

Ementa: Contratação temporária ou designação de outro servidor efetivo para exercício de funções de cargo público efetivo, cujo titular encontra-se afastado. Hipóteses admissíveis. Distinção entre afastamento definitivo e provisório. Situações de afastamento do titular em razão de designação para cargo em comissão de recrutamentos amplo e restritivo. Ausência de regulamentação prévia.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Promotor de Justiça da Comarca de Itaúna Weber Augusto Rabelo Vasconcelos, abarcando duas indagações:

A – Havendo previsão em legislação municipal (nos moldes abaixo), é regular a designação de servidor efetivo para ocupar outro cargo efetivo, de natureza diversa, cujo titular esteja designado para cargo em comissão?

Lei Municipal n.º 3.072/96:

Art. 56. Para atender à necessidade do serviço público, poderá ser designado, com prévia anuência, servidor do quadro efetivo para ocupar outro cargo.

§1º. O servidor designado na forma do caput deste artigo poderá optar pela remuneração do cargo para o qual for designado.

§2º. Não poderá haver designação para cargos que tenha candidatos classificados em concurso público do Município.

§3º. O cargo de origem do servidor designado não poderá ser ocupado durante o período.

B – É regular a contratação temporária para o exercício de função de cargo efetivo, cujo titular encontra-se afastado em razão de sua designação para o exercício de cargo em comissão?

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

É sabido que, resultante da desconcentração administrativa, os órgãos públicos correspondem a centros de competência ou unidades de atuação pertencentes a uma entidade estatal, dotados de atribuições próprias, porém não de personalidade jurídica.

Esses órgãos públicos, instituídos por lei⁵⁴, pode-se afirmar, prestam-se ao desempenho das funções do Estado, sempre exercida por meio de seus agentes, configurando-se em divisões internas, partes de uma pessoa governamental.

Aliás, socorrendo-se às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁵, os órgãos públicos nada mais significam que círculos de atribuições, feixes individuais de poderes funcionais repartidos no interior da personalidade estatal e expressados por meio dos agentes neles providos.

Portanto, é na estrutura do órgão público que se situam os cargos públicos (um ou mais) nos quais as pessoas físicas podem ser investidas, ao passo que os atos jurídicos (administrativos ou não) praticados por essas pessoas físicas investidas nos cargos públicos são atribuídos/imputados à pessoa jurídica na qual se insere o órgão público.

Por sua vez, cargo público é a unidade de atribuições e responsabilidades cometidas a um agente público. Criado por ato normativo⁵⁶, com denominação própria e inconfundível em relação a outro, tem como titular um único agente. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁷, é a denominação dada a mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente.

Ressalte-se que não há cargo sem função, embora haja função sem cargo, como no caso das funções transitórias ou provisórias cometidas a servidores temporários (art. 37, IX, CF), que não se vinculam a qualquer cargo. Daí a conclusão de que as funções que decorrem de cargo público são sempre permanentes.

De acordo com o grau de permanência ou de precariedade de seus titulares, os cargos públicos assim se apresentam:

A) cargos efetivos: seus titulares adquirem a estabilidade depois da aprovação no estágio probatório e de três anos de efetivo exercício. São providos mediante concurso público. Seus titulares somente perdem o cargo nas situações previstas na CF: em virtude de sentença judicial transitada em julgado (CF, art. 41, §1.º, I); mediante processo administrativo em que lhes seja assegurada ampla defesa (CF, art. 41, § 1.º, II); mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa (CF, art. 41, §1.º, III); e, por excesso de despesa com pessoal (CF, art. 169, § 4.º).