

Inquérito Civil nº 06.2021.00000453-0

Requerente: Ministério Público Estadual

Requeridos: Fábio Augusto Martinez Caffarena, Rafael Fração e Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Ponta Porã/MS

RECOMENDAÇÃO 0004/2022/01PJ/PPR

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, pela Promotora de Justiça Substituta que abaixo subscreve, no uso das atribuições conferidas pelos artigos 129, incisos III e IX, da Constituição da República de 1988; artigo 27, parágrafo único, inciso IV, e artigo 80, ambos da Lei Federal nº 8.625/1993; artigo 6º, inciso XX, da Lei Complementar Federal 75/1993; artigo 29, inciso IV, da Lei Complementar Estadual nº 72/1994 e pelo artigo 44 da Resolução 15/2007/PGJ de 27 de novembro de 2007;

CONSIDERANDO que o artigo 127 da Constituição da República de 1988 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 que ao Ministério Público cabe exercer a defesa dos direitos assegurados na Constituição da República de 1988 sempre que necessário for para a garantia do seu respeito pelos poderes municipais, nos termos do artigo 27, inciso I, da Lei 8.625/93;

CONSIDERANDO que ao Ministério Público compete zelar pela defesa do patrimônio público e social, nos termos do artigo 129, inciso II, da Constituição da República de 1988, e tendo em vista que, dentro desta relevante atribuição ministerial, há de se exigir que o provimento de cargos em comissão no âmbito da Administração Pública respeite os princípios expostos no artigo 37, caput, da Constituição da República de 1988, sob pena de violação ao interesse público, ao regime de acessibilidade aos cargos públicos e ao respeito e credibilidade dos poderes e instituições públicas;

CONSIDERANDO que, à luz do artigo 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Administração Pública Direta e Indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência;

CONSIDERANDO que a disposição do artigo 37, inciso V, da Constituição Federal leciona que *“as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”*;

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a criação de cargos em comissão deve observar os requisitos previstos na Constituição da República, sendo eles: **a) que os cargos se destinem ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) que o número de cargos comissionados criados guarde proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os institui; e d) que as atribuições dos cargos em comissão estejam descritas de forma clara e objetiva na própria lei que os cria;** sob pena de serem inconstitucionais, senão vejamos:

Criação de cargos em comissão. Requisitos estabelecidos pela Constituição Federal. Estrita observância para que se legitime o regime excepcional de livre nomeação e exoneração. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema. 1. A criação de cargos em comissão é exceção à regra de ingresso no serviço público mediante concurso público de provas ou provas e títulos e somente se justifica quando presentes os pressupostos constitucionais para sua instituição. 2. Consoante a jurisprudência da Corte, a criação

de cargos em comissão pressupõe: a) que os cargos se destinem ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) que o número de cargos comissionados criados guarde proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os institui; e d) que as atribuições dos cargos em comissão estejam descritas de forma clara e objetiva na própria lei que os cria. 3. Há repercussão geral da matéria constitucional aventada, ratificando-se a pacífica jurisprudência do Tribunal sobre o tema. Em consequência disso, nega-se provimento ao recurso extraordinário. 4. Fixada a seguinte tese: **a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.** (RE 1041210 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 27/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-107 DIVULG 21-05-2019 PUBLIC 22-05-2019) – destacou-se.

CONSIDERANDO que a Lei Complementar Municipal nº 196 previu a existência dos cargos de provimento em comissão de assessor jurídico e contábil, nos seguintes moldes do artigo 50:

“§5º. O Assessor Jurídico terá como funções proferir pareceres jurídicos nos requerimentos administrativos de concessão dos

benefícios desta lei, promover a defesa em juízo do PREVIPORÃ e a orientação jurídica da entidade;

§6º O Assessor Contábil terá como funções a interpretação dos atos sobre a matéria, contabilização dos atos e fatos do Instituto de Previdência à luz das normas legais, suporte à elaboração de orçamentos, fechamento de balanços e a responsabilidade nas prestações de contas promovidas pelo PREVIPORÃ aos órgãos internos e externos de fiscalização”.

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o cargo de Procurador Jurídico deve ser provido por cargo efetivo em virtude da prerrogativa institucional outorgada e da natureza da atribuição:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL Nº 8.186/2007 (ALTERADA PELAS LEIS nºs 9.332/2011 e 9.350/2011) DO ESTADO DA PARAÍBA: ART. 3º, INCISO I, ALÍNEA “A” (“na elaboração de documentos jurídicos”) E ANEXO IV, ITENS NS. 2 A 21 (NAS PARTES QUE CONCERNEM A CARGOS E A FUNÇÕES DE CONSULTORIA E DE ASSESSORAMENTO JURÍDICOS) – CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO – FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO – APARENTE USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS RESERVADAS A PROCURADORES DO ESTADO E DO DISTRITO FEDERAL PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (ART. 132) – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO CAUTELAR – MANIFESTAÇÕES FAVORÁVEIS DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO E DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA – DECISÃO CONCESSIVA DE SUSPENSÃO CAUTELAR DE EFICÁCIA DAS NORMAS IMPUGNADAS INTEIRAMENTE REFERENDADA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, PREJUDICADO O RECURSO INTERPOSTO. O SIGNIFICADO E O ALCANCE DA REGRA INSCRITA NO ART. 132 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: EXCLUSIVIDADE E INTRANSFERIBILIDADE, A PESSOAS ESTRANHAS AO

