



Parecer Jurídico nº 16/2016

Interessado: Presidência

Assunto: Análise da Portaria Normativa nº 30/2016, de 18 de julho de 2016.

Ementa: Direito Administrativo. Análise da Portaria Normativa nº 30, de 18 de julho de 2016, que regulamenta critérios de designação, remuneração, gratificação e substituição de cargo de livre provimento no âmbito do CAU/DF.

I – RELATÓRIO

Senhor Presidente,

1. Vem a exame desta Assessoria Jurídica a Portaria Normativa nº 30, de 18 de julho de 2016, que regulamenta critérios de designação, remuneração, gratificação e substituição do cargo de livre provimento no âmbito do CAU/DF, e da outras providências.

2. Esta Assessoria ao tomar conhecimento da Portaria em apreço verificou de pronto estar diante de algumas inadequações/ilegalidades, por essa razão foi solicitada a análise da questão.

3. O feito foi encaminhado à Assessoria para que seja emitido posicionamento jurídico acerca de sua legalidade.

II- ANÁLISE JURÍDICA

4. A criação de cargo comissionado deverá atender os critérios definidos no inciso V do artigo 37 da Constituição Federal, qual seja:

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

5. Assim, a criação de cargo em comissão destinados a outras atribuições que não as citadas acima é um ato inconstitucional, pois viola a Constituição.



6. O art. 1º da Portaria em apresso precisará ser revisto, pois prevê, de forma inadequada, o desempenho de uma atribuição não prevista na nossa Constituição, qual seja atribuição de supervisão, vejamos:

Art. 1º Cargo de livre provimento é o conjunto de atribuições e funções específicas exercidas sob o critério de confiança, de natureza transitória, para o **desempenho de cargos de** assessoramento, chefia e **supervisão**, distribuídos em: (grifo nosso)

7. Desta forma o art. 1º deverá prever às atribuições de direção, chefia e assessoramento e o inciso II deverá conter ao final: “*denominados Diretor, Chefe ou Assessor, a depender da atribuição desempenhada.*”

8. Cumpre ressaltar que a função de confiança, também tratada pelo art. 37, V, não se confunde com o cargo em comissão, que também pode ser denominado de cargo de confiança, posto que a função de confiança deverá exclusivamente ser preenchida por servidores ocupantes de cargo efetivo, logo, servidores concursados que já atuam junto à administração.

9. Os ocupantes de cargo efetivo que desempenham uma função de confiança recebem uma gratificação pecuniária para desempenharem tal função, pois com a ocupação do referido cargo há uma ampliação nas atribuições e responsabilidades em relação ao cargo de provimento efetivo. Tal gratificação pecuniária não se estende aos cargos comissionados, já que a remuneração percebida pelos ocupantes destes cargos já compreende os encargos e responsabilidades possíveis.

10. No art. 3º da mesma Portaria constam os requisitos a serem observados quando da designação ou contratação para o cargo de livre provimento, como sendo aqueles constantes no documento DESCRIÇÃO DE CARGOS, nos termos do edital do concurso público CAU/BR nº 001/2013. Edital este que estabelece normas referentes aos cargos efetivos que, portanto, não são adequadas aos cargos em comissão.

11. De acordo com a disposição constitucional expressa no inciso II, do art. 37, os



cargos comissionados são declarados de livre nomeação e exoneração, ou seja, a autoridade competente para nomear poderá também exonerar os ocupantes de tais cargos através de ato discricionário. Todavia, a Emenda Constitucional nº 19/98, introduziu, como regra, que os cargos comissionados deverão ser preenchidos por servidores de carreira, isto é, concursados (efetivos), nos casos, condições e percentuais mínimos exigidos por lei.

12. Nota-se que tal disposição não teve total aplicabilidade, uma vez que não há na esfera federal uma lei estabelecendo os percentuais mínimos de servidores ocupantes de cargos comissionados que devam ser, obrigatoriamente, também ocupantes de cargos efetivos.

13. Para suprir tal omissão, foi editado o Decreto nº 5.497/05, aplicável no âmbito do Poder Executivo Federal, que tem validade para todas as nomeações posteriores à sua edição.

14. No que tange à criação indiscriminada de cargos em comissão, o Supremo Tribunal Federal, frente a um caso concreto de criação de cargos comissionados pela Câmara Municipal de Blumenau, ante o princípio da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade administrativa e da necessidade de concurso público, julgou, através do RE nº 365368 AgR/SC, enfatizando que não se tratava de apreciação do mérito administrativo e sim da inconstitucionalidade da criação dos referidos cargos, que seriam 42 comissionados e apenas 25 efetivos, veja o que diz o trecho do julgamento, o qual merece destaque:

