



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 14ª REGIÃO

PROCESSO: 0000138-59.2017.5.14.0000

CLASSE: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO

ORIGEM: TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 14ª REGIÃO

ARGUENTE: DESEMBARGADORA MARIA CESARINEIDE DE SOUZA LIMA

ARGUIDO(S): COMPANHIA DE AGUAS E ESGOTOS DE RONDONIA CAERD

ADVOGADO(S): THIAGO COSTA MIRANDA

ARGUIDO(S): SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDUSTRIAS URBANAS RO

ADVOGADO(S): KAROLINE COSTA MONTEIRO

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA CESARINEIDE DE SOUZA LIMA

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE CRIA CARGOS EM COMISSÃO NO ÂMBITO DA CAERD. NÃO COMPROVAÇÃO DE CHFFIA, ASSESSORAMENTO OU DIREÇÃO DAS FUNÇÕES. VÍCIO MATERIAL. É inconstitucional a Lei Estadual nº 3.778/2016 que criou cargos em comissão no âmbito da CAERD, uma vez que não se comprovou o caráter de chefia, assessoramento ou direção das funções, além da inobservância de outros preceitos estabelecidos pela Constituição Federal, incidindo em vício material insanável.

1 RELATÓRIO

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada por esta Relatora em razão de matéria arguida nos autos da Ação Civil Pública nº 0000666-49.2015.5.14.0005 que versa sobre a possível inconstitucionalidade da Lei n. 3.778/2016 do Estado de Rondônia, ante a suposta violação direta ao art. 37, II e V, da CF/88.

O Ministério Público do Trabalho manifestou-se "pela inconstitucionalidade da Lei n. 3.778/2016 do Estado de Rondônia, por vício material, tendo em vista que os 'empregos em comissão' criados no âmbito da CAERD não se destinam para as atribuições de direção, chefia ou assessoramento, conforme determina o art. 37, V, da Constituição da República" (Id c0b4063).

2 FUNDAMENTOS

2.1 CABIMENTO DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seguida pela do Superior Tribunal de Justiça, é firme no sentido de admitir o controle difuso de constitucionalidade em sede de Ação Civil Pública, em relação a lei ou ato normativo, quando a questão é posta na causa de pedir, e não no pedido, sem efeito "erga omnes", não se ferindo, dessa forma, a sua competência constitucional.

Assim, é perfeitamente possível o controle difuso de constitucionalidade feito pelo juízo de primeiro grau, bem como de forma incidental por este Tribunal, uma vez que a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº Lei nº 3.778 de 04 de abril de 2016, não constitui pedido principal e sim causa de pedir ou questão prejudicial indispensável a resolução do pedido principal. Portanto, não se trata de sucedâneo da Ação Direta de Inconstitucionalidade, mas de "incidenter tantum".

Assim, decide-se admitir o incidente de inconstitucionalidade.

2.2 MÉRITO

O Sindicato dos Urbanitários do Estado de Rondônia - SINDUR/RO interpôs a Ação Civil Pública n. 0000666-49.2015.5.14.0005 em desfavor da Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia - CAERD, na qual pleiteou, dentre outras coisas, a concessão de antecipação de tutela com o fim de suspender a análise do projeto de lei destinado à criação de cargos em comissão no âmbito da CAERD pela Assembleia Legislativa até o julgamento final daquela ação, bem como para que a CAERD se abstivesse de contratar cargos comissionados de livre nomeação, por real afronta ao Art. 37, II, CF/88.

Na época, o pedido de liminar foi indeferido e, em sentença, foi exarado o entendimento de que o sindicato não era parte legítima para figurar no polo ativo da demanda, o que decorreu na extinção do feito sem resolução de mérito.

A decisão foi reformada por esta Turma, que determinou a baixa dos autos ao juízo de origem para a análise dos pedidos.

Nesse meio tempo, o mencionado projeto de lei foi devidamente analisado pela Assembleia Legislativa, sendo aprovado e, consequentemente, criada a Lei nº 3.778 de 04 de abril de 2016.

