

RECOMENDAÇÃO Nº 14/2018

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**, por seu Promotor de Justiça signatário, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, com fulcro nos arts. 127, *caput*, 129, incisos II e III, ambos da Constituição Federal, na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), na Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) e, ainda, nas Resoluções 23/2007 e 164/2017, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público, e

CONSIDERANDO o contido no artigo 127, da Constituição Federal, que dispõe que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe **a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis**”;

CONSIDERANDO o estabelecido nos artigos 129, inciso III, da Constituição Federal, atribuí ao Ministério Público a função institucional de “*promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a **proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos***”;

CONSIDERANDO o artigo 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, faculta ao Ministério Público **expedir recomendação administrativa** aos órgãos da administração pública federal, estadual e municipal, requisitando ao destinatário adequada e imediata divulgação;

CONSIDERANDO o artigo 2º, *caput*, da Lei Complementar n.º 85, de 27 de dezembro de 1999, antes de elencar funções atribuídas ao Ministério Público, reforça aquelas previstas na Constituição Federal e Estadual e na Lei Orgânica Nacional;

CONSIDERANDO que o mesmo diploma legal supramencionado, em seus artigos 67, § 1º, inciso III, e 68, inciso XIII, item 10, dispõe que ao Promotor de Justiça incumbe, respectivamente, “atender a qualquer do povo, ouvindo suas reclamações, informando, orientando e **tomando as medidas de cunho administrativo ou judicial**, ou encaminhando-as às autoridades ou órgãos competentes” e “efetuar a articulação entre os órgãos do Ministério Público e entidades públicas e privadas com atuação na sua área”;

CONSIDERANDO o disposto no artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal, o qual estabelece que “*São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*”;

CONSIDERANDO que, nos termos do artigo 205, da Constituição Federal, a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade;

CONSIDERANDO que, nos termos do artigo 211, § 2º, da Constituição Federal “*Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil*”;

CONSIDERANDO que, nos termos do artigo 10, parágrafo único, da Lei n.º 9.394/96¹, e do artigo 211, § 4º, da Constituição Federal², é permitido aos

¹Parágrafo único. Os Municípios poderão optar, ainda, por se integrar ao sistema estadual de ensino ou compor com ele um sistema único de educação básica.

²§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

Municípios compôr junto aos demais entes federativos a fim de se integrar aos demais níveis de ensino, **desde que estejam devidamente atendidas as necessidades de sua área de competência vinculada pelo 211, § 2º, da Constituição Federal;**

CONSIDERANDO que, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, ao ser consultado³ por um município paranaense sobre o tema do transporte universitário, se manifestou no sentido de que o Município pode fornecer subsídios a fim de fomentá-lo, **desde que tenha cumprido as exigências constitucionais no sentido de promover, primordialmente, o ensino fundamental e a educação infantil:**

“(...) Em instrução devidamente fundamentada (Parecer nº 172/01), a Diretoria de Contas Municipais opina no sentido de que o Município:

I – Deverá aplicar os seus recursos e esforços prioritariamente no atendimento do ensino fundamental;

II – Poderá prestar tal assistência aos demais níveis federativos, desde que estiverem plenamente atendidas as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela CF;

III – Caso não obtenha excedente financeiro depois de suprir suas metas constitucionais, deverá procurar colaboração do Estado e da União, através da celebração de convênio, acordo etc., para atendimento aos demais níveis;

IV – A pretensão de celebração do convênio com entidade estudantil para a cessão de veículo da frota municipal, dentre outras dificuldades, esbarra em dispositivo da lei orgânica municipal, (art. 95, parágrafo 4º).

(...)

OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO, nos termos do voto do Relator, Conselheiro HENRIQUE NAIGEBOREN, por unanimidade em:

³ACÓRDÃO Nº 11/07 – Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.tce.pr.gov.br/servicos_publicacao.aspx?pub=570491>.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE FAXINAL

Responder os quesitos I, II e III da presente Consulta, nos termos dos Pareceres da Diretoria de Contas Municipais e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, da seguinte forma:

I - Sim, pode o Município manter o transporte nas condições relatadas na consulta sem infringir o ordenamento jurídico vigente;

II - Deve atender as exigências do artigo 10, inciso V, da lei 9394/96 c/c artigo 212, da CF/88; e

III - Não pode celebrar convênio com a Associação de estudantes universitários do Município, mas apenas com o Estado do Paraná ou outro ente federativo para a prestação do serviço de transporte intermunicipal de estudantes.”

