVEL II e assistente de gabinete de vereadores – NÍVEL III, descritos pela Lei Municipal de Itapemirim nº 2.879/15, violam os arts. 37, incs. II e V, da CF/88, uma vez que a ocupação de cargos de natureza meramente técnica, operacionais ou administrativas deve ocorrer mediante a realização de prévio concurso público.

Sobre o tema, cito diversos precedentes do **Supremo Tribunal Federal**:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. CRIAÇÃO DE CARGO COMISSIONADO SEM CARÁTER DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA OU DIREÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULAS 279 E 280/STF. "**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, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Para dissentir do entendimento firmado pelo Tribunal de origem quanto à natureza jurídica dos cargos, bem como saber se existe subordinação entre o servidor nomeado para a função criada pela lei e seu respectivo superior hierárquico, faz-se necessário analisar a legislação local impugnada (Leis nºs 1.786/1998, 1.983/2001, 2.203/2005, 2.267/2005, 2.370/2007, 2.609/2009, 2.675/2010 e 2.843/2011) e reexaminar os fatos e provas constantes dos autos, providências que não têm lugar neste momento processual, nos termos das Súmulas 279 e 280/STF. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 820442 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 28/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 20-11-2014 PUBLIC 21-11-2014)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembarçador Wallace Pandolinho Kiffer

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. (...) 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.** (...) 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. (...) (ADI 4125, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00068)

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 precedente. (ADI 3706, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2007, DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00020 EMENT VOL-02292-01 PP-00110 LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 149-159)

No mesmo sentido, essa Corte de Justiça:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Wallace Pandolinho Kiffer

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 6º, ART. 7º, ART. 15, ART. 16, ART. 16-A, ART. 28, ART. 29 E ANEXOS I E III, DA LEI MUNICIPAL DE AFONSO CLÁUDIO N.º 1.789/2008. **CARGOS EM COMISSÃO**. ASSESSOR JURÍDICO. ATIVIDADES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DA CASA LEGISLATIVA. VIOLAÇÃO À REGRA DO CONCURSO PÚBLICO. ASSESSOR DE BANCADA E GRUPO DE APOIO ÀS ATIVIDADES DE REPRESENTAÇÃO POLÍTICO PARLAMENTAR. ATIVIDADES QUE NÃO SE DESTINAM ÀS ATRIBUIÇÕES DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO. VIOLAÇÃO À REGRA DO CONCURSO PÚBLICO, À MORALIDADE E À IMPESSOALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL RECONHECIDA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 1. A investidura em cargo público se dá mediante concurso público, excepcionando-se o provimento por cargos em comissão e contratação para fins de necessidade temporária de excepcional interesse público, que se encontram albergadas em situações limites. 2. As disposições elencadas no art. 6º, art. 7º e Anexos I e III, da Lei Municipal n.º 1.789/2008, demonstram que o cargo de Assessor Jurídico não exige a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, muito embora as atividades sejam flagrantemente coincidentes com aquelas delimitadas para o exercício da advocacia pública, tal como definido no art. 56, III e art. 122, § 2º, da Constituição Estadual, e no art. 131 e art. 132, da Constituição Federal. 3. Com isso, a lei fulmina por completo a norma descrita no art. 37, II, da Constituição Federal, repetida, em atenção ao princípio da simetria, no art. 32, II, da Constituição Estadual. 4. Além disso, os cargos em comissão de Assessor de Bancada e do Grupo de Apoio às Atividades de Representação Político Parlamentar, previstos no art. 15, art. 16, art. 16-A, art. 28 e art. 29, da Lei Municipal n.º 1.789/2008, não se relacionam ao plexo de atribuições dos cargos de direção, chefia e assessoramento. 5. O exercício desses cargos em comissão, em realidade, mostra-se como instrumento de burlar a legislação e os ditames constitucionais para proceder à contratação sem a prévia



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Wallace Pandolinho Kiffer

realização de concurso público, o que viola o art. 37, II, da Constituição Federal, repetido, em atenção ao princípio da simetria, no art. 32, II, da Constituição Estadual. 6. É possível, a partir da declaração de inconstitucionalidade, atribuir eficácia prospectiva, em modulação dos efeitos (art. 27, da Lei n.º 9.868/1999). 7. Pedido julgado procedente, reconhecendo-se os efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade depois de 06 (seis) meses do trânsito em julgado.

(TJES, Classe: Direta de Inconstitucionalidade, 100150045787, Relator : SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 19/05/2016, Data da Publicação no Diário: 14/06/2016)

Assim, é de se **reconhecer a inconstitucionalidade material dos anexos III e IV, da Lei Municipal de Itapemirim nº 2.879/15, que criou os cargos comissionados de assistente de gabinete de vereadores – NÍVEL II e assistente de gabinete de vereadores – NÍVEL III**, haja vista inequívoca violação ao art. 37, inc. II e V, da Constituição Federal e art. 32, incs. II e V, da Constituição Estadual.

Por fim, aplicando o efeito modulador das decisões lançadas em Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, entendo por imprimir efeito "*ex nunc*" à presente decisão, objetivando preservar os atos já praticados por eventuais servidores ocupantes dos referidos cargos.

Pelo exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado na inicial para declarar parcialmente inconstitucional os anexos III e IV, da Lei Municipal de Itapemirim nº 2.879/15, em relação aos cargos comissionados de assistente de gabinete de vereadores – NÍVEL II e assistente de gabinete de vereadores – NÍVEL III.

Intimem-se os Representados, nos termos do art. 112, §2º da Constituição Estadual, do art. 25 da Lei 9.868/99 e do art. 172 do Regimento Interno desta Corte.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Wallace Pandolinho Kiffer

Ainda em observância ao conteúdo do art. 28 da Lei nº 9.868/99, publique-se - dentro dos 10 (dias) regulamentares - a parte dispositiva do Acórdão no Diário de Justiça, no Diário Oficial do Estado e no Diário Oficial do Município de Itapemirim.

Após, que se dê cumprimento ainda ao parágrafo único, do art. 172 do Regimento Interno desse Tribunal de Justiça.

É como voto.

Wallace