A magistrada de primeiro grau, proferiu o novo julgamento do feito e, no controle difuso de constitucionalidade, declarou a inconstitucionalidade daquela lei por violação direta ao que determina o art. 37, II e V, da CF/88, nos seguintes termos:

"Da leitura do artigo transcrito, verifica-se, de forma cristalina, que todos os cargos criados pela referida lei não se destinam à direção, chefia ou assessoramento, pois a norma faz referência expressa ao fato de que os empregos em comissão criados destinam-se à execução de atividades técnicas, e não de direção, chefia ou assessoramento.

O próprio preposto, ao prestar depoimento, não sabia informar se as pessoas contratadas para o exercício dos cargos comissionados são efetivamente detentoras de nível superior de ensino, o que se exige para o exercício de cargo de assessoramento e, de igual modo, **não trouxe a ré qualquer detalhamento a respeito das atividades desempenhadas por tais pessoas**, limitando-se a apontar uma relação de nomes, destituída da comprovação da real essencialidade desses empregos.

Nesse particular, sem maiores delongas, **a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica em reconhecer a inconstitucionalidade de leis que criam**

cargos em comissão sem a pormenorizada descrição das atribuições que demonstrem a necessidade da relação de confiança com a autoridade nomeante e justifiquem a exceção à regra do concurso público, vale dizer, afronta à constituição a criação de cargos em comissão que tenham por finalidade o desempenho de atividades meramente técnicas ou burocráticas.

Omissis (...)

Ressalte-se que, neste caso, conforme dito, **a própria lei em questão, expressamente consignou que todos os empregos em comissão criados se destinam ao exercício de funções técnicas, ou seja, é flagrante a inconstitucionalidade.**

Há mais. Segundo depoimento pessoal prestado pelo preposto da reclamada na audiência registrada sob o ID. 5fd1ac8, o Sr.

LUCIANO WALERIO LOPES CARVALHO, antes da entrada

em vigor da Lei aqui discutida, havia ali um total de 53 cargos comissionados, 38 criados pela resolução também já mencionada e outros 18, que não soube informar a origem. Acrescentou que a criação dos empregos comissionados em detrimento da nomeação de aprovados no concurso foi escolha da diretoria da CAERD. Justificou que todos os cargos comissionados foram criados para assessorar a diretoria. Concluiu esclarecendo que a ré possui um total de 4 (quatro) diretores.

Adicione-se que a Lei em questão, a princípio, criou 93 (noventa e três) empregos em comissão, ou seja, "convalidou" a criação dos 53 cargos comissionados já mencionados e ainda criou mais 40 (quarenta) cargos, o que abre espaço para continuação do procedimento.

Ora, da leitura do depoimento retrotranscrito, bem como do número de cargos criados pela referida Lei, ganha realce a total ausência de proporcionalidade e razoabilidade entre a criação de cargos comissionados e a existência de diretores para serem assessorados. Não é crível que apenas 4 (quatro) diretores, quantidade informada pelo próprio preposto, necessitem de 93 (noventa e três) assessores, ou seja, mais de 23 assessores por diretor!

Ante o exposto, para a solução desta lide, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, DECLARO A INCONSTITUCIONALIDADE da Lei Estadual n. 3.778, de 04 de abril de 2016 (Estado de Rondônia), por violação direta ao que determina o art. 37, II e V, da CF/88. Registro se tratar de declaração de inconstitucionalidade integral da norma, pois todos os seus dispositivos guardam relação de dependência. (destaque no original).

Por sua vez, a 1ª Turma deste Tribunal, ao analisar o recurso interposto pela CAERD, verificando controvérsia sobre a constitucionalidade ou não, da citada lei estadual, com espeque nos preceitos entabulados no Regimento Interno desta Corte, decidiu-se suscitar, de ofício, o presente incidente de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 3.778/2016 para apreciação pelo Tribunal Pleno.

Como se vê, a matéria de base versa sobre a alegação do SINDUR de que em 2002 a CAERD teria firmado Termo de Ajuste de Conduta - TAC perante o Ministério Público do Trabalho, no qual se comprometia, por tempo indeterminado, a preencher seus cargos observando rigorosamente os ditames da Constituição Federal, mormente o seu artigo 37, caput, incisos II e V, sem desvirtuamentos e, em relação aos cargos relacionados à área jurídica, comprometeu-se a preenchê-los, a partir de 2/1/2003, exclusivamente por meio de aprovação prévia em concurso público.