CONSIDERANDO que, nos moldes do preconizado por Marcos Maselli Gouvêa⁴, o direito ao ensino fundamental e infantil abrange o implemento dos programas suplementares aludidos no art. 208, inciso V, da Constituição Federal, quer-se dizer, de fornecimento aos estudantes de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. No entanto, verificada a ausência de qualquer deles, a oferta do próprio ensino há que ser considerada irregular, inclusive atraindo a responsabilização pessoal da autoridade omissa, nos moldes do art. 208, § 2º, da Constituição Federal, do art. 54, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente;

CONSIDERANDO que, nos termos do Ofício n.º 144/2018, encaminhado pela Secretaria Municipal de Educação e Cultura de Faxinal, são apontadas diversos problemas nas estruturas físicas de algumas das escolas municipais desta urbe, notadamente:

Escola Municipal Professora Elza Davantel Cabral:

“(...) necessita de reparos no telhado e no piso por ser uma obra muito antigas.

40 Controle Judicial das Omissões Administrativas, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 80.

(...)

Existe a necessidade da construção de refeitório na instituição, que deverá ter um custo de aproximadamente R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), porém não há recurso disponível para construção.”

Escola Rural Municipal Marechal Rondon:

“Atualmente atende a demanda de forma emergencial devido as condições precárias do prédio por falta de manutenção e reparos dos anos anteriores.”

Centro Municipal de Educação Infantil Professora Alice Salles Storm

*“O Município realiza a manutenção constante com recursos próprios, pois a **estrutura física se encontra em desconformidade** com os padrões do FNDE, apresenta desconformidade nas instalações elétricas e na rede pluvial (Relatório mais detalhado encontra-se em anexo). Apresenta pendências no sistema de monitoramento SIMEC-PAR.”*

Centro Municipal de Educação Infantil Vila Nova

*“O Centro Municipal de Educação Infantil, encontra-se localizado na Rua Santos Dumont s/n, no bairro Vila Nova, atende 165 crianças de 0 a 5 anos, possui prédio próprio, **houve a necessidade de interdição do mesmo por não oferecer condições dignas de permanência, nem segurança para alunos e professores.**”*

CONSIDERANDO que, nos termos do Ofício n.º 144/2018, encaminhado pela Secretaria Municipal de Educação e Cultura de Faxinal, é apontada a defasagem de 40 (quarenta) professores na rede de educação infantil; 21 (vinte e um) professores na rede de ensino fundamental; 06 (seis) professores na rede de educação especial; 06 (seis) professores para todas as áreas; 05 (cinco) profissionais que desempenham funções administrativas nas referidas áreas e 14 (catorze) auxiliares de serviços gerais para laborarem nas citadas áreas de ensino;

CONSIDERANDO que, havendo carência na educação infantil e no ensino fundamental, o Município de Faxinal não pode voltar às costas a esta situação, priorizando indevidamente o fomento ao Ensino Superior, desatendendo aos ditames da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que, tal inversão de prioridades em que se reveste a conduta do Município de Faxinal é reprovável, vez que não deu preferência à correta execução de política pública dirigida à valorização da educação infantil e fundamental;

CONSIDERANDO a necessidade de submissão dos atos do Poder Executivo ao controle do Poder Legislativo, Tribunal de Contas e outros órgãos legitimados, incluindo-se o Ministério Público;

CONSIDERANDO que os **cargos em comissão** constituem **forma excepcional de admissão no serviço público** e, por assim dizer, exigem a estrita observância aos preceitos legais e constitucionais, sob pena de violar os princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência administrativa;

CONSIDERANDO que a contratação com desvio de finalidade e em burla à regra do concurso público causam prejuízo à sociedade e a Administração, vez que admitirá pessoal sem a seleção necessária, exigível não só para assegurar os critérios de legalidade, probidade e impessoalidade da administração, como, ainda, para recrutar os melhores dentre os candidatos às vagas⁵;

CONSIDERANDO que o provimento em cargo em comissão destina-se, apenas, às **funções de direção, chefia e assessoramento**, conforme consta dos artigos

5MAZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, p. 158.

