

A ANÁLISE DA EVENTUAL INCONSTITUCIONALIDADE NA CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO NO ÂMBITO DO ESTADO DO TOCANTINS, MEDIANTE A EDIÇÃO DE LEIS E MEDIDAS PROVISÓRIAS, SEM A DESCRIÇÃO DO ROL DE ATRIBUIÇÕES.

THE ANALYSIS OF POSSIBLE IN UNCONSTITUTIONALITY APPOINTMENT TO OFFICES CREATION IN COMMITTEE IN TOCANTINS STATE SCOPE, UPON THE LAWS OF ISSUE AND INTERIM MEASURES WITHOUT THE DESCRIPTION OF DUTIES OF ROL.

Jorgam de Oliveira Soares.¹

RESUMO

O trabalho expressa a proposta de apresentar a eventual inconstitucionalidade na criação de cargos de provimento em comissão no âmbito do Estado do Tocantins, por intermédio de Leis e Medidas Provisórias, sem elencar o rol de atribuições, burlando, em tese, o art. 37, *caput* e seus incisos II e V, da Constituição da República Federativa do Brasil/1988, reproduzido simetricamente no art. 9º, II e V, da Constituição Estadual. A pesquisa não esgotará todas as vicissitudes decorrentes do *modus operandi* evidenciado e utilizado na criação de cargos de provimento em comissão, mas apresentará o principal reflexo dessa prática, consubstanciado na burla, em tese, ao princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público. Para isso, partimos da conceituação sobre cargo público, passando pelo Processo Legislativo adequado até alcançar o modelo apresentado pela Carta Magna. Após, mencionaremos os exemplos de legislações tocantinense casuísticas, assim como os fundamentos jurídicos da eventual inconstitucionalidade formal e material. Por fim, concluímos com críticas a forma utilizada, apontando o mecanismo adequado de criação de cargos público desse *jaez*. A metodologia aplicada é a utilização da pesquisa de referencial bibliográfico e legislativo, assim como mediante pesquisa jurisprudencial sobre o tema.

Palavras-chave: Burla ao Princípio do Concurso Público. Criação de cargos. Inconstitucionalidade material. Rol de atribuições inexistentes.

¹ Possui graduação em Direito pela Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas de Gurupi-TO - FAFICH (2008). Atuou na tutela do patrimônio público e direitos metaindividuais, como Assessor Jurídico no Ministério Público do Estado de Goiás (2008-2013). Atuou com Assessor Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Tocantins, com lotação no Núcleo de Ações Coletivas-NAC, no período 2013 a 2016, com ênfase na tutela dos direitos metaindividuais e direito público. Atualmente atua em auxílio à 9ª Promotoria de Justiça da Capital, com ênfase na tutela do patrimônio público e social. É pós-graduado em Direito e Processo Administrativo pela Fundação Universidade Federal do Estado do Tocantins-UFT .

ABSTRACT

The work expresses the proposal to present the possible unconstitutionality in the creation of provision of commissioned positions in the State of Tocantins, through laws and provisional measures without to list the role assignments, outwitting, in theory, art. 37, caput and its items II and V of the Constitution of the Federative Republic of Brazil / 1988, symmetrically reproduced in art. 9, II and V of the State Constitution. The survey did not exhaust all the vicissitudes resulting from the *modus operandi* demonstrated and used in the creation of provision of commissioned positions, but will have the main impact of this practice, embodied in the fraud, in theory, the constitutional principle of mandatory public tender. For this, we start from the concept of public office, through the legislative process appropriate to achieve the model presented by Magna Carta. After, we will mention the examples of case series tocaninense laws, as well as the legal basis of any formal unconstitutionality and material. Finally, we conclude how critical the form used, pointing the appropriate mechanism for creating public positions that ilk. The methodology is the use of bibliographic and legislative framework research, as well as through jurisprudential research on the topic.

Keywords: Burla the Public Tender Principle. Creating jobs. Unconstitutionality material. List of missing assignments.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por escopo demonstrar que a persistência e a perpetuação da prática ora retratada, se revela, em tese, prejudicial à administração pública, pois, além de configurar um mecanismo de eventual burla ao instituto do concurso público, avilta os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e proporcionalidade, com assento no *caput* do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil/1988, reproduzido por simetria no *caput* do art. 9º, da Constituição do Estado do Tocantins.

Esse *modus operandi* levado a efeito se desvirtua das diretrizes traçadas pelo constituinte originário, pois afronta hipoteticamente o espírito da Carta Magna Federal e Estadual, permitindo, em sua grande maioria, a inserção de pessoas sem a qualificação técnica para o desempenho de atividades típicas de cargos efetivos, colaborando para a ineficiência da administração estatal em detrimento à meritocracia e à boa governança.

O artigo é dividido em dois capítulos. O primeiro aborda sobre a natureza jurídica, finalidades e as hipóteses constitucionais de criação dos cargos de provimento em comissão, além de realçar o devido Processo Legislativo para a sua

instituição, inclusive, analisando sob a ótica do suposto uso indiscriminado e abusivo de Leis e Medidas Provisórias com vistas a criar cargos desse gênero.

O segundo capítulo apresenta as casuísticas legislativas no âmbito do Estado do Tocantins que deram origem à criação de inúmeros cargos de provimento em comissão pelo Poder Executivo Estadual, Defensoria Pública e Ministério Público tocantinense, sem a descrição do rol de atribuições, configurando-se, em tese, inconstitucionalidade material, por supostamente burlar o postulado constitucional da obrigatoriedade de concurso público, plasmado no art. 37, II e V, da Constituição da República Federativa do Brasil, reproduzido simetricamente no art. 9º, II e V, da Constituição Estadual.

Sob esse prisma, abordaram-se ainda os aspectos eventualmente prejudiciais à administração pública em decorrência da utilização desta prática, buscando demonstrar a necessidade de seguir rigorosamente os parâmetros constitucionais para criação de cargos desse *jaez*, priorizando a eficiência e meritocracia.

Para arrematar o presente artigo, as considerações finais e referências. A metodologia adotada no que se refere ao tipo de pesquisa é a teórico-descritiva, o método de abordagem é o dedutivo e o de pesquisa utiliza-se a normativa, bibliográfica e jurisprudencial.

