

NOTA TÉCNICA Nº 26/16

Objeto: Proposta de Emenda à Constituição n. 110, de 2015

Protocolado MP-SP 164.160/15

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 110, DE 2015. SENADO. ALTERAÇÃO DO ART. 37, DA CONSTITUIÇÃO.LIMITES E CONDICIONANTES À CRIAÇÃO E AO PROVIMENTO DE CARGOS EM COMISSÃO.

1. Proposta de Emenda à Constituição que prevê percentual máximo de cargos de provimento em comissão em relação à quantidade de cargos de provimento efetivo, na estrutura dos três entes federados; fixa percentual mínimo dos cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira; prevê procedimento seletivo público simplificado para provimento dos cargos e funções de confiança, além de criar nova hipótese de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

2. Manifestação favorável à aprovação parcial da Emenda Parlamentar nº 04 ao Substitutivo da CCJC (Emenda nº 03).
3. Manifestação desfavorável à aprovação da Emenda Parlamentar nº 05 ao Substitutivo da CCJC (Emenda nº 03).
4. Razoabilidade dos percentuais criados, bem como de seu escalonamento por nível federativo, bem como da previsão constitucional de percentual mínimo de 60% dos cargos em comissão a serem preenchidos exclusivamente por servidores de carreira. Emenda que possibilitará suprir inconstitucionalidade por omissão verificada, há mais de 16 anos, em grande parte dos entes federados, dada a ausência de regulamentação do art. 37, V, CF/88 (com a redação dada pela EC n. 19/98). Medidas, ademais, que se coadunam com os princípios constitucionais republicanos da impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade administrativa.
5. Criação de nova hipótese de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, consistente na implementação de políticas públicas temporárias, pelo prazo máximo de dois anos, que não se mostra adequada, por se mostrar demasiadamente

ampla e já passível de solução, caso cumpridos os requisitos, pela redação do inciso IX, do art. 37, da CF/88.

6. Oferta de sugestão: supressão da expressão “percentuais mínimos” do inciso V, do art. 37, da CF/88. Justificativa: referido percentual passou a ser previsto pela alínea “b”, V, art. 37, da CF/88, com a redação dada pela Emenda n° 04 ao Substitutivo da CCJC (Emenda n° 03).
7. Oferta de sugestão: inclusão da expressão “providos” após a expressão “cargos de provimento efetivo” constante nos itens 1, 2, e 3, da alínea “a”, V, art. 37, da CF/88, com a redação dada pela Emenda n° 04 ao Substitutivo da CCJC (Emenda n° 03). Justificativa: manutenção efetiva da proporção da quantidade de cargos de provimento em comissão em relação a dos cargos de provimento efetivo, ainda que estes estejam vagos, evitando-se, assim, a criação fictícia de cargos efetivos.

1. RELATÓRIO

A Proposta de Emenda à Constituição em epígrafe, nos termos da respectiva ementa, “altera o art. 37 da Constituição Federal, para restringir a quantidade de cargos em comissão na administração pública e estabelecer processo seletivo público”.

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Aludida Proposta recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sob relatoria do Senador Alvaro Dias (Parecer nº 944, de 2015), a qual opinou pela sua aprovação, com a incorporação das Emendas nn. 01 e 02 apresentadas, de autoria do Senador Antonio Anastasia, nos termos da Emenda n. 03- CCJ (Substitutivo).

Devolvida a proposta para discussão em sessão deliberativa do Plenário do Senado em primeiro turno, foram apresentadas duas novas Emendas nn. 04 e 05- PLEN, tendo como primeiros signatários, respectivamente, os Senadores Walter Pinheiro e Alvaro Dias.

Devolvida a matéria à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania para o exame das novas emendas, esta exarou parecer favorável ao acolhimento parcial da Emenda n. 04 e ao acolhimento integral da Emenda n. 05 (Parecer nº 1.119/2015).