37, inciso V, da Constituição da República de 1988 e artigo 27, inciso II, da Constituição do Estado do Paraná;

CONSIDERANDO que a criação e a manutenção de cargos em comissão, dotados de atribuições que não se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração, em última análise, não justificam a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público e, portanto, ofendem o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO a lição de Regis Fernandes de Oliveira, segundo o qual, diante da quase total falta de controle sobre a proliferação de cargos em comissão, a EC n. 19/1998 logrou restringir, efetivamente, as nomeações, determinando a sua vocação, exclusivamente, para as atribuições de comando;⁶

CONSIDERANDO que leis que estabeleçam o provimento de cargos da Administração Pública por meio de comissão **jamais poderão alçar a essa categoria** cargos ou empregos cujas funções sejam meramente técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza puramente profissional, fora dos níveis de direção, chefia, e assessoramento, isto é, fora dos limites gizados no texto constitucional;

CONSIDERANDO estar pacificado que a simples rotulagem do cargo como sendo de “assessoramento”, “coordenador” ou “chefe” não altera sua essência, nem a situação em comento, pois a lei, por mais que estabeleça previsão expressa, não tem o

⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.

condão de alterar a natureza dos institutos jurídicos⁷, sendo também neste sentido a posição do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEI MUNICIPAL – CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO QUE NÃO SE DESTINAM À DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO – MERA NOMENCLATURA DO CARGO SEM ESPECIFICAÇÃO DE SUAS ATRIBUIÇÕES – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, INCISOS II E V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – LEIS MUNICIPAIS 1484/97, 1697/01, 1718/01, 2117/08 E 2219/09.- INCOMPATIBILIDADE COM A CARTA MAGNA – INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO – CLÁUSULA DE RESERVA DO PLENÁRIO. ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SÚMULA VINCULANTE N.º 10 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO ESPECIAL DA CORTE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 270 DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. - SUSPENSÃO DO JULGAMENTO, COM REMESSA DOS AUTOS AO ÓRGÃO ESPECIAL PARA APRECIAR O INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE”
(TJPR, AC nº 922159-0, 5ª C.Cível, Unânime, Rel. Paulo Roberto Hapner, j. 27.11.2012)⁸.

7 Nesse sentido, afirma Humberto Theodoro Júnior que o importante é descobrir a natureza da coisa para, no efeito prático buscado pelo legislador, descobrir o critério que realmente vai levar à classificação do fenômeno. Nesse esforço do jurista, é irrelevante a opinião do legislador, já que, depois de concebida a figura jurídica, “não lhe é dado alterar ou ignorar a natureza da coisa dentro do mundo do Direito em que ela se insere”. Noutro dizer, a lei deve guardar absoluta sintonia com a Constituição da República, de vez que o fato de havê-lo criado, não o transforma naquilo que não é, ou seja, não é o rótulo que dá essência às coisas, mas a pertinência lógica com as distinções efetuadas pela Lei Maior (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Fraude contra Credores: A Natureza da Sentença Paulina*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 184).

8. No mesmo sentido: TJ/RS, ADI nº 70028096535, Tribunal Pleno, Unânime, Rel. ARNO WERLANG, j. 08.06.2009; TJ/RS, ADI nº 70060336286, Tribunal Pleno, Unânime, Rel. Armínio José Abreu Lima da Rosa, j. 01.09.2014.No mesmo sentido: STF. REExt. 942.970. Rel. Min. Cármen Lúcia.

CONSIDERANDO que a criação de cargos em comissão, dotados de atribuições que não se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração, em última análise, não justificam a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público, ofendendo, portanto, o disposto ao artigo 37, II, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO o entendimento consolidado de que o **assessoramento** que possibilita a definição de um cargo ou emprego como de provimento em comissão somente é aquele tido por **qualificado**, devendo conter, portanto, **funções que envolvam atividades complexas e de responsabilidade e, ainda, que esteja hierarquicamente submetido ao Chefe de Poder de forma direta, possuindo com este relação de diferenciada confiança**⁹:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEIS MUNICIPAIS QUE CRIAM CARGOS EM COMISSÃO SEM CARÁTER DE CHEFIA, ASSESSORAMENTO E DIREÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DAS ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 323 DO RISTF C.C. ART. 102, III, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA E DA LEGISLAÇÃO LOCAL. VEDAÇÃO. SÚMULAS N. 279 E 280 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...] 3. “É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico” (ADI 3.602, Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 7.6.11). No mesmo sentido: AI 656.666-AgR, Segunda

9 Nesse sentido, posiciona-se, também, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção ao Patrimônio Público do Ministério Público do Estado do Paraná, em seus **Enunciados nº 2 e 5**, aprovados pelo Grupo de Trabalho de Procuradores e Promotores de Justiça do Foro Central e Região Metropolitana de Curitiba com atribuições na área do patrimônio público, sob a coordenação do referido Centro de Apoio Operacional, por meio de reunião realizada em 29 de junho de 2015.

Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 5.3.2012 e ADI 3.233, Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe 14.9.2007 [...]”

(STF – RE: 693714 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 11/09/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012.) - destacou-se.

CONSIDERANDO o entendimento jurisprudencial consolidado de que o assessoramento que possibilita a definição de um cargo ou emprego como de provimento em comissão é aquele tido por **qualificado**, devendo conter funções que envolvam atividades **complexas e de responsabilidade**, e, ainda, que pressupõe que o agente esteja hierarquicamente submetido ao Chefe de Poder de forma direta, possuindo com este relação de diferenciada confiança¹⁰:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEIS MUNICIPAIS QUE CRIAM CARGOS EM COMISSÃO SEM CARÁTER DE CHEFIA, ASSESSORAMENTO E DIREÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DAS ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 323 DO RISTF C.C. ART. 102, III, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA E DA LEGISLAÇÃO LOCAL. VEDAÇÃO. SÚMULAS N. 279 E 280 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) 3. “É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico” (ADI 3.602, Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 7.6.11). No mesmo sentido: AI 656.666-AgR, Segunda

10.Nesse sentido, posiciona-se também o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção ao Patrimônio Público do Ministério Público do Estado do Paraná, em seus Enunciados nº 2 e 5, aprovados pelo Grupo de Trabalho de Procuradores e Promotores de Justiça do Foro Central e Região Metropolitana de Curitiba com atribuição na área do patrimônio público, através de reunião realizada em 29 de junho de 2015.

Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 5.3.2012 e ADI 3.233, Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe 14.9.2007 (...)”

(STF – RE: 693714 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 11/09/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012) – selecionou-se e destacou-se.

CONSIDERANDO que os **cargos técnicos**, bem como aqueles que se destinam à **execução de funções rotineiras**, não se coadunam com o provimento em comissão, por mais contato que o agente possa ter com fatos relevantes da Administração, sendo entendimento ministerial consolidado o de que¹¹:

***Enunciado nº 6.** Funções técnicas. Cargos para desempenho de funções técnicas não se coadunam com o provimento em comissão. É que, para exercer corretamente essas funções não se exige qualquer confiança qualificada, pois não se faz necessária a fidelidade a uma determinada diretriz política, o alinhamento a certo posicionamento científico ou a certo programa de ação governamental. Do titular destes cargos exige-se apenas a confiança e a lealdade comum a todos os servidores públicos, bem como que desempenhem suas funções segundo as técnicas de suas profissões, qualidades que podem, e devem, ser aferidas em concurso público. Precedente(s): STF. ADI nº 3.706/MS. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 15.8.2007. DJ 05.10.2007.*

***Enunciado nº 9.** Funções burocráticas ou subalternas e função de confiança. Cargos com funções burocráticas ou subalternas, a exemplo de auxiliares administrativos, secretárias, motoristas ou zeladores, dentre outros, não podem ser considerados como de provimento em comissão, por mais contato que os ocupantes destes postos tenham com agentes políticos*

11. Enunciados aprovados pelo Grupo de Trabalho de Procuradores e Promotores de Justiça do Foro Central e Região Metropolitana de Curitiba com atribuições na área do patrimônio público, sob a coordenação do Centro de Apoio Operacional, por meio de reunião realizada em 29 de junho de 2015.

ou com assuntos sigilosos. O exercício de direção, chefia e assessoramento de funções burocráticas ou subalternas deve se dar mediante função de confiança conferida a servidores efetivos, mediante pagamento de remuneração adicional (CF, art. 37, V).