2 CRIAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO

2.1 Conceito

Prefacialmente, calha destacar, que criar cargo público implica, antes de tudo, o definir-lhe a competência, vale dizer, as atribuições/funções que podem ser externadas pelo agente que o ocupe ou titularize.

Converge com esta definição aventada, por exemplo, o art. 3º, da Lei Federal nº 8.112/90, que define cargo público como sendo:

Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.

Em sentido idêntico, o art. 3º, da Lei Estadual nº 1818/2007, que versa sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Tocantins, conceitua cargo público como sendo:

Art. 3º Cargo Público é a unidade estrutural instituída na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e subsídio correspondente, para ser provido e exercido por servidor, na forma estabelecida em lei.

§ 1º Os cargos públicos são providos em caráter efetivo e/ou em comissão.

§ 2º São cargos públicos:

I - de provimento efetivo, aqueles de recrutamento amplo, cujos titulares sejam selecionados, exclusivamente, mediante concurso público, de provas ou de provas e títulos, identificadores de funções de caráter técnico ou de apoio;

II - de provimento em comissão, aqueles de livre nomeação e exoneração por ato dos Chefes dos Poderes do Estado, que configurem funções de direção, comando, gerência, chefia e assessoramento.

Segundo o magistério de Filho (2014), cargo público é:

O lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em Lei ou diploma a ela equivalente (CARVALHO FILHO, 2014, p. 615).

Nesta perspectiva doutrinária, vislumbra-se que cargo público seja de natureza efetiva ou de provimento em comissão demanda a delimitação de suas atribuições, como mecanismo de impedir a sua utilização inadequada e excessiva com vistas a burlar o princípio do concurso público, afetando a eficiência.

Noutro giro verbal, o cargo de provimento em comissão, também é definido por Carvalho Filho (2014), como sendo:

De ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existem entre eles e a autoridade nomeante. Por isso é que na prática alguns denominam de cargos de confiança. A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração. (art. 37, II, CF) (CARVALHO FILHO, 2014, p. 617).

Nessa trilha de pensamento, percebe-se logo que a criação de cargos públicos, com especial ênfase para aqueles denominados de provimento em comissão, sem a descrição do rol de atribuições, revela-se, em tese, manifestamente inconstitucional, deturpando a vontade do constituinte e burlando o princípio constitucional da obrigatoriedade de concursos públicos, plasmado no art. 37, II e V, da CRFB-88, reproduzido simetricamente no art. 9º, II e V, da Constituição Estadual.

Tanto é verdade, que a doutrina não coaduna com o desvirtuamento dos cargos de provimento em comissão para substituir outros de cunho permanente, pois, conforme os ensinamentos de Carvalho Filho (2014):

É importante acentuar que cargos em comissão somente podem destinar-se a funções de chefia, direção e assessoramento, todas elas de caráter específico dentro das funções administrativas. **Resulta daí, por conseguinte, que a Lei não pode criar tais cargos para substituir outros de cunho permanente e que devem ser criados como cargos efetivos**, exemplificando-se com os de perito, auditor, médico, motorista e similares. Lei com tal natureza é inconstitucional por vulnerar a destinação dos cargos em comissão, concebida pelo Constituinte. (art. 37, II, CF). (CARVALHO FILHO, 2014, pp. 617-618, grifo nosso).

A despeito disso, insta salientar, que o art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil simetricamente reproduzido no *caput* do art. 9º da Constituição Estadual preveem, de modo expresse, os princípios constitucionais que norteiam a administração pública, dentre eles, os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Não são os únicos, pois há vários outros, previstos em pontos distintos do texto constitucional de 1988 e decorrentes do Estado Democrático de Direito, como o princípio da proporcionalidade, que por sinal, já foi utilizado pelo STF para inibir a criação indiscriminada de cargos de provimento em comissão pelo Estado do Tocantins, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4125-TO.

Como são próprios dos postulados jurídicos, eles espraiam-se para outros preceitos constitucionais e orientam a produção e a aplicação de incontáveis regras jurídicas. A regra da acessibilidade a cargos públicos mediante concurso é uma das que se nutrem dos princípios constitucionais administrativos, especialmente os da impessoalidade e da moralidade, para que todos possam disputar-lhes o acesso sem favoritismo nem perseguições, resguardando a isonomia.

Por sinal, esse pensamento foi bastante enfatizado pela Ministra do STF, Cármen Lúcia, quando do julgamento da ADI nº 4125-TO, vaticinando que “a obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos” (STF, ADI nº 4125-TO, Rel. Cármen Lúcia, 2010).

Como é sabido, tal regra admite apenas duas exceções, contempladas na própria Constituição Federal: provimento de cargo em comissão e contratação destinada a atender necessidade temporária e de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, II, V e IX, todos da CRFB-88, simetricamente inseridos no art. 9º, II, V e IX, da Constituição do Estado do Tocantins.

A exigência constitucional do concurso público não pode ser burlada pela criação arbitrária de cargos de provimento em comissão para exercício de funções de assessoramento, chefia e direção que não pressuponham o vínculo de confiança justificador do regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza.

Daí ser imprescindível a demonstração concreta, mediante descrição das atribuições do cargo em comissão na lei criadora, que evidencie a possibilidade de dispensa da cláusula constitucional do concurso público (CRFB, art. 37, II e V).

A descrição legal das atribuições dos cargos de provimento em comissão tem por escopo evidenciar-lhes a imprescindibilidade e justificar a exceção ao concurso público. Não basta, para tanto, que da mera nomenclatura do cargo se conclua tratar-se de função de direção, chefia e assessoramento.

É o que se colhe dos seguintes precedentes que se emanam do Supremo Tribunal Federal-STF: ADI nº 3232 e ADI nº 5088, que apreciaram a inconstitucionalidade de normas gestadas no Estado do Tocantins que também padeciam dos vícios que ora se combate.

Insta salientar, que a Suprema Corte, quando do julgamento da ADI 4.125/TO, manejada com o propósito de declarar a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 1.950, de 7 de agosto de 2008, oriunda do Estado do Tocantins, ressaltou que a criação de cargos por lei em sentido formal deve acompanhar-se da descrição das atribuições deles.

Com efeito, a regra é o exercício de cargos e funções pelo servidor aprovado em concurso público. Sobre o tema, leciona Meirelles (1994):

O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando empregos públicos (MEIRELLES, 1994, p. 375).