Porém, somente no final de 2012 a CAERD teria aberto concurso público com validade de dois anos, prorrogável por igual período, para a contratação de cargos de nível superior e médio (184 vagas), em

diversas áreas de atuação. O mencionado certame teve sua validade expirada em 22/5/2015, quando a CAERD emitiu comunicado decidindo por não prorrogá-lo.

Em 2014, ainda dentro da validade do concurso, a CAERD teria criado 38 cargos de livre nomeação por meio da Resolução n. 005/DIREX/2014, sendo que as contratações decorrentes deste ato foram objeto de representação junto ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia - TCE/RO, que emitiu tutela inibitória para determinar que a Diretora Presidente da CAERD se abstinhasse de contratar qualquer empregado público em comissão com base na citada resolução ou qualquer outro ato administrativo assentado à margem da Constituição Federal.

E, para dar cumprimento a decisão do TCE/RO, a CAERD teria enviado projeto de lei para a criação de 76 cargos comissionados, que culminou na Lei Estadual nº 3.778/2016, ora em análise.

De acordo com o SINDUR "A CAERD, ao buscar a contratação irregular, ora por meio de Resolução da Diretoria e, recentemente por Projeto de Lei, em desprezo a Constituição Federal e ao Termo de Ajuste de Conduta n. 020/2001, deixou de observar o princípio da isonomia, legalidade, como também da impessoalidade e moralidade pública, permitindo o favorecimento de apadrinhados políticos, impedindo o acesso de pessoas ao emprego público de forma transparente e isentas de quaisquer interesses políticos." (Id 31d44d8 - Pág. 11).

Analisa-se.

A Lei Estadual nº 3.778/2016, que dispõe sobre a criação de cargos em comissão de direção, chefia e assessoramento no âmbito da CAERD, possui o seguinte teor:

Art. 1º Ficam criados os cargos comissionados constantes do Anexo Único desta Lei, o que visa regularizar situação já existente, objeto do acórdão nº 18/2015 - Pleno, do Tribunal de Contas do Estado e abrigar a equipe técnica responsável pela gestão dos contratos do PAC Saneamento - Programa de Aceleração do Crescimento.

Art. 2º As despesas decorrentes da criação dos cargos serão suportadas pelas dotações orçamentárias da CAERD, sendo de sua inteira responsabilidade os custos com todas as despesas.

Art. 3º Aos profissionais nomeados para o exercício de cargos de confiança, demissíveis "ad nutum", compete a execução de atividades técnicas, segundo as necessidades da estrutura organizacional, sob forma de estudos, pesquisas, levantamentos de dados, avaliações, pareceres e informações, controle de legitimidade dos atos administrativos e a elaboração de relatórios e outros documentos de interesse geral da Companhia de Águas e Esgotos do Estado de Rondônia - CAERD.

Art. 4º Consoante permissivo legal, os cargos em comissão poderão ser ocupados por servidores pertencentes ao quadro da CAERD ou não. Em caso de servidor nomeado para cargos em comissão é facultado optar pelo vencimento e demais vantagens de seu cargo efetivo, acrescido da gratificação de representação do cargo em comissão, conforme artigo 65, §1º, da Lei Complementar nº 68, de 1992, utilizado por analogia. Ficam reservados dois cargos da classe I para Procuradores do Estado de Rondônia para exercerem as atribuições precípuas de Procurador no âmbito da CAERD.

Art. 5º Os cargos em comissão serão providos por ato do Diretor(a) Presidente, por meio de portaria de nomeação, consoante o disposto no art. 34, V, do Estatuto Social vigente.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

O Anexo Único mencionado na redação supra apenas divide os cargos criados em 5 classes, de "A" a "E", e especifica a quantidade e valores de cada um. Ressalte-se que ali estão sendo criados 93 cargos em comissão.

A regra geral acerca dos princípios básicos da Administração Pública e do provimento de cargo ou emprego público está inserta no art. 37, II, da Constituição Federal:

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:

(...)

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;

A investidura em cargo público deve se dar por meio de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, que é a maneira estabelecida para garantir a aplicação das regras constitucionais visando o cumprimento dos princípios da impessoalidade, isonomia, moralidade e legalidade, de forma a se evitar condutas inapropriadas, imorais e antiéticas quando do preenchimentos de vagas de cargos públicos.