Asseverou-se que, embora não caiba ao Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos, a análise de sua discricionariedade seria possível para a verificação de sua regularidade em relação às causas, os motivos e à finalidade que ensejam. Salientando a jurisprudência da Corte no sentido da exigibilidade de realização de concurso público, constituindo-se exceção a criação de cargos em comissão e confiança, reputou-se desatendido o princípio da proporcionalidade, haja vista que, dos 67



funcionários da Câmara de Vereadores, 42 exerceriam cargos de livre nomeação e apenas 25 , cargos de provimento efetivo. Ressaltou-se, ainda, que a proporcionalidade e a razoabilidade podem ser identificadas como critérios que, essencialmente, devem ser considerados pela Administração Pública no exercício de suas funções típicas. Por fim, aduziu-se que, concebida a proporcionalidade como correlação entre meios e fins, dever-se-ia observar relação de compatibilidade entre os cargos criados para atender às demandas do citado Município e os cargos efetivos já existentes, o que não ocorrera no caso. (Informativo STF nº 468)

15. A maioria dos Tribunais quando se deparam com essa matéria em Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, estabelecem prazo para edição de lei específica sobre a matéria e para os casos de persistência da omissão fixam o percentual mínimo de 50% dos cargos em comissão para ocupação por servidores efetivos, vejamos:

TJ-SP - Direta de Inconstitucionalidade ADI 20225295720158260000 SP 2022529-57.2015.8.26.0000 (TJ-SP)

Data de publicação: 11/06/2015

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – Inexistência de lei específica no Município de Natividade da Serra para fixação de **percentual mínimo** dos **cargos** em **comissão** na estrutura administrativa local a serem preenchidos por **servidores** públicos de **carreira** – Violação aos arts. 115, V, com a nova redação dada pela Emenda nº 21/2006, e 144, da Constituição Estadual - Finalidade de garantir o acesso de **servidores** efetivos aos **cargos** de direção superior e assegurar a continuidade e eficiência do serviço público no âmbito municipal – Mora legislativa reconhecida - Estabelecido prazo de cento e vinte dias para edição de lei específica sobre a matéria contados da data do julgamento - Na hipótese de persistência da omissão após o decurso deste prazo, resta fixado, desde já, o **percentual mínimo** de 50% dos **cargos** em **comissão** para **ocupação** por **servidores** efetivos - Ação procedente.

TJ-SP - Direta de Inconstitucionalidade ADI 22151204620158260000 SP 2215120-46.2015.8.26.0000 (TJ-SP)

Data de publicação: 08/04/2016

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – **Percentual mínimo** de **cargos** em **comissão** na estrutura administrativa do Município de Embu das Artes a serem preenchidos por **servidores** públicos de **carreira** – Art. 115, V, da Constituição Estadual, com a redação dada pela EC 21/2006 – Hipótese em que, após o ajuizamento da presente ação, foi providenciada a edição da Lei Complementar nº 290, de 10 de dezembro de 2015, que estabeleceu **percentual mínimo** dos **cargos** de provimento em **comissão** reservados a **servidores** de **carreira** do Poder Executivo – Perda do objeto nesse aspecto – Superveniente falta de interesse de agir –



Ação extinta sem resolução de mérito em relação ao Poder Executivo – Persistência da mora, entretanto, no tocante a **cargos** em **comissão** disponíveis no âmbito do Poder Legislativo – Estabelecido prazo de cento e oitenta dias para edição de lei específica sobre a matéria – Na hipótese de persistência da omissão após o decurso deste prazo, resta fixado, desde já, o **percentual mínimo** de 50% dos **cargos** em **comissão** para **ocupação** por **servidores** efetivos – Ação julgada extinta quanto ao Poder Executivo e procedente em relação à Câmara Municipal de Embu das Artes.

STF - MANDADO DE SEGURANÇA MS 31351 DF (STF)

Data de publicação: 04/12/2014

Decisão: AO PERCENTUAL MÍNIMO DE SERVIDORES EFETIVOS OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. MEDIDA CAUTELAR NO MS 29... DE PERCENTUAL IGUAL OU SUPERIOR A 50% DOS CARGOS EM COMISSÃO DO TJPB POR SERVIDORES EFETIVOS. PERDA.

III – CONCLUSÃO

16. Por todo o exposto, do ponto de vista estritamente jurídico, observados todos os itens constantes deste parecer, sugere-se que:

a) seja emitida uma nova Portaria retificando a Portaria nº 30, de 18 de julho de 2016, com as modificações necessárias para que fique em conformidade com a Constituição Federal de 1988 e com as outras normas que disciplinam o assunto;

b) o CAPÍTULO V - DA SUBSTITUIÇÃO seja modificado em conformidade com a Portaria Normativa nº 33, de 17 de abril de 2015 do CAU/BR, que regulamenta as regras para substituição interna de funções do CAU/BR.

c) feitas as modificações, tanto a nova Portaria quanto a Portaria modificada sejam levadas à aprovação do Plenário do CAU/DF.

É o parecer.

Brasília, 14 de setembro de 2016.

KARLA DIAS FAULSTICH ALVES
Advogada do CAU/DF - OAB/DF 27.970