2. PELA INCORPORAÇÃO E APROVAÇÃO PARCIAL DA EMENDA PARLAMENTAR Nº 04- PLENÁRIO

É de inegável necessidade e acerto a iniciativa do legislador, no exercício de seu poder constituinte derivado, de instituir limites e condicionantes à criação e ao provimento dos cargos de provimento em comissão nos três níveis da Federação.

Com efeito, aludida iniciativa possibilita a redução da criação de cargos em comissão, o provimento dos mesmos de forma a privilegiar a meritocracia e os servidores de carreira e, dessa forma,

propicia a concretização dos princípios constitucionais republicanos da igualdade, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência na Administração Pública.

Quanto ao mérito, posicionamo-nos de forma favorável à parcial aprovação da Emenda nº 04 ao Substitutivo da CCJC à PEC nº 110, de 2015, pelos motivos expostos a seguir e observada as sugestões de redação apresentadas ao final desta nota.

2.1. DA EMENDA Nº 04 AO SUBSTITUTIVO DA CCJC À PEC 110/2015

2.1.1. DO ART. 1º DO SUBSTITUTIVO COM A REDAÇÃO DADA PELA EMENDA Nº 04

Referido dispositivo prevê *in verbis*:

“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, eficiência e meritocracia 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,

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, observadas as seguintes regras:

a) a quantidade dos cargos em comissão não poderá superar:

1- 5% (cinco por cento) dos cargos de provimento efetivo, no âmbito da União;

2- 10% (dez por cento) dos cargos de provimento efetivo, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal;

3- 15% (quinze por cento) dos cargos de provimento efetivo, no âmbito dos Municípios.

b) no mínimo sessenta por cento dos cargos em comissão em cada órgão ou entidade deverá ser preenchido por servidores de carreira, ocupantes de cargo efetivo de órgão ou entidade do respectivo ente estatal.

c) o provimento de funções de confiança será precedido de processo seletivo simplificado, no qual deverão ser obrigatoriamente aferidas a escolaridade necessária, os conhecimentos técnicos, a capacidade, as habilidades específicas e a experiência para o seu desempenho e a correlação entre a natureza das atribuições legais dos cargos efetivos com

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

as competências dos respectivos órgãos e unidades administrativas.

- d) Serão de livre nomeação e exoneração, exclusivamente, os cargos em comissão diretamente subordinados aos titulares de Mandato eletivo, de Ministros de Tribunais Superiores, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Procurador-Geral da República, de membros dos Tribunais de Contas, de Ministro de Estado, Secretário de Estado, Secretário Municipal, e os de dirigente máximo de autarquias e fundações públicas e respectivos assessores imediatos.
- e) Ressalvado o disposto na alínea “c”, o provimento de cargos em comissão observará a escolaridade necessária, os conhecimentos técnicos, a capacidade, as habilidades específicas e a experiência para o seu desempenho, e, quando se tratar de cargo a ser provido por titular de cargo efetivo, ainda, a correlação de atribuições e níveis de responsabilidade das classes de cargos efetivos com o nível de complexidade e responsabilidade das atribuições dos cargos em comissão e a qualificação para o seu exercício mediante a participação em cursos ministrados por escolas de governo.

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

IX – poderá haver contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público:

a) nos casos estabelecidos em lei;

b) destinada à implementação de políticas públicas temporárias, em quantitativo que, adicionado ao número de cargos em comissão ocupados no ente federado, não poderá ultrapassar os percentuais definidos pela alínea a do inciso V, cujos ocupantes serão obrigatoriamente investidos mediante processo seletivo simplificado, na forma do previsto no número 1 da alínea c do mesmo inciso, por prazo máximo de dois anos, vedade qualquer hipótese de prorrogação;

(...)

§ 3º (...)

I- as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços, especialmente a presteza do atendimento;

(...)” (NR)

“Art. 39. (...)