A criação e, conseqüente, nomeação para cargos em comissão é exceção à regra e por se tratar de situação apartada da norma comum, deverá ser muito específica e clara quanto à necessidade de sua existência, preenchendo requisitos básicos e sendo pautada nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além de depender de previsão legal.

O inciso V do art. 37 da CF estabelece que "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", ou seja, são exclusivamente destinados a funções de maior fidúcia.

Na obra "Direito Administrativo Brasileiro", 42ª Ed, 2016, Ed. Malheiros, pág. 525, os autores Hely Lopes Meirelles e José Emmanuel Burle Filho trazem os seguintes ensinamentos acerca do tema:

Cargo em comissão - É o que só admite provimento em caráter provisório. São declarados em lei de livre nomeação (sem concurso público) e exoneração (art. 37, II), destinando-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (CF, art. 37, V). Todavia, pela EC 19, o preenchimento de uma parcela dos cargos em comissão dar-se-á unicamente por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei (art. 37, V). Portanto, nestas hipóteses o provimento não será totalmente livre, como ocorre com os não servidores, isto é, os sem vínculo efetivo anterior à nomeação. A lei ali referida será de cada entidade política, mas, especialmente na fixação dos percentuais mínimos, deverá observar o princípio da razoabilidade, sob pena de fraudar a determinação constitucional, no sentido de uma parte dos cargos em comissão ser provida de forma totalmente livre e outra, parcialmente, diante das limitações e condições previstas nessa lei. A instituição de tais cargos é permanente, mas seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função, mesmo porque a exerce por confiança do superior hierárquico; daí a livre nomeação e exoneração. Nestas

hipóteses, a nomeação, embora livre, fica condicionada à observância dos requisitos previstos na lei federal, estadual, distrital ou municipal.

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 de nosso ordenamento jurídico e administrativo só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso" - ou, por extensão, agora, da exigência de um percentual mínimo para os servidores de carreira, isto é, concursados.

No texto acima, há ainda uma nota nos seguintes termos "STF: os cargos com "atribuições meramente técnicas" não têm "o caráter de assessoramento, chefia ou direção", como exige o art. 37, V, da CF (ADI 3.706). Na ADI 4.261 julgou-se inconstitucional a criação de cargos em comissão de assessor jurídico (com vários precedentes)."

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra "Curso de Direito Administrativo", 30ª ed., p. 309 e 310, ensina que:

Os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los com liberdade, a qual também pode exonerar "ad nutum", isto é, livremente, quem os esteja titularizando. Um porcentual deles, a ser fixado por lei, que até hoje não foi editada, terá de ser preenchido por quem seja titular de cargo de provimento efetivo (cf. Art. 37, V, da CF).

Anote-se que é absolutamente inadmissível que titulares de cargo em comissão possam emitir "pareceres técnicos" e, se o fizerem, tais pareceres, conforme correta advertência de Carolina Zancaner Zockun, serão inaptos a oferecer suporte jurídico prestante para quem os siga.

Mas o brilhantismo dos ensinamentos se realça quando o autor acrescenta o seguinte comentário na nota de rodapé:

Estes cargos e as chamadas funções comissionadas são as grandes fontes dos escândalos encontrados no serviço público porque, quando seus ocupantes não provêm de carreiras públicas, carecendo de grandes compromissos com elas, são alheios aos freios que disto lhes resultariam. Ademais, porque, ainda quando recolhidos nestas carreiras, como lhes corresponde uma remuneração elevada em relação aos padrões correntes no Estado, quem os venha a ocupar tem grande interesse em conservá-los e, pois, em se evadir dos riscos da livre exoneração a que estão sujeitos, razão pela qual são manipuláveis à vontade por seus superiores, agentes políticos, de cuja boa vontade depende sua permanência, pelo que geralmente são proclives a satisfazer-lhes os propósitos, ainda quando incorretos. Ditos cargos deveriam ser reduzidas a um mínimo possível e, sobretudo, excluídos da possibilidade do exercício de inúmeras atividades que hoje desempenham para diminuir os escândalos na Administração. É óbvio que quanto maior for o número de cargos em comissão, maior será a possibilidade de instrumentalizar a Administração Pública para servir a interesses oportunistas, a trocas de favores entre o Poder Executivo e os membros do Poder Legislativo, a fim de cooptá-los politicamente ou mesmo a possibilidade, não desprezível, dos partidos políticos ameaçarem perturbar, na esfera do Parlamento, o normal desempenho da atividade administrativa do governo se este não ceder a um clientelismo, aquinhoando seus próceres ou apaniguados com cargos e funções comissionadas no Executivo.