CONSIDERANDO que a lei instituidora dos cargos de provimento em comissão deve guardar absoluta sintonia com a Constituição da República, de vez que o fato de havê-lo criado, não o transforma naquilo que não é, ou seja, **não é o rótulo que dá essência às coisas**, mas a pertinência lógica com as distinções efetuadas pela Lei Maior¹², sendo posição institucional ministerial uniformizada aquela segundo a qual as funções de direção, chefia e assessoramento são definidas pelas atribuições efetivamente exercidas, não devendo ser analisadas apenas pelo aspecto de sua denominação formal, um entendimento que coincide com aquele trazido pelo Tribunal de Justiça de nosso Estado:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEI MUNICIPAL – CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO QUE NÃO SE DESTINAM À DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO – MERA NOMENCLATURA DO CARGO SEM ESPECIFICAÇÃO DE SUAS ATRIBUIÇÕES – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, INCISOS II E V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – LEIS MUNICIPAIS 1484/97, 1697/01, 1718/01, 2117/08 E 2219/09 – INCOMPATIBILIDADE COM A CARTA MAGNA. – INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO. – CLÁUSULA DE RESERVA DO PLENÁRIO. ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SÚMULA VINCULANTE N.º 10 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. – COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO ESPECIAL DA CORTE. – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 270 DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. – SUSPENSÃO DO JULGAMENTO, COM REMESSA DOS AUTOS AO ÓRGÃO ESPECIAL PARA APRECIAR O INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.”

12.MAZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, p. 158.

(TJ/PR, AC nº 922159-0, 5ª C.Cível, Unânime, Rel. Paulo Roberto Hapner, j. 27.11.2012)¹³.

CONSIDERANDO que a jurisprudência do Pretório Excelso é no sentido de que a exigência constitucional do concurso público não pode ser contornada por uma criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança, que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza, assim como não é de se admitir que, a título de preenchimento provisório de vaga ou substituição do titular do cargo, proceda-se, por tempo indeterminado, a livre designação de servidores ou ao credenciamento de estranhos ao serviço público¹⁴;

CONSIDERANDO que, faticamente, tais cargos comissionados rotulados como “Chefes”, “Assessores”, etc, acabam por realizar funções que em nada guardam relação com as de chefia, tratando-se de atribuições rotineiras que não exigem especial vínculo de confiança entre o ocupante do cargo e a autoridade nomeante, bem como atribuições técnicas, as quais jamais poderão ser tidas como de provimento em comissão, por mais contato que estes agentes possam ter com fatos relevantes da Administração;

CONSIDERANDO que no bojo dos Autos do Inquérito Civil nº MPPR-0050.18.000321-7 apurou-se que servidores municipais nomeados para o cargo comissionado de Assessores da Secretaria de Obras e Viação, foram cedidos à Associação dos Estudantes Universitários de Faxinal para atuarem como **motoristas de ônibus**, não exercendo, portanto, qualquer cargo de assessoria, chefia ou direção;

13.No mesmo sentido: TJ/RS, ADI nº 70028096535, Tribunal Pleno, Unânime, Rel. ARNO WERLANG, j. 08.06.2009; TJ/RS, ADI nº 70060336286, Tribunal Pleno, Unânime, Rel. Armínio José Abreu Lima da Rosa, j. 01.09.2014.No mesmo sentido: STF. REExt. 942.970. Rel. Min. Cármen Lúcia.

14.Precedentes: ADI nº 1.141/GO-MC, Tribunal Pleno, relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 4.11.94; RE nº 557.642/SP, relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 17.12.2010; RE nº 510.605/SP, relator Ministro Celso de Mello, DJe de 4.08.2010; RE nº 376.440/DF, relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 05.08.2010. 4. Agravos regimentais não providos. (RE 503436 AgR-segundo, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 03-05-2013 PUBLIC 06-05-2013).

CONSIDERANDO que no bojo do mencionado Inquérito Civil apurou-se que o servidor municipal CEZAR ALEXANDRE MANSANO, também nomeado para o cargo comissionado de Assessores da Secretaria de Obras e Viação, não exerce nenhum cargo de assessoria, chefia ou direção, apenas foi cedido à APAE de Faxinal para laborar como **motorista**, realizando o transporte de alunos para consultas/tratamentos médicos;

CONSIDERANDO que os desvios de função de servidores e a manutenção desses cargos – cujo provimento em comissão não se encontra amparado na norma permissiva que consta do artigo 37, incisos II e V, da Constituição da República de 1988 –, por ofender os princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, pode caracterizar-se como ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 10, *caput*, e artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei n. 8.429/1992, sujeitando os agentes públicos envolvidos às sanções prescritas no artigo 12, incisos II e III, da mesma lei;

RECOMENDA ao Senhor Prefeito de Faxinal, Sr. Ylson Álvaro Cantagallo, a **adoção das seguintes providências**:

I. Imediata revogação do Decreto Municipal n.º 7661/2018 que dispõe sobre a concessão de uso de bens públicos – 04 (quatro) ônibus marca/modelo Volvo/B10M 6x2 e 01 (um) ônibus marca/modelo Mercedes Benz O 400 RD – à Associação dos Estudantes e Universitários de Faxinal diante de sua manifesta ilegalidade, notadamente por não serem observadas as diretrizes constitucionais quanto à prioridade de destinação de verbas ao ensino fundamental e à educação infantil;

II. Imediata suspensão, declaração de nulidade e rescisão do Termo de Concessão de Uso de Bem Público n.º 001/2018 celebrado pela municipalidade

com a Associação dos Estudantes e Universitários de Faxinal em decorrência do Decreto Municipal n.º 7661/2018;

III. Imediata exoneração dos servidores **CEZAR ALEXANDRE MANSANO, CLEITON RODRIGUES DE SOUZA, FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA, JOÃO ALVES DE SOUSA FILHO, MARCELO BUENO DE CAMARGO e MAURÍCIO SANTOS DE OLIVEIRA** da função de Assessores da Secretaria de Obras e Viação, vez que **não exercem de fato** funções próprias do cargo de direção, chefia ou assessoramento, atuando em desvio de função;

IV. Imediata exoneração de todos os ocupantes de cargos em comissão que não desempenhem efetivamente funções de direção, chefia e assessoramento, independentemente do rótulo de suas funções;

V. Imediato levantamento e extinção de todas as funções comissionadas que não se enquadrem nas disposições constitucionais e legais de natureza comissionada – funções efetivas de chefia, direção e assessoramento;

VI. Efetuados os ajustes e/ou exoneração dos ocupantes dos cargos acima, resguardem a eventual substituição do responsável por exercer as atribuições de tais cargos comissionados por pessoal ocupante de cargos de **provimento efetivo**, conforme for a necessidade administrativa, o que deverá ser feito por meio do devido processo legislativo (princípio da legalidade) e consequente realização de concurso público, se não existirem candidatos aprovados aguardando o provimento do cargo;

VII. Abstenha-se de prover e criar cargos de “Chefe de Departamento”, de “Chefe de Divisão”, “Chefe de Setor”, “Encarregado” com a mesma denominação ou nome diverso lacônico, com as mesmas atribuições ou correlatas, que não possuam natureza própria dos cargos comissionados;

VIII. Abstenha-se de designar servidores para desempenhar atividades em desvio de função, exercendo atribuições diversas do que a lei de regência de seu cargo estabelece;

IX. Promova a imediata especificação **do rol de atribuição de todos os cargos em comissão e funções gratificadas que continuarem a existir** no Município de Faxinal;

X. Entendendo necessário, promova as adequações legislativas pertinentes nas leis e resoluções aplicáveis à espécie para conformar o quadro de pessoal do Município de Faxinal aos ditames constitucionais e legais acima especificados, **sobretudo no tocante às especificações das atribuições de cada cargo em comissão e de cada função gratificada;**

XI. Na condição de gestor público municipal e representante legal de pessoa jurídica de direito público interno, dê ciência **desta recomendação ministerial, formalmente, ao conhecimento aos Secretários Municipais**, tendo em vista que, caso a situação não seja regularizada, poderão responder, em coautoria com o prefeito, por eventual prática de ato de improbidade administrativa;

XII. A esta recomendação administrativa se dará plena **publicidade**, inclusive mediante publicação no sítio eletrônico do Município ou no Portal Transparência, com a remessa de cópia à Câmara dos Vereadores, para formal conhecimento e acompanhamento, sem prejuízo do inerente controle social a que se encontra submetido o Poder Público;

XIII. O **descumprimento** injustificado da presente recomendação importará na tomada de **medidas administrativas e judiciais cabíveis**, inclusive no sentido

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE FAXINAL

de apuração de *responsabilidades* civil, administrativa e criminal dos agentes, públicos ou particulares, que, por ação ou omissão, violarem ou permitirem a violação dos direitos em voga, sem prejuízo de outras sanções cabíveis;

XIV. Remeta a esta Promotoria de Justiça, mediante ofício, no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir do recebimento desta, informações sobre as providências e medidas adotadas, ficando todos cientes que, caso a comunicação não seja protocolada na Secretaria da Promotoria de Justiça da Comarca de Faxinal até o último dia do prazo, interpretar-se-á o não acatamento da presente Recomendação.

Faxinal/PR, 05 de dezembro de 2018.

JOSÉ TIAGO CHESINE GÓIS

Promotor de Justiça