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

§ 9º O pagamento do adicional ou prêmio de produtividade previsto no § 7º dependerá de previsão orçamentária e disponibilidade financeira e observará:

- I- o resultado obtido pelo servidor nas avaliações de desempenho;
- II- a periodicidade mensal, em valor variável, vedada a sua concessão ao servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão;
- III- a proibição de incorporação do adicional ou prêmio aos proventos de aposentadoria e às pensões.” (NR)

É salutar a fixação de percentual máximo de cargos em comissão em relação aos cargos de provimento efetivo, nos três entes federados, mostrando-se razoáveis os percentuais previstos pela Emenda nº 04, variáveis conforme o ente federado, dada a excepcionalidade da dispensa do concurso público no provimento de cargos na estrutura estatal.

Com efeito, nos termos do artigo 37, V, da Constituição Federal, os cargos em comissão se destinam exclusivamente às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Vale dizer, estão vinculados a funções que exigem o controle de execução das diretrizes políticas do governante, a serem desempenhados por quem detenha absoluta fidelidade a orientações traçadas.

Como é cediço, nos termos dos comandos previstos no art. 37, I e II, da CF/88, a regra, no âmbito dos Poderes Públicos, é o preenchimento dos cargos por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, porquanto assim se garante aos cidadãos o acesso aos postos em condição de igualdade. Essa deve ser a forma de preenchimento dos cargos e empregos de natureza técnica ou burocrática.

É dizer: os cargos de provimento em comissão estão vinculados às atribuições de assessoramento, chefia e direção em nível superior, nas quais esteja presente a necessidade de relação de confiança com os agentes políticos para o desempenho de tarefas de articulação, coordenação, supervisão e controle de diretrizes político-governamentais.

Destarte, há implícitos limites à criação de cargos de provimento em comissão, visto que, assim não fosse, estaria aniquilada na prática a exigência constitucional de concurso para acesso ao serviço público.

Prelecionando na vigência da ordem constitucional anterior, mas em magistério plenamente aplicável, anotava Márcio Cammarosano a existência de limites à criação de postos comissionados pelo legislador. 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” (Provimento de cargos públicos no direito brasileiro, São Paulo, RT, 1984, p. 95/96).

Desta forma, mostra-se conveniente e razoável a previsão dos percentuais máximos de cargos de provimento em comissão de 5%, para a União, 10%, para os Estados, e 15%, para os Municípios, em relação aos cargos de provimento efetivo.

Não obstante, a fim de que aludida proporção seja observada em concreto e não mero comando formal, com a possível criação de cargos de provimento efetivo fictícios com o intuito camuflado de aumentar o número de cargos de provimento em comissão, sugere-se nova redação aos dispositivos, com a inclusão da expressão “providos”

após a expressão “cargos de provimento efetivo”, conforme exposto ao final desta nota.

No que pertine à inclusão, no bojo do texto constitucional, de percentual mínimo de sessenta por cento dos cargos em comissão em cada órgão ou entidade a ser preenchido por servidores de carreira, ocupantes de cargo efetivo de órgão ou entidade do respectivo ente estatal, mostra-se igualmente salutar.

Com efeito, passados mais de 15 anos da nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98 ao inciso V, art. 37, CF/88 – que instituiu o princípio constitucional de acessibilidade aos cargos de direção superior da Administração aos servidores públicos efetivos – grande parte dos entes federados permanecem omissos em regulamentar aludido percentual.

A necessidade de observância a tal mandamento constitucional visa não só estimular e servir de prêmio à dedicação do servidor efetivo, passando a integrar o próprio plano de carreira, mas também assegurar a qualidade, a eficiência, a profissionalização e a continuidade do serviço público, sobretudo por ocasião das mudanças de governo, quando se verifica uma substituição significativa dos ocupantes de cargos importantes da direção superior da Administração Pública. Nas trocas de governos, deve existir uma estrutura mínima de pessoal do quadro de servidores públicos para ocupação de postos responsáveis pela condução superior da Administração, para que ela não sofra solução de continuidade.