Ambos os doutrinadores mencionados dão destaque ao caráter transitório que deve ter o cargo em comissão e a necessidade de cumprimentos de requisitos essenciais para sua criação, sendo que o professor Celso Antônio Bandeira de Mello levanta outra tese pertinente ao tema, a inadmissibilidade de emissão de pareceres técnicos por titulares de cargos em comissão.

Ao desenvolver o tema a respeito dos atos administrativos em espécie, em função do conteúdo, o autor, ao adentrar na questão que envolve os pareceres técnicos, esmiuça sua tese, da qual destacamos o seguinte trecho, p. 447:

Entretanto, é fundamental assinalar que o pressuposto do que se vem de dizer, é o de que a autoridade administrativa não tenha qualquer possibilidade de interferência na manifestação do parecerista. Donde: se este ocupa cargo de provimento em comissão ou função de confiança, sendo, pois, suscetível de ser dele desligado ad nutum, é claro que não desfrutará da independência necessária para o opinamento técnico-jurídico. Em tal caso, seu parecer não respaldará a conduta do agente.

Em relação ao caso concreto, verifica-se que a Lei Estadual sob análise, logo no seu 1º artigo, estabelece que a criação daqueles cargos comissionados visa regularizar situação já existente junto ao TCE/RO e abrigar a equipe técnica responsável pela gestão dos contratos do PAC Saneamento - Programa de Aceleração do Crescimento.

Faz-se necessário relembrar que no Parecer nº 18/2015, o TCE conheceu a denúncia e a considerou procedente "em face da ilegalidade de se criar empregos comissionados, de livre nomeação e exoneração, por meio de resolução, como a deste caso, a Resolução de Diretoria nº 005/DIREX/2014, por violar o princípio da legalidade, o qual se submete a Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia - Caerd, conforme art. 37, caput, da CF/88" (Doc de Id 726664b dos autos principais).

É possível verificar, por meio da Decisão Monocrática nº 214/GCFCS/2014 (Id 5f3de42 dos autos principais), que o órgão fiscalizador se ateu à análise da legalidade da forma de criação de empregos em comissão, entendendo que a prática não poderia ocorrer por meio de mero ato administrativo, independente de autorização legislativa, o que não implica dizer que a simples conversão da Resolução nº 005/DIREX/2014 em Lei Estadual sanaria eventuais irregularidades quanto à criação de cargo comissionados propriamente ditos.

Aliás, importante salientar que, como bem destacou a sentença, enquanto a Resolução nº 005/DIREX/2014 criaria 38 cargos em comissão de assessoramento superior, a Lei Estadual nº 3.778/2016 quase triplica essa quantidade, criando 93 cargos, dessa vez para abrigar a equipe técnica responsável pela gestão dos contratos do PAC.

A Lei Estadual deixa evidente, em sua redação, que infringe as normas gerais da Administração Pública e da Constituição Federal porque, ao contrário do que preconiza os incisos II e V do art. 37 da Carta Magna, não estipula os percentuais mínimos para o necessário provimento por servidores de carreira, bem como não especifica as atribuições e nem demonstra o nível de fidúcia de cada cargo de confiança, deixando expresso que os cargos criados se destinam à composição de equipe técnica. Não há na lei qualquer indício que sugira que os cargos criados serão preenchidos por pessoas que atuarão na área de chefia e comando, como determina a lei maior. Tese esta reforçada pela redação contida no art. 3º da Lei Estadual que diz que "Aos profissionais nomeados para o exercício de cargos de confiança, demissíveis "ad nutum", compete a execução de atividades técnicas, segundo as necessidades da estrutura organizacional, sob forma de estudos, pesquisas, levantamentos de dados, avaliações, pareceres e informações, controle de legitimidade dos atos administrativos e a elaboração de relatórios e outros documentos de interesse geral da Companhia de Águas e Esgotos do Estado de Rondônia - CAERD", logo, atividades inerentes a uma equipe de forma geral e não a alguém que vá comandar uma equipe.