Nesta perspectiva, torna-se imprescindível a delimitação das atribuições inerentes aos cargos de provimento em comissão a serem instituídos por Lei Ordinária em sentido formal para se aferir a existência do liame de confiança.

Pois, assim frear-se-á o ímpeto dos Chefes do Poder Executivo em todas as esferas administrativas tendentes a burlarem o princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público, tendo em vista que práticas desse *jaez*, além de desvirtuarem o espírito do constituinte, violam, em tese, os princípios da impessoalidade moralidade e eficiência, ao passo que permitem o provimento de cargos públicos em sua grande maioria por cabos eleitorais travestidos de servidores públicos sem qualquer deferência à meritocracia, além de inviabilizar o controle social, dando azo a toda sorte de abusos, causando danos ao erário.

2.2 Do Processo Legislativo ordinário deflagrado com vistas à criação de cargos de provimento em comissão.

O Processo Legislativo destinado à criação de cargos de provimento em comissão é o ordinário, estabelecido pelo rito do art. 59, inciso III, da CRFB, sendo a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 61, § 1º, II, alínea “a”, da Carta Magna, reproduzidos simetricamente no art. 25, III, c\c art. 27, § 1º, II, alínea “a”, da Constituição do Estado do Tocantins, revelando, ainda, que a sua instituição, sob qualquer nuance, deve ocorrer somente por intermédio de Lei Ordinária. Sob esse tema, percucientes são as lições de Mendes (2015):

O art. 61, § 1º, I e II, da Constituição, lista assuntos da iniciativa privativa do Presidente da República. **Ao chefe do Executivo reserva-se a iniciativa de Leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica ou a aumento de sua remuneração.** [...] Quis o constituinte que temas relacionados ao regime jurídico de servidores públicos, civis e militares estivessem subordinados à iniciativa de Lei reservada ao Presidente da República. Da mesma forma, **deve ter origem no executivo Lei** que dispõe sobre a existência e atribuições de órgãos da Administração, **bem como sobre atribuições de seus cargos e requisitos para o seu preenchimento** (MENDES, 2015, p. 906, grifo nosso).

Insta salientar, que na Ação Direta de Inconstitucionalidade-ADI nº 2.800-RS, julgada em 17 de março de 2011, cuja relatoria ficou a cargo da Ministra Cármen

Lúcia, o Supremo Tribunal Federal-STF esclareceu que não cabe à Lei de iniciativa parlamentar fixar atribuições de órgão vinculado à Administração Direta.

Em sentido idêntico, o STF, ao julgar em 10-2-2011, a ADI nº 2.856, Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, deu se por usurpada a competência privativa do Chefe do Executivo para a Lei que dispõe sobre requisito de graduação em curso superior para inscrição em concurso público para cargo de agente da polícia civil.

Este mesmo raciocínio, aplica-se a criação de cargos públicos em todas as suas nuances, sendo vedado ao Poder Legislativo deflagrar processo legislativo com essa finalidade, pois ao agir assim, maculará a referida medida legiferante e tornar-lhe-á inconstitucional, conforme demonstraremos adiante.

Nesse aspecto, vale consignar, que quando se cuida da criação e extinção de cargos no âmbito do Poder Judiciário, a iniciativa legislativa é privativa dos tribunais, conforme inteligência do art. 96, II, alínea “b”, da Constituição da República Federativa-1988.

O mesmo tratamento constitucional foi conferido ao Ministério Público, uma vez que o art. 127, § 2º, da CRFB, também defere ao *Parquet* a prerrogativa de propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, bem assim a política remuneratória e os planos de cargos e carreiras.

Da mesma prerrogativa deflagradora do Processo Legislativo consubstanciada na iniciativa de Lei com vistas à criação e extinção de cargos passou a gozar a Defensoria Pública com o advento da Emenda Constitucional nº 80, de 2014, que inseriu o parágrafo 4º no art. 134 da CRFB.

Outro ponto que se revela pertinente destacar, refere-se à exigência da Constituição da República Federativa do Brasil-CRFB exigir que a criação de cargos públicos somente possa ser efetivada mediante a edição de Lei Ordinária, cabendo ao Chefe do Executivo, exercitar privativamente desta prerrogativa. Aliás esse é o entendimento do qual o STF comunga:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CARGO PÚBLICO. DECLARAÇÃO DE DESNECESSIDADE. LEI EM SENTIDO ESTRITO. INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO. 1. **Os cargos públicos apenas podem ser criados e extintos por lei de iniciativa do Presidente da República.** A declaração de desnecessidade sem amparo legal não é hábil a extingui-los. (...) Agravo regimental não provido. (RE 240735 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU,

Segunda Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 05-05-2006 PP-00034 EMENT VOL-02231-03 PP-00451 RTJ VOL-00200-02 PP-00976, g.n.).

Assim, percebe-se que cargos públicos não podem ser instituídos por qualquer outro ato normativo, que não seja a edição de Lei Ordinária, conforme se infere do art. 37, II e V, da CRFB-88 c/c art. 9º, II e V da CE, não deixando margem de dúvida alguma para interpretações casuísticas, como *in casu*. A propósito:

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; 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. Grifo nosso.

Com efeito, em matéria de acesso ao serviço público, a regra constitucional é a de que o ingresso nas carreiras públicas somente pode se dar após aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Logrando êxito no certame, o candidato será nomeado e atendendo as exigências estabelecidas pelo ente público responsável pelo concurso, ocorrerá a sua investidura em cargo de provimento efetivo criado por Lei em sentido formal.

Ocorre que a própria Constituição traz as hipóteses em que o concurso público é prescindível: para as nomeações para cargos de provimento em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração e para contratação temporária para o atendimento de necessidade efêmera de excepcional interesse público.

In casu, o problema trazido à baila interessa para o deslinde do problema inserto neste tópico, a interpretação da primeira exceção, a nomeação para cargos de provimento em comissão.

Justamente por serem exceções ao princípio do concurso público, essas nomeações devem atender a uma baliza teleológica imposta pelo texto constitucional, a saber, destinarem-se somente às atribuições de direção, chefia e assessoramento, desde que as atribuições não sejam de cargos efetivos.

Ora, tal *mister* somente se atinge se a lei contemplar as atribuições cometidas ao cargo criado. Do contrário, como saber se a atribuição é ou não própria de diretor, chefe ou assessor? Como aferir se as funções a serem desempenhadas pelo “comissionado” não seriam afetas a servidor cujo ingresso há que se dar por meio de concurso público, em decorrência da natureza efetiva do cargo?