QUADRO DA ADVOCACIA DE ESTADO, DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PROCURADOR DO ESTADO E DO DISTRITO FEDERAL. – É inconstitucional o diploma normativo editado pelo Estado-membro, ainda que se trate de emenda à Constituição estadual, que outorgue a exercente de cargo em comissão ou de função de confiança, estranho aos quadros da Advocacia de Estado, o exercício, no âmbito do Poder Executivo local, de atribuições inerentes à representação judicial e ao desempenho da atividade de consultoria e de assessoramento jurídicos, pois tais encargos traduzem prerrogativa institucional outorgada, em caráter de exclusividade, aos Procuradores do Estado pela própria Constituição da República. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Magistério da doutrina. – A extrema relevância das funções constitucionalmente reservadas ao Procurador do Estado (e do Distrito Federal, também), notadamente no plano das atividades de consultoria jurídica e de exame e fiscalização da legalidade interna dos atos da Administração Estadual, impõe que tais atribuições sejam exercidas por agente público investido, em caráter efetivo, na forma estabelecida pelo art. 132 da Lei Fundamental da República, em ordem a que possa agir com independência e sem temor de ser exonerado “ad libitum” pelo Chefe do Poder Executivo local pelo fato de haver exercido, legitimamente e com inteira correção, os encargos irrenunciáveis inerentes às suas altas funções institucionais. CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO: A QUESTÃO DO VALOR JURÍDICO DO ATO INCONSTITUCIONAL (ADI 2.215-MC/PE, REL. MIN. CELSO DE MELLO). O “STATUS QAESTIONIS” NA JURISPRUDÊNCIA E NA DOUTRINA CONSTITUCIONAIS: PLURALIDADE DE OPINIÕES DOUTRINÁRIAS EM TORNO DOS GRAUS DIFERENCIADOS DE INVALIDADE DO ATO INCONSTITUCIONAL. A POSIÇÃO PREVALECENTE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A MODULAÇÃO TEMPORAL COMO TÉCNICA DECISÓRIA DE ABRANDAMENTO, MEDIANTE JUÍZO DE CONCRETA PONDERAÇÃO, DO DOGMA DA NULIDADE DO ATO INCONSTITUCIONAL. DOUTRINA. PRECEDENTES. – Concessão, “ad referendum” do Plenário, por decisão monocrática

do Relator, de medida cautelar em sede de fiscalização abstrata. Possibilidade excepcional. A questão do início da eficácia desse provimento cautelar. Execução imediata, com todas as consequências jurídicas a ela inerentes, dessa decisão, independentemente de ainda não haver sido referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. – O triplice conteúdo eficaz das decisões (tanto as declaratórias de inconstitucionalidade quanto as concessivas de medida cautelar) nos processos objetivos de controle abstrato de constitucionalidade: (a) eficácia vinculante, (b) eficácia geral (“erga omnes”) e (c) eficácia repristinatória. Magistério doutrinário. Precedentes”. (ADI 4843 MC-ED-Ref, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015)

“DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PÚBLICA. CRIAÇÃO DE ÓRGÃO PRÓPRIO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) é firme no sentido de que não há previsão constitucional de obrigação aos municípios de criação de órgão de advocacia pública. Precedentes. 2. A decisão proferida pelo Tribunal de origem está alinhada ao entendimento firmado pelo STF no sentido de que é inconstitucional norma que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes. 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não há prévia fixação de honorários advocatícios de sucumbência. 4. Agravo interno a que se nega provimento”. (RE 1064618 ED-AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 04-04-2019 PUBLIC 05-04-2019);

CONSIDERANDO que as atividades indicadas no § 6º do artigo 50 da Lei Complementar nº 196/2020 não têm natureza de função de direção,

chefia ou assessoramento, na forma do artigo 37, inciso V, da Constituição Federal, porquanto destinadas “a interpretação dos atos sobre a matéria, contabilização dos atos e fatos do Instituto de Previdência à luz das normas legais, suporte à elaboração de orçamentos, fechamento de balanços e a responsabilidade nas prestações de contas promovidas pelo PREVIPORÃ aos órgãos internos e externos de fiscalização”;