Ainda que de livre nomeação, os cargos comissionados devem ser providos com base nos critérios básicos previstos na norma constitucional.

Nesse sentido, colaciona-se as seguintes ementas da Suprema Corte:

Embargos de declaração em recurso extraordinário. Conversão em agravo regimental, conforme pacífica orientação da Corte. Lei distrital que criou cargos em comissão para funções rotineiras da Administração Pública. Impossibilidade. 1. A decisão ora atacada reflete a pacífica jurisprudência da Corte a respeito do tema, a qual reconhece a inconstitucionalidade da criação de cargos em comissão para funções que não exigem o requisito da confiança para seu preenchimento. 2. Esses cargos, ademais, deveriam ser preenchidos por pessoas determinadas, conforme descrição constante da aludida lei. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual é negado provimento. (RE 376440 ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014)

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. 2. Os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, quando debatidos sob a ótica infraconstitucional, não revelam repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário Virtual do STF, na análise do ARE nº 748.371, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes. 3. A decisão judicial tem que ser fundamentada (art. 93, IX), ainda que sucintamente, sendo prescindível que o decisor se funde na tese suscitada pela parte. Precedente: AI-QO-RG 791.292, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 13/8/2010. 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: "Ação Direta de Inconstitucionalidade - Leis Complementares nºs. 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 1609-2014 PUBLIC 17-09-2014)

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI MUNICIPAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE CARÁTER DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA OU DIREÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE SERVIDOR NOMEADO E SUPERIOR HIERÁRQUICO. IMPOSSIBILIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. FIXAÇÃO DO MONTANTE DA REMUNERAÇÃO. RESERVA LEGAL. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 05.3.2012. Esta Corte entende que é inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuam caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandem relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico. Precedentes. Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a fixação do montante da remuneração de servidores públicos exige a adoção de lei formal e específica. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à conformidade entre o que decidido no acórdão recorrido e a jurisprudência desta Corte. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF - RE: 735788 GO, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 12/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-167 DIVULG 28-08-2014 PUBLIC 29-08-2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEI MUNICIPAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE CARÁTER DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA OU DIREÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE SERVIDOR NOMEADO E SUPERIOR HIERÁRQUICO. INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROVÉRSIA ACERCA DA NATUREZA DAS FUNÇÕES EXERCIDAS PELOS OCUPANTES DOS CARGOS EM COMISSÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPRESCINDIBILIDADE DE REINTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 279 E 280 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I - Esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que é inconstitucional a criação de cargos em comissão que não tenham caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandem relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico. Precedentes. II - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo Tribunal de origem quanto à natureza das funções exercidas pelos ocupantes dos cargos em comissão, necessário seria o reexame do conjunto fático probatório constante dos autos, bem como a análise de normas infraconstitucionais locais, o que inviabiliza o extraordinário, a teor das Súmulas 279 e 280 do STF. Precedentes. III - Agravo regimental improvido. (STF - ARE: 753415 RS, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 29/10/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 12-11-2013 PUBLIC 13-112013)

Tendo em vista o que já foi apontado, é de essencial importância, também destacar alguns dos mais relevantes pressupostos teóricos de Hans Kelsen - um dos maiores filósofos do direito: jurista e professor que também foi juiz da Corte Constitucional da Áustria - presentes em sua obra, "Teoria Pura do Direito", 6ª Ed, 1998, Ed. Martins Fontes, pág. 155, 156, 157 e 166 que, com efeito, disserta a respeito da estrutura escalonada da ordem jurídica, levando-se em consideração à Constituição:

Já nas páginas precedentes por várias vezes se fez notar a particularidade que possui o Direito de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se de forma a que uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinado ainda - em certa medida - o conteúdo da norma a produzir. Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porquê e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais [...] Da Constituição em sentido material deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento designado como "Constituição" que - como Constituição escrita - não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos. Estas determinações representam a forma da Constituição que, como forma, pode assumir qualquer conteúdo e que, em primeira linha, serve para a estabilização das normas que aqui são

designadas como Constituição material e que são o fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica estadual. [...] A Constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos. No primeiro caso, geralmente apenas existe uma promessa de leis a fixar e não qualquer obrigação de estabelecer tais leis, pois, já mesmo por razões de técnica jurídica, não pode facilmente ligar-se uma sanção ao não-estabelecimento de leis com o conteúdo prescrito. Com mais eficácia, porém, podem ser excluídas pela Constituição leis de determinado conteúdo. O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir. E eficaz quando pelo estabelecimento de tais leis - v. g., leis que violem a chamada liberdade da pessoa ou de consciência, ou a igualdade - se responsabiliza pessoalmente determinado órgão que participa na criação dessas leis - chefe do Estado, ministros - ou existe a possibilidade de as atacar e anular. Tudo isto sob o pressuposto de que a simples lei não tenha força para derrogar a lei constitucional que determina a sua produção e o seu conteúdo, de que esta lei somente possa ser modificada ou revogada sob condições mais rigorosas, como sejam uma maioria qualificada ou um quórum mais amplo. Quer isto dizer que a Constituição prescreve para a sua modificação ou supressão um processo mais exigente, diferente do processo legislativo usual; que, além da forma legislativa, existe uma específica forma constitucional.

Ainda, com maestria, disserta o jurista a respeito da criação, aplicação, e observância do Direito, diante do caráter constitutivo da decisão judicial:

Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples "descoberta" do Direito ou juris-"dição" ("declaração" do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo. O tribunal que tem de aplicar as normas gerais vigentes de uma ordem jurídica a um caso concreto precisa de decidir a questão da constitucionalidade da norma que vai aplicar, quer dizer: se ela foi produzida segundo o processo prescrito pela Constituição ou por via de costume que a mesma Constituição delegue. Este fato, a averiguar pelo tribunal, é tanto um pressuposto da sanção a estatuir por ele no caso concreto como o fato, igualmente a apurar pelo tribunal, de ter sido cometido um delito. A proposição jurídica que descreve esta situação fática - por hipótese, no caso de aplicação de uma norma jurídico-penal de uma ordem jurídica democrática - diz: Se o parlamento constitucionalmente eleito, pelo processo determinado na Constituição, editou uma lei segundo a qual uma determinada conduta deve ser punida, como crime, de determinada maneira, e se o tribunal verifica que certo e determinado indivíduo praticou essa conduta, deve esse tribunal aplicar a pena prevista na lei. Desta formulação da proposição jurídica ressalta a posição que o chamado Direito constitucional - isto é, as normas que regulam a produção das normas jurídicas gerais - ocupa nos quadros de uma ordem jurídica. Essas normas não são normas autônomas, normas perfeitas, pois apenas determinam os pressupostos do ato de coerção estatuído pelas outras normas. Elas apenas operam em combinação com estas outras normas jurídicas. Por isso, a circunstância de as normas do Direito constitucional não estatuírem atos de coerção não é razão suficiente para - como por vezes se pensa - rejeitar a definição do Direito como ordem de coerção. Só através da verificação, efetuada na decisão judicial, de que uma norma geral a aplicar ao caso apresentado perante tribunal é vigente - e tal norma é vigente quando foi criada constitucionalmente -, se torna esta norma aplicável ao caso concreto e se cria, através dela, para este caso, uma situação jurídica que antes da decisão não existia.

Assim, levando-se em consideração a doutrina e a jurisprudência utilizada para sustentar o presente acórdão e, em especial, em observância estrita ao teor da lei sob análise, atesta-se que a norma não cumpre os requisitos constitucionais mínimos para a criação de cargos comissionados no âmbito da Administração Pública, não tendo ficado evidente o caráter de chefia, assessoramento ou direção dos cargos em comissão

criados pela Lei Estadual nº 3.778/2016, bem como a ausência de limitações quanto às nomeações, seja pela quantidade ou pelos setores de atuação, pelo que se conclui pela inconstitucionalidade da norma sob julgamento por visível desrespeito aos preceitos estabelecidos pela Constituição Federal.