Por fim, não se vislumbra adequação no tocante à previsão de nova hipótese de contratação por prazo determinado para

atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, consistente na implementação de políticas públicas temporárias, pelo prazo máximo de dois anos.

Isso porque, na forma como concebida, trata-se de hipótese demasiadamente ampla que, por caracterizar norma de eficácia imediata, prescindível de regulamentação legal para sua aplicação, pode acarretar a burla à regra do concurso público para preenchimento dos cargos públicos.

Ademais, o texto constitucional já fixa o parâmetro para a contratação por prazo determinado no inciso IX, art. 37, CF/88, de forma que, satisfeitas as condições de excepcionalidade previstas no referido dispositivo, não haverá óbice para a utilização do instituto na implementação de políticas públicas, tornando-se, assim, inócua tal alteração.

Outrossim, ao se estipular prazo máximo de dois anos, adotou-se período excessivo, longo e elástico de contratação, que não ostenta razoabilidade, criando a possibilidade de subversão à regra da investidura permanente e efetiva em cargo ou emprego públicos mediante aprovação em prévio concurso público.

A lei de regência da contratação temporária, além de descrever seus pressupostos (as hipóteses abstratas de seu cabimento) deve conter a fixação do período necessário de vigência e eficácia da contratação, que deve ser curto (Odete Medauar. *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 11. ed., p. 270). A Suprema Corte deliberou que é razoável prazo de 12 (doze) meses:

“7) A realização de contratação temporária pela Administração Pública nem sempre é ofensiva à salutar exigência constitucional do concurso público, máxime porque ela poderá ocorrer em hipóteses em que não há qualquer vacância de cargo efetivo e com o escopo, *verbi gratia*, de atendimento de necessidades temporárias até que o ocupante do cargo efetivo a ele retorne. Contudo, a contratação destinada a suprir uma necessidade temporária que exsurge da vacância do cargo efetivo há de durar apenas o tempo necessário para a realização do próximo concurso público, ressoando como razoável o prazo de 12 meses” (STF, ADI 3.649-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, 28-05-2014, m.v., DJe 30-10-2014).

3. PELA REJEIÇÃO DA EMENDA PARLAMENTAR Nº 05- PLENÁRIO

A Emenda Parlamentar nº 05 ao Substitutivo promove a exclusão dos cargos de assessoramento direto aos detentores de mandato eletivo, aos Ministros de Estado, Secretários de Estado e Secretários Municipais da observância aos limites percentuais máximos de cargos em comissão em relação à quantidade de cargos de provimento efetivo existentes em cada órgão ou entidade.

Mencionada exclusão permite o esvaziamento do escopo da PEC em tela, qual seja, a limitação da criação de cargos em comissão.

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Isto porque, os cargos comissionados submetidos aos agentes políticos elencados na citada exceção são, em última análise, aqueles que a rigor podem ser criados com a natureza de comissionados, dado que as suas funções exigem o controle de execução das diretrizes políticas do governante, a serem desempenhados por quem detenha absoluta fidelidade a orientações traçadas.

É dizer: os cargos de provimento em comissão devem ser restritos às atribuições de assessoramento, chefia e direção em nível superior, nas quais esteja presente a necessidade de relação de confiança com os agentes políticos para o desempenho de tarefas de articulação, coordenação, supervisão e controle de diretrizes político-governamentais.

A expressa dispensa de limites mínimos de cargos de provimento em comissão para tais hipóteses já afronta os princípios da moralidade, eficiência e razoabilidade, pois não há justificativa republicana que autorize a concessão deste privilégio a tais autoridades.

Ademais, a relação de confiança que se exige é sempre com o agente político, afigurando-se inconcebível a criação de cargo de provimento de comissão que não seja relacionado ao direto assessoramento de agentes políticos.