Para tanto, exige-se que a Lei – e somente a Lei, que cria o cargo de provimento em comissão delimitando o seu rol de atribuições, explicita qual a hipótese apta a ensejar a sua criação, com força de dispensar a realização do regular concurso público, como forma de preservar o interesse público.

2.3 Da eventual inconstitucionalidade formal na criação de cargos de provimento em comissão por intermédio de Medidas Provisórias

Como é cediço, a CRFB, em seu art. 62, *caput*, preconiza que em casos de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

Nessa linha de intelecção, impende salientar, que o Supremo Tribunal Federal-STF, quando do julgamento da ADI nº 425-TO, em 04-09-2002, cuja relatoria ficou a cargo do então Ministro Maurício Corrêa, estabeleceu que podem os Estados-membros editar Medidas Provisórias em face do princípio da simetria, obedecidas as regras básicas do processo legislativo no âmbito da União Federal.

Para a Corte Constitucional, pensar de forma contrária constituiria forma de restrição não prevista no vigente sistema constitucional pátrio (CRFB, § 1º do art. 25) sendo defeso qualquer limitação imposta às unidades federadas para a edição de medidas provisórias, realçando, ainda, que se torna cristalina a legitimidade e facultatividade para os Estados-membros assim procederem, a exemplo da União Federal, que originariamente já goza dessa prerrogativa.

Não foi por acaso, que a Constituição do Estado do Tocantins, obedecendo ao princípio da simetria constitucional, estabeleceu em seu art. 25, V, na forma do art. 27, §§ 3º e 4º, a possibilidade do Chefe do Poder Executivo Estadual editar Medidas Provisórias, em casos de relevância e urgência.

Todavia, esse permissivo constitucional não confere prerrogativa absoluta ao Chefe do Poder Executivo Estadual para editar Medidas Provisórias ao arrepio das

diretrizes gerais delimitadas na Constituição da República Federativa do Brasil, sendo as regras reprodutoras de normas constitucionais estaduais reprodutoras de normas constitucionais federais de absorção compulsória.

Partindo-se dessa premissa, percebe-se inequivocamente que a Carta Magna, não autorizou em dispositivo algum a edição de Medidas Provisórias com vistas a criar cargos públicos em todas as suas espécies, incluindo os de provimento em comissão, como adiante demonstraremos.

Ocorre, que muito embora o art. 37, incisos II e V, da Constituição da República Federativa do Brasil estabeleçam que a criação de cargos públicos em todas as suas facetas somente possa ocorrer mediante a edição de Lei Ordinária, que traga consigo a delimitação do rol de atribuições, esta condição vem sendo inobservada por diversos entes públicos nas 03 (três) esferas governamentais.

Dentre eles, o Estado do Tocantins, que contrariando estas disposições constitucionais, em tese, inovou na ordem jurídica, por usurpar a iniciativa do Poder Legislativo, criando inúmeros cargos de provimento em comissão mediante a edição de Medidas Provisórias, que além de não trazerem consigo as atribuições que lhes fora acometida, ainda encontram-se desprovidas, em tese, dos requisitos de relevância e urgência plasmados no *caput* do art. 62 da CRFB.

A guisa de exemplo, reportamos-nos à Medida Provisória Estadual nº 1, de 25 de fevereiro de 2013, publicada na edição nº 3.870, do Diário Oficial Estadual, veiculado no dia 08 de maio de 2013, que reorganiza a estrutura organizacional do Poder Executivo.

Na mesma esteira a Medida Provisória nº 12, de 2 de agosto de 2013, publicada na edição nº 3.931 do Diário Oficial Estadual, veiculada no dia 05 de agosto de 2013, instituída com o escopo de reorganizar os cargos de provimento em comissão e as funções de confiança que especifica da estrutura organizacional do Poder Executivo do Estado do Tocantins.

De igual maneira, a Medida Provisória nº 04, publicada na edição nº 4.043 do Diário Oficial Estadual, veiculada no dia 09 de janeiro de 2014, com o pretexto de reorganizar os cargos de provimento em comissão na estrutura organizacional do Poder Executivo.

Apenas em relação à Medida Provisória nº 12, de 2 de agosto de 2013, foram criados a vultosa quantidade de 2.809 cargos de assessoramento direto,

cognominado de CAD. Posteriormente, de forma vertiginosa, foram acrescentados por intermédio da Medida Provisória nº 04, publicada na edição nº 4.043 do Diário Oficial Estadual, veiculado no dia 09 de janeiro de 2014, 640 cargos, perfazendo o total de 3.449 cargos de provimento em comissão sem a descrição do rol de atribuições.

Noutro giro verbal, as mencionadas Medidas Provisórias, além de padecerem, em tese, de vícios formais, a despeito do art. 37, inciso II e V, da CRFB-88 prescrever que a criação de cargos públicos em todas as suas matizes se dê apenas por Lei Ordinária, delimitando as atribuições dos cargos a serem gestados, ainda encontra-se inquinada de vício de inconstitucionalidade material sob outro prisma, pois criaram inúmeros cargos de provimento em comissão denominados de CAD “Cargo de Assessoramento Direto”, sem discriminarem o conjunto de atribuições.

Ao proceder desta maneira, o Estado do Tocantins, em tese, inviabilizou o controle social e da constitucionalidade e legalidade dos atos, pois, esta circunstância, permite que os ocupantes destes cargos de provimento em comissão desempenhem atividades típicas de cargos efetivos, violando o princípio constitucional da obrigatoriedade de concurso público, previsto no art. 37, II e V, da CRFB-88, reproduzidos de forma paralela no art. 9º, II e V da Constituição Estadual.

Ao analisar essa matéria, Silva (2008) esclarece:

“O princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos visa essencialmente a realizar o princípio do mérito, que se apura mediante investidura por 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 (art. 37, II).(...) As funções de confiança, previstas no art. 37, V, como os cargos em comissão (também de confiança), destinados apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, não comportam concurso público, estatuiendo-se apenas que aquelas sejam exercidas por servidores ocupantes de cargos efetivos, e estes preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei. (...) **Independem de concurso as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II).** Justifica-se a exceção, porquanto tais cargos devem ser providos por pessoas de confiança da autoridade a que são imediatamente subordinadas. (SILVA, 2008, pp. 338-339, grifo nosso).