Oportuna a transcrição do seguinte trecho do Voto do Excelentíssimo Desembargador Shikou sadahiro, Presidente desta Corte:

A apreciação de constitucionalidade ou não de norma a partir dos princípios constitucionais foi claramente pacificada no julgamento da ADC n. 12 - DF , de relatoria do Ministro CARLOS BRITTO:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE "DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DAS OUTRAS PROVIDÊNCIAS". PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça. (ADC 12, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-01 PP-00001 RTJ VOL-00215-01 PP-00011 RT v. 99, n. 893, 2010, p. 133-149)

O princípio da igualdade, com incidência no concurso público, foi destacado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI n. 1350, conforme ementa a seguir transcrita:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL QUE PERMITE A INTEGRAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO QUADRO DE PESSOAL DE AUTARQUIAS OU FUNDAÇÕES ESTADUAIS, INDEPENDENTEMENTE DE CONCURSO PÚBLICO (LEI COMPLEMENTAR Nº 67/92, ART. 56) - OFENSA AO ART. 37, II, DA CARTA FEDERAL - DESRESPEITO AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO, ESSENCIAL À CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE - AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. O CONCURSO PÚBLICO REPRESENTA GARANTIA CONCRETIZADORA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE, QUE NÃO TOLERA TRATAMENTOS DISCRIMINATÓRIOS NEM LEGÍTIMA A CONCESSÃO DE PRIVILÉGIOS. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - tendo presente a essencialidade do postulado inscrito no art. 37, II, da Carta Política - tem censurado a validade jurídico-constitucional de normas que autorizam, permitem ou viabilizam, independentemente de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, o ingresso originário no serviço estatal ou o provimento em cargos administrativos diversos daqueles para os quais o servidor público foi admitido. Precedentes. - 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. Precedentes. Doutrina.(ADI 1350, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2005, DJ 01-12-2006 PP-00065 EMENT VOL-02258-01 PP-00051 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 28-40)

Por fim, o mesmo se pode dizer em relação ao princípio da moralidade administrativa, cuja violação decorreu do mesmo ato transgressor ao princípio da impessoalidade e da eficiência. Diversamente da moral comum, a administrativa torna jurídica a atuação ética na Administração Pública, tendo em vista que esta já não se satisfaz com o cumprimento formal da lei, sobretudo por se tratar de lei cuja constitucionalidade é questionada justamente por ir de encontro a valores democráticos, a exemplo da criação irregular de cargos em comissão no âmbito da CAERD em detrimento da realização do concurso público.

Para arrematar, convém trazer para reflexão, o seguinte pensamento do festejado jurista:

"Se, no entanto, ousar apresentar nesta altura o resultado do trabalho até agora realizado, faço-o na esperança de que o número daqueles que prezam mais pelo espírito do que pelo poder seja maior do hoje possa parecer; faço-o sobretudo com um desejo de que uma geração mais nova não fique, no meio do tumulto ruidoso dos nossos dias, completamente destituída de fé numa ciência jurídica livre, faço-o na firme convicção de que os seus frutos não se perderão para um futuro distante." (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Prefácio à primeira edição. Genebra, maio de 1934)

Acrescenta-se que o vício detectado refere-se ao conteúdo da norma e afronta a dispositivo constitucional, portanto, trata-se de inconstitucionalidade material, cujo vício é insanável.

2.3 CONCLUSÃO

Dessa forma, decide-se admitir a arguição de inconstitucionalidade e, no mérito, acolhê-la para declarar a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 3.778 de 04 de abril de 2016, nos termos da fundamentação supra.

3 DECISÃO

ACORDAM os Magistrados integrantes do Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, à unanimidade, admitir a arguição de inconstitucionalidade e, no mérito, acolhê-la para declarar a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 3.778 de 04 de abril de 2016, nos termos do voto da Relatora. Acolhe-se proposição do Desembargador do Trabalho Francisco José Pinheiro Cruz no sentido de encaminhar cópia desta decisão ao Tribunal de Contas e Ministério Público, ambos do Estado de Rondônia, a fim de verificar, no âmbito de suas atribuições, se existe eventual acumulação remunerada de cargos públicos em face do que estabelece a Constituição da República. Sessão de julgamento realizada no dia 29 de junho de 2017.

Porto Velho-RO, 29 de junho de 2017.

(Assinado digitalmente)

MARIA CESARINEIDE DE SOUZA LIMA

DESEMBARGADORA-RELATORA