Em síntese, a proposta de emenda, ao excepcionar os cargos em comissão de assessoramento de agentes políticos do limite constitucional criado, acaba por esvaziar esta PEC 110/15, acabando por afrontar os princípios da moralidade, eficiência e razoabilidade, podendo, inclusive, acabar por criar efeito contrário, ou seja, propiciar o

aumento excessivo de cargos comissionados, sob o rótulo de assessoramento destas autoridades.

Destarte, opina-se pela rejeição da Emenda Parlamentar nº 05 ao Substitutivo.

4. SUGESTÕES DE REDAÇÃO

Em primeiro lugar, sugere-se a supressão da expressão “percentuais mínimos” do inciso V, do art. 37, da CF/88, na medida em que referido percentual passou a ser previsto pela alínea “b”, V, art. 37, da CF/88, com a redação dada pela Emenda nº 04 ao Substitutivo da CCJC (Emenda nº 03).

Em segundo lugar, conforme explanado acima, a fim de que a proporção entre os cargos de provimento em comissão e os de provimento efetivo seja efetivamente observada e não mero comando formal, com a possível criação de cargos de provimento efetivo fictícios com o intuito fraudulento de aumentar o número de cargos de provimento em comissão, sugere-se a inclusão da expressão “providos” após a expressão “cargos de provimento efetivo”.

Com as sugestões propostas, o inciso V, do art. 37, da Constituição Federal passaria a ter a seguinte redação:

“Art. 37. (...)

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 e

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

condições previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, observadas as seguintes regras:

f) a quantidade dos cargos em comissão não poderá superar:

4- 5% (cinco por cento) dos cargos de provimento efetivo providos, no âmbito da União;

5- 10% (dez por cento) dos cargos de provimento efetivo providos, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal;

6- 15% (quinze por cento) dos cargos de provimento efetivo providos, no âmbito dos Municípios.

g) no mínimo sessenta por cento dos cargos em comissão em cada órgão ou entidade deverá ser preenchido por servidores de carreira, ocupantes de cargo efetivo de órgão ou entidade do respectivo ente estatal.

h) o provimento de funções de confiança será precedido de processo seletivo simplificado, no qual deverão ser obrigatoriamente aferidas a escolaridade necessária, os conhecimentos técnicos, a capacidade, as habilidades específicas e a experiência para o seu desempenho e a correlação entre a natureza das atribuições legais dos cargos efetivos com

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

as competências dos respectivos órgãos e unidades administrativas.

- i) Serão de livre nomeação e exoneração, exclusivamente, os cargos em comissão diretamente subordinados aos titulares de Mandato eletivo, de Ministros de Tribunais Superiores, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Procurador-Geral da República, de membros dos Tribunais de Contas, de Ministro de Estado, Secretário de Estado, Secretário Municipal, e os de dirigente máximo de autarquias e fundações públicas e respectivos assessores imediatos.
- j) Ressalvado o disposto na alínea “c”, o provimento de cargos em comissão observará a escolaridade necessária, os conhecimentos técnicos, a capacidade, as habilidades específicas e a experiência para o seu desempenho, e, quando se tratar de cargo a ser provido por titular de cargo efetivo, ainda, a correlação de atribuições e níveis de responsabilidade das classes de cargos efetivos com o nível de complexidade e responsabilidade das atribuições dos cargos em comissão e a qualificação para o seu exercício mediante a participação em cursos ministrados por escolas de governo.

(...)”.

5. CONCLUSÃO

Roga-se vênia para, mais uma vez, apontar o acerto da proposta de reforma constitucional no sentido de estabelecer limites e condicionantes à criação e ao provimento dos cargos em comissão.

Assinala-se, entretanto, a maior conveniência da proposta apresentada pela Emenda nº 04 ao Substitutivo, com a ressalva e as observações explanadas acima e sugestões de redação.

Márcio Fernando Elias Rosa
Procurador-Geral de Justiça