Nessa linha de entendimento já se manifestou o eminente doutrinador Mello (2007):

[...] os cargos públicos são criados por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por

resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas (...). 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, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando (MELLO, 2007, pp. 292-293, grifo nosso).

Como bem advertido pela Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, na condição de relatora, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3942, a discussão sobre a necessidade de Lei para a criação de cargos públicos não é nova no STF, destacando-se nesse sentido os seguintes precedentes da Excelsa Corte:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **PODER EXECUTIVO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA.** ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECRETOS 26.118/05 E 25.975/05. REESTRUTURAÇÃO DE AUTARQUIA E **CRIAÇÃO DE CARGOS.** REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. INOCORRENTE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO. **I - A Constituição da República não oferece guarida à possibilidade de o Governador do Distrito Federal criar cargos e reestruturar órgãos públicos por meio de simples decreto.** II - Mantida a decisão do Tribunal a quo, que, fundado em dispositivos da Lei Orgânica do DF, entendeu violado, na espécie, o princípio da reserva legal. III – Recurso Extraordinário desprovido (RE 577.025/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 6.3.2009). Grifo nosso.

EMENTA: 1. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**”. Condição. Objeto. **Decreto que cria cargos públicos remunerados e estabelece as respectivas denominações, competências e remunerações.** Execução de lei inconstitucional. Caráter residual de decreto autônomo. Possibilidade jurídica do pedido. Precedentes. **É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução à lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações.** 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 5º da Lei nº 1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. **Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele.** Ofensa aos arts. 61, § 1º, inc. II, "a", e 84, inc. VI, "a", da CF. Precedentes. Ações julgadas procedentes. **São inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe deem execução**” (ADI 3.232/TO, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 3.10.2008, Grifo nosso).

Dessa forma, não pairam dúvidas quanto à obrigatoriedade de Lei em sentido formal para a criação de cargos públicos em todas as suas espécies, tendo como exceção apenas os cargos concernentes aos serviços auxiliares do Poder

Legislativo, que são instituídos por Resolução, diante da regra permissiva com topografia no art. 51, IV, c/c art. 52, XIII, ambos da CRFB.

Logo, a única hipótese em que cargos públicos não serão instituídos mediante Lei formal, é no âmbito do Poder Legislativo, tendo em vista que o instrumento utilizado para dar consecução a este objetivo é a Resolução, que também deverá elencar o rol de atribuições, conforme emana da orientação esposada pelo STF, quando do julgamento do RE nº 365368, AgR/SC, **proferido no dia 22/05/2007, tendo como Relator, o Ministro Ricardo Lewandowski. Em idêntico sentido, ADI 3.599, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 21-5-2007, Plenário, DJ de 14 – 9 -2007.**).

3 – DO EVENTUAL VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL CONCERNENTE À CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO POR LEI E MEDIDAS PROVISÓRIAS SEM A DESCRIÇÃO DO ROL DE ATRIBUIÇÕES.

Veja-se que a inconstitucionalidade de uma norma ou ato normativo, de acordo com os ensinamentos solidificados na perfeita doutrina pátria, pode ocorrer tanto pela violação substancial de preceitos da Lei Fundamental – inconstitucionalidade material ou *nomoestática*, quanta pela não observância de aspectos técnicos no devido processo legislativo do qual derivou sua formação – inconstitucionalidade formal, orgânica ou nomodinâmica.

Respaldando esta tese, revelam-se valiosos os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal – STF:

Costuma-se proceder à distinção entre inconstitucionalidade material e formal, tendo em vista a origem do defeito que macula o ato questionado. Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, independentemente de seu conteúdo, referindo-se, fundamentalmente, aos pressupostos e procedimentos relativos à sua formação. **Os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo do ato, originando-se de um conflito com princípios estabelecidos na Constituição.** (MENDES, 2015, p. 906, Grifo nosso).

Nessa toada de pensamento, segundo o magistério de Bulos (2012), “as normas derivadas, ao serem criadas podem padecer da inconstitucionalidade

material, que infringe o conteúdo da manifestação constituinte originária pelo desvio ou excesso do poder de legislar”.

Nesse caso, as consequências são danosas, porque a inconstitucionalidade repercute em toda a ordem jurídica, corrompendo a substância das normas supremas do Estado.

Com efeito, um ato jurídico inconstitucional é aquele cujo conteúdo ou forma se contrapõe, de maneira expressa ou implícita, ao conteúdo do preceito constitucional, como o que ora trazemos a lume.

3.1 – Casuísticas - Exemplos de legislações tocaninense que instituíram cargos de provimento em comissão sem a descrição do rol de atribuições – Suposta inconstitucionalidade material

Buscando ilustrar os mais recentes exemplos de edição de Leis gestadas pela Egrégia Casa Legislativa do Estado do Tocantins, que criaram cargos de provimentos em comissão sem a descrição do rol de atribuições, aviltando, em tese, o art. 37, II e V, da CRFB reproduzidos de forma paralela no art. 9º, II e V, da Constituição Estadual, mencionaremos 03 (três) casos específicos, sendo os diplomas legislativos originários afetos ao Poder Executivo Estadual, Ministério Público e Defensoria Pública do Estado do Tocantins.

Assim, em 13 de julho de 2015, foi sancionada, pelo Chefe do Poder Executivo do Estado do Tocantins, a Lei Estadual nº 2.986, publicada no Diário Oficial nº 4.414, veiculado no dia 14 de julho de 2015, que, a par de organizar a estrutura da Administração Direta e Indireta do Executivo Estadual, criou 1.755 cargos de provimento em comissão sem especificar-lhes as atribuições, conforme se infere do art. 10, e seu § 1º e anexo IV, violando, supostamente, os parâmetros estabelecidos pelo art. 37, II e V, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Em 04 de dezembro de 2014, foi sancionada, pelo Chefe do Poder Executivo, a Lei Complementar Estadual nº 95, publicada no Diário Oficial nº 4.271, veiculado no dia 04 de dezembro de 2014, que, a par de reestruturar os cargos de provimento em comissão e funções de confiança dos serviços auxiliares de apoio técnico e

administrativo, no quadro da Defensoria Pública do Estado do Tocantins, criou 198 cargos de provimento em comissão sem especificar-lhes as atribuições, conforme se infere do seu art. 12 e sua tabela IV.