CONSIDERANDO o sólido entendimento jurisprudencial sobre o tema, no sentido de que os cargos de provimento em comissão devem ser regulamentados em lei para o exercício das funções discriminadas constitucionalmente como de direção, chefia ou assessoramento, privilegiando-se a regra do concurso público nas demais hipóteses, conforme artigo 37, inciso II, da Constituição da República:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - ADMINISTRATIVO - CONTRATAÇÃO DE CONTADOR - AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO - CARGO EM COMISSÃO - IRREGULARIDADE. 1 - A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. 2 - Admite-se apenas a criação de cargos em comissão destinados ao desempenho de funções de direção, de chefia e de assessoramento. 3 - É necessário prestigiar a regra geral de provimento mediante realização de concurso, para os cargos de natureza técnica". (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.503653-6/001, Relator(a): Des.(a) Carlos Henrique Perpétuo Braga , 19ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/02/0021, publicação da súmula em 22/02/2021)

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

institutos jurídicos¹;

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 relação de diferenciada confiança:

“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

¹ 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).

Joaquim Barbosa, DJ de 7.6.11). No mesmo sentido: AI 656.666-AgR, Segunda 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)

RESOLVE, em defesa do patrimônio público e social e em observância ao princípio da legalidade, **RECOMENDAR** ao Diretor-Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Ponta Porã/MS que:

1. promova, no prazo de 30 (trinta) dias, a exoneração dos ocupantes dos cargos de provimento em comissão de assessor jurídico e assessor contábil, abstendo-se de preencher os cargos até a regularização da circunstância fático-jurídica objeto da presente Recomendação Administrativa;

2. uma vez efetivada a exoneração dos ocupantes dos cargos de provimento em comissão acima identificados, abstenha-se imediatamente de nomear novos servidores para referidos cargos comissionados, resguardando eventual substituição dos responsáveis por exercer as atribuições de tais cargos por pessoal ocupante de cargos de provimento efetivo, conforme for a necessidade administrativa, o que deverá ser feito por meio do devido processo legislativo (mediante as adequações necessárias na lei municipal, com a criação de cargos efetivos, com número certo de vagas, descrição de atividades e grau de escolaridade) e consequente realização de concurso público, se não existirem candidatos aprovados aguardando o provimento de cargo;

3. em caso de acolhimento da presente Recomendação Administrativa, comprovar documentalmente a exoneração dos servidores ocupantes dos cargos de provimento em comissão e vacância dos respectivos cargos, no mesmo prazo de exoneração (30 dias) e, posteriormente, no prazo de 60 (sessenta) dias, as demais medidas adotadas (alterações legislativas etc.).

RESOLVE, ainda, na defesa do patrimônio público e social, em observância ao princípio da legalidade e tendo em conta a previsão do artigo 61, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, **RECOMENDAR** ao Prefeito Municipal de Ponta Porã:

4. adotar medidas concretas, no prazo de 60 (sessenta) dias, para promover a alteração legislativa da Lei Complementar Municipal nº 196/2020, com a finalidade de adequar as previsões do artigo 50, § 4º, da Lei Complementar Municipal nº 196/2020, haja vista que as atribuições dos cargos de assessor jurídico e assessor contábil, descritas nos §§ 5º e 6º, revelam-se próprias de cargos de provimento efetivo, não tendo natureza inerente às funções de chefia, direção e assessoramento, conforme dispõe o artigo 37, inciso V, da Constituição Federal;

5. em caso de acolhimento da presente Recomendação Administrativa, comprovar documentalmente as medidas adotadas para que sejam promovidas as alterações legislativas no prazo de 60 (sessenta) dias.

REQUISITA-SE aos Recomendados a apresentação de **RESPOSTA ESCRITA** no prazo de **10 (DEZ) DIAS ÚTEIS**, a partir do recebimento da presente, sobre seu acatamento, advertindo-se desde já que o silêncio será interpretado como não acolhimento da Recomendação;

Nos termos do inciso IV do artigo 27 da Lei nº 8.625/93, promova-se, no prazo de 10 (dez) dias, a divulgação adequada e imediata desta Recomendação no meio de comunicação destinado à divulgação dos atos oficiais da entidade, tendo em conta a previsão do parágrafo único do artigo 45 da Resolução nº 015/2007-PGJ.

A ausência de observância das medidas enunciadas impulsionará o Ministério Público Estadual a adotar as providências judiciais e extrajudiciais pertinentes para garantir a prevalência das normas de proteção ao patrimônio público e social de que trata esta **RECOMENDAÇÃO**.

A presente **RECOMENDAÇÃO** não exclui a irrestrita necessidade de plena observância de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais em vigor.

Ponta Porã/MS, 09 de maio de 2022

Assinatura Digital
Janáina Scopel Bonatto
Promotora de Justiça Substituta