Em sentido idêntico, no dia 23 de dezembro de 2015, foi sancionada, pelo Chefe do Poder Executivo, a Lei Estadual nº 3.053, publicada no Diário Oficial nº 4.527, veiculado no dia 23 de dezembro de 2015, que, a par de dispor sobre a estrutura organizacional dos Órgãos e Serviços Auxiliares de Apoio Administrativo e o Plano de Cargos, Carreira e Remuneração dos Servidores dos Quadros Auxiliares do Ministério Público do Estado do Tocantins, criou 178 cargos de provimento em comissão sem especificar-lhes as atribuições, conforme se infere do seu anexo I.

Partindo dessa premissa jurídica, percebe-se que os dispositivos legais epigrafados, padecem, em tese, de vícios de inconstitucionalidade material, pois violam frontalmente o art. 37, II e V, da Constituição Federal/1988, reproduzido simetricamente no art. 9º, II e V, da Constituição Estadual, conforme adiante se reforçará com os argumentos aduzidos.

3.2 – Dos fundamentos jurídicos da eventual inconstitucionalidade material

Decorre, por interpretação lógica, do texto constitucional federal, notadamente do que estampado no art. 37, II e V, reproduzido simetricamente no art. 9º, II e V, da Constituição Estadual, a necessidade de que, em cada caso, notadamente para evitar-se burla a regra do concurso público, as leis de criação de cargos de provimento em comissão, antes de se mostrarem restritas à disciplina da designação nominal, do quantitativo e do subsídio, discriminem, sem exceção, as atribuições administrativas que lhes são cometidas.

Os preceitos constitucionais recordados exigem, com efeito, que, para qualquer espécie de cargo, incluídos os de provimento em comissão, deve ser prescrita, em sede de Lei em sentido formal, remuneração que se mostre ajustada ao seu grau de responsabilidade e às peculiaridades de sua conformação, patenteando, desse modo, que não se pode descurar, na Lei, da fixação detalhada das suas atribuições. Nesse sentido, confira-se *in litteris* a CRFB/1988:

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: Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998 [...] 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; Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998 [...] 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**; Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Sem ênfases no original.

Nesta perspectiva, vislumbra-se que a única maneira de se proteger a norma do art. 37, II e V, da CRFB reproduzida simetricamente no art. 9º, II e V, da Constituição Estadual, evitando-se a criação indiscriminada de cargos de provimento em comissão, é a possibilidade de, examinando-se o conteúdo das leis que os criem, formular juízo jurídico sobre a adequação, ou não, das funções discriminadas com as que se possam, racionalmente, ter como próprias de direção, chefia e assessoramento, diante do nexos de fidúcia que demandam.

Tal como exposto, com acerto indisputável, foi à colocação de Motta (2013), em comentários ao texto do art. 37, V, da Constituição da República, *litteris*:

Em complemento, **cabe anotar que os cargos de provimento em comissão, por serem situações de absoluta exceção ao concurso público, devem ser criados com parcimônia e cautela. A criação indiscriminada de cargos em comissão e sua previsão para o exercício de atividades que não sejam de direção, chefia e assessoramento atinge o pilar-maior sobre o qual se assenta o regime republicano, o princípio da igualdade, permitindo a instituição de uma casta de privilegiados cujo único mérito é a proximidade com os detentores do poder.** O Supremo Tribunal Federal, como foi verificado na jurisprudência antes citada, não tem permanecido indiferente às situações de afronta à Constituição (MOTTA, 2013, p. 838, grifo nosso)

Não destoam, no ponto, o magistério, dentre outros, de Justen Filho (2014), remarcando a necessidade de que as atribuições sejam condizentes com as hipóteses alusivas a direção, chefia ou assessoramento, constitucionalmente exigidas. A propósito, confira-se:

Em primeiro lugar, a Constituição não atribui à lei infraconstitucional autonomia para instituir cargos em comissão como bem o entender. Como regra, os cargos em comissão são destinados 'apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento'. **Logo, é inconstitucional criar cargo em comissão para outro tipo de competência que não essas acima referidas,** tal como infringe à Constituição **dar ao ocupante do cargo em comissão atribuições diversas.** (JUSTEN FILHO, 2014, pp. 940-941, grifo nosso).

Não é difícil, assim, intuir, da leitura dos escólios doutrinários e jurisprudenciais acima colacionados que não somente a criação, sem discriminação das atribuições, torna letra morta à regra do concurso público, como, também, que, de igual modo, uma vez ausente à designação legal de atribuições, nem mesmo haverá como proteger-se o servidor e à Administração contra o mal do “desvio de função”, em detrimento dos postulados da administração pública.

Outrossim, padecem de inconstitucionalidade material o art. 12 e sua tabela IV da Lei Complementar Estadual nº 95, de 4 de dezembro de 2014; art. 10, e seu § 1º e anexo IV, ambos da Lei Estadual nº 2.986, 13 de julho de 2015 e o anexo I da Lei Estadual nº 3.053, de 23 de dezembro de 2015, por uma razão mais funda.

Isso porque, na límpida conceituação de Mello (2012), cargos públicos “são”, “as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente”, de tal sorte que criar cargo público não se confunde com mencioná-lo em lei, definindo-lhe o número e a remuneração.

Criar cargo público implica, antes de tudo, o definir-lhe a competência, vale dizer, as atribuições/funções que podem ser externadas pelo agente que o ocupe ou titularize. Converte com a definição doutrinária recordada, por exemplo, o art. 3º da Lei Federal n. 8.112/1990, ao traçar-lhe o perfil como “conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”, consoante lecionado pela doutrina. (NOHARA, 2014, p. 642).

Por isso mesmo, não destoa Di Pietro (2014), quando observa – logo depois de emprestar adesão ao sobredito conceito de Bandeira de Mello (Di Pietro *apud* Bandeira de Mello, 2014, pg. 604)–, que a lei que cria o cargo público, sobre denominá-lo e fixar-lhe o padrão de vencimento ou remuneração, define-lhe, por necessário, as atribuições, *litteris*:

Com efeito, as várias competências previstas na Constituição para a União, Estados e Municípios são distribuídas entre seus respectivos órgãos, cada qual dispondo de determinado número de **cargos criados por lei**, que lhes

confere denominação própria, **define suas atribuições** e fixa o padrão de vencimentos ou remuneração.” (DI PIETRO, 2014, p. 604, grifo nosso).

Não destoam, no plano dos conceitos, Medauar (2014), firme em situar, no conteúdo essencial da noção mesma de cargo público, a de “conjunto de atribuições e responsabilidades, não se afastando, como visto, do que já consignado legal e doutrinariamente”.

Logo, não se há de taxar, em tese, senão de inconstitucional, por vício material, Lei e Medida Provisória, esta última também padecendo de inconstitucionalidade formal, cujo conteúdo, malgrado pretexto a criação de cargos públicos, tudo faz menos que declinar-lhes as respectivas funções/atribuições, ou, dito de outro modo, a competência que, existindo, lhes permitiria a singularização.

Desse entendimento perfilha o Supremo Tribunal Federal-STF:

EMENTA - STF: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. **CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO SEM INDICAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES CORRESPONDENTES. PRECEDENTES.** AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. RE 752769 AgR, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 08/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 23-10-2013 PUBLIC 24-10-2013);

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO “CARGOS EM COMISSÃO” CONSTANTE DO *CAPUT* DO ART. 5º, DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º E DO *CAPUT* DO ART. 6º; DAS TABELAS II E III DO ANEXO II E DAS TABELAS I, II E III DO ANEXO III À LEI N. 1.950/08; E DAS EXPRESSÕES “ATRIBUIÇÕES”, “DENOMINAÇÕES” E “ESPECIFICAÇÕES” DE CARGOS CONTIDAS NO ART. 8º DA LEI N. 1.950/2008. **CRIAÇÃO DE MILHARES DE CARGOS EM COMISSÃO. DESCUMPRIMENTO DOS ARTS. 37, INC. II E V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.** AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A legislação brasileira não admite desistência de ação direta de inconstitucionalidade (art. 5º da Lei n. 9.868/99). Princípio da Indisponibilidade. Precedentes. 2. A ausência de aditamento da inicial noticiando as alterações promovidas pelas Leis tocantinsenses ns. 2.142/2009 e 2.145/2009 não importa em prejuízo da Ação, pela ausência de comprometimento da essência das normas impugnadas. 3. O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 evidencia a inobservância do princípio da proporcionalidade. 4. **A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos. A não submissão ao concurso público fez-se regra no Estado do Tocantins:** afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição da República. Precedentes. 5. A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão, não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais. 6. A

criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República. Precedentes. 7. **A delegação de poderes ao Governador para, mediante decreto, dispor sobre “as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado”, é inconstitucional porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei.** 8. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º, caput, e parágrafo único; art. 6º; das Tabelas II e III do Anexo II e das Tabelas I, II e III do Anexo III; e das expressões “atribuições”, “denominações” e “especificações” de cargos contidas no art. 8º da Lei n. 1.950/2008. 9. Definição do prazo máximo de 12 (doze) meses, contados da data de julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, para que o Estado faça a substituição de todos os servidores nomeados ou designados para ocupação dos cargos criados na forma da Lei tocaninense n. 1.950. (ADI 4125, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00068). Sem ênfases no original.

Nesse diapasão, percebe-se que a tese que ora sustentamos goza de enorme plausibilidade jurídica, encontrando, inclusive, guarida no entendimento jurisprudencial majoritário no âmbito do STF e de igual lance sob o espectro doutrinário, refutando a criação de cargos de provimento em comissão sem a descrição do rol de atribuições, por configurar-se inconstitucionalidade material, burlando o princípio constitucional de acessibilidade a cargos públicos, com topografia no art. 37, II e V, da Constituição da República Federativa do Brasil, simetricamente reproduzido no art. 9º, II e V, da Constituição Estadual.

4 CONCLUSÃO

Nesta linha de pensamento, vale ressaltar, que a leitura mais coerente a ser feita pelo art. 37, II e V, ambos da CRFB, simetricamente reproduzido no art. 9º, II e V, da Constituição Estadual, é que sob hipótese alguma é permitida a criação de cargos de provimento em comissão, mediante a edição de Medida Provisória e muito menos por Lei em sentido formal, que não descrevam o rol de atribuições.

A situação configurada no caso presente amolda-se, manifestamente, à tese que ora arguimos, o que evidencia, portanto, a irremissível inconstitucionalidade das normas do art. 12 e sua tabela IV da Lei Complementar Estadual nº 95, de 4 de

dezembro de 2014; art. 10, e seu § 1º e anexo IV, da Lei Estadual nº 2.986, 13 de julho de 2015 e o anexo I da Lei Estadual nº 3.053, de 23 de dezembro de 2015.

Como se percebe e por todo o exposto, vislumbra-se que as legislações utilizadas como exemplos de casuísticas no presente trabalho padecem, em tese, num passo demasiadamente largo, de inconstitucionalidade formal e material, por burlarem explicitamente o princípio do concurso público.

Isso porque os atos normativos censurados não resistem a um juízo de constitucionalidade sério, não se revestindo de um *bill* de indenidade, como se isentasse do dever de observância das exigências constitucionais, já invocadas, que incidem, sem distinção, na matéria de criação de cargos públicos.

Não se pode perder de vista, que a partir do momento em que a lei silencia sobre as atribuições dos cargos em comissão, ela acaba por inviabilizar a análise da burla, ou não, ao princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público previsto no art. 37, inc. II e V, da Constituição da República, c/c art. 9º, II e V, da Constituição do Estado do Tocantins, em decorrência do princípio do paralelismo, dando azo a manobras legislativas das mais diversas formas.

Ora, tal *mister* somente se atinge se a lei contemplar as atribuições cometidas ao cargo criado. Do contrário, como saber se a atribuição é ou não própria de diretor, chefe ou assessor? Como aferir se as funções a serem desempenhadas pelo “ocupante do cargo de provimento em comissão” não seriam afetas a servidor cujo ingresso há que se dar por meio de concurso público?

O parâmetro constitucional deixa claro que o Processo Legislativo destinado à criação de cargos de provimento em comissão é o ordinário, estabelecido pelo rito do art. 59, inciso III, da CRFB-88, sendo a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 61, § 1º, II, alínea “a”, da Carta Magna, revelando, ainda, que a sua instituição, sob qualquer nuance, deve ocorrer somente por intermédio de Lei Ordinária em sentido formal.

Para tanto, exige-se que a Lei – e somente a lei, que cria o cargo de provimento em comissão delimitando o seu rol de atribuições, explicita qual a hipótese apta a ensejar a sua criação, com força de dispensar a realização do regular concurso público, como forma de preservar o interesse público.

Assim, para que a lei criadora de cargos de provimento em comissão se ajuste à exceção disposta no art. 37, V, da Constituição da República Federativa do

Brasil, simetricamente replicado no art. 9º, V, da Constituição Estadual, necessariamente terá de prever as atribuições dos cargos, as quais terão de corresponder à função de direção, chefia e assessoramento, pois, entendimento contrário resultaria em afronta sistemática ao art. 37, II, da CRFB c/c art. 9º, II, da CE, pela deliberada omissão na lei criadora quanto às atribuições viabilizadoras da criação dos cargos, em detrimento dos postulados constitucionais do concurso público, da moralidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em 20 fev 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em 20 fev 2016.

_____. **Constituição do Estado do Tocantins, de 05 de outubro de 1989**. Disponível em <http://www.al.to.leg.br/arquivos/documento_38716.PDF#dados>. Acesso em 20 fev 2016.

_____. **Lei Complementar Estadual nº 95, de 4 de dezembro de 2014**. Disponível em: < <http://www.al.to.gov.br/legislacaoEstadual> >. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. **Lei Ordinária Estadual nº 1.818, de 23 de agosto de 2007**. Disponível em: < <http://www.al.to.gov.br/legislacaoEstadual> >. Acesso em: 01 jun. 2016.

_____. **Lei Ordinária Estadual nº 2.986, de 13 de julho de 2015**. Disponível em: < <http://www.al.to.gov.br/legislacaoEstadual> >. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. **Lei Ordinária Estadual nº 3.053, de 23 de dezembro de 2015**. Disponível em: < <http://www.al.to.gov.br/legislacaoEstadual> >. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. **Medida Provisória Estadual nº 1, de 25 de fevereiro de 2013**, publicada na edição nº 3.870, do Diário Oficial Estadual, veiculado no dia 08 de maio de 2013. Reorganiza a estrutura organizacional do poder Executivo, altera e consolida as estruturas operacionais e os quadros de dirigentes e assessores, e adota outras providências. Disponível em: <<http://diariooficial.to.gov.br/busca/?por=edicao&edicao=3870>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. **Medida Provisória Estadual nº 12, de 2 de agosto de 2013**, publicada na edição nº 3.931 do Diário Oficial Estadual, veiculada no dia 05 de agosto de 2013. Reorganiza os cargos de provimento em comissão e as funções de confiança que especifica da estrutura organizacional do Poder Executivo, e adota outras

providências. Disponível em: <<http://diariooficial.to.gov.br/busca/?por=edicao&edicao=3931>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. **Medida Provisória nº 04, de 8 de janeiro de 2014**, publicada na edição nº 4.043 do Diário Oficial Estadual, veiculada no dia 09 de janeiro de 2014. Reorganiza os cargos de provimento em comissão e as funções de confiança que especifica na estrutura organizacional do Poder Executivo, e adota outras providências. Disponível em: <<http://diariooficial.to.gov.br/busca/?por=edicao&edicao=4043>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade, **Metodologia Científica**. 6^o. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. Malheiros, São Paulo, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOTTA, Fabricio Macedo. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NOHARA, Irene Patrícia, **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 425/ TO – Tocantins**: ação direta de inconstitucionalidade. Acórdão. Rel. (a). Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 04 set. 2002. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicado em: 19 dez. 2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+425.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+425.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bxc2hdk>>. Acesso em 20 fev 2016.

____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2800/ RS – Rio Grande do Sul**: ação direta de inconstitucionalidade. Acórdão. Rel. (a). Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 17 mar. 2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicado em: 17 maio. 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+2800.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+2800.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bzzf2o3>>. Acesso em 20 fev 2016.

____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2856/ ES – Espírito Santo**: ação direta de inconstitucionalidade. Acórdão. Rel. (a). Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 28 fev. 2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicado em: 01 mar. 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+2856.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+2856.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bgzacc>>. Acesso em 20 fev 2016.

____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3602/ GO – Goiás**: ação direta de inconstitucionalidade. Acórdão. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 14 abr. 2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicado em: 07 jun. 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3602.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+3602.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/au99647>>. Acesso em 20 fev 2016.

____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3706/ MS – Mato Grosso do Sul**: ação direta de inconstitucionalidade. Acórdão. Rel. (a). Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 15 ago. 2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicado em: 05 out. 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3706.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+3706.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6grvyf>>. Acesso em 20 fev 2016.

____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3233/ PB – Paraíba**: ação direta de inconstitucionalidade. Acórdão. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 10 maio. 2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicado em: 13 set. 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3233.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+3233.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b4d5rno>>. Acesso em 20 fev 2016.

____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3942/ DF – Distrito Federal**: ação direta de inconstitucionalidade. Acórdão. Rel. (a). Min. Cármen Lúcia. Julgamento em: 05 fev. 2015. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicado em: 03 mar. 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3942.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+3942.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ctp3bsr>>. Acesso em 20 fev 2016.

____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3599/ DF – Distrito Federal**: ação direta de inconstitucionalidade. Acórdão. Rel. (a). Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 21 maio. 2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicado em: 14 set. 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3599.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+3599.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bhpgtsd>>. Acesso em 20 fev 2016.

____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4125/ TO – Tocantins**: ação direta de inconstitucionalidade. Acórdão. Rel. (a). Min. Cármen Lúcia. Julgamento em: 10 jun. 2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicado em: 15 fev. 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+4125.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+4125.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/abwgasw>>. Acesso em 20 fev 2016.

____. Supremo Tribunal Federal. **RE 240735 AgR/ MG – Minas Gerais**: agravo regimental no recurso extraordinário. Acórdão. Rel. (a). Min. Eros Grau. Julgamento em: 28 mar. 2006. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicado em: 05 maio. 2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+240735.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+240735.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6rbf7u>>. Acesso em 20 fev 2016.

____. Supremo Tribunal Federal. **RE 752769 AgR/ SP – São Paulo**: agravo regimental no recurso extraordinário. Acórdão. Rel. (a). Min. Cármen Lúcia. Julgamento em: 08 out. 2013. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicado em: 24 out. 2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+752769.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+752769.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m8segg>>. Acesso em 20 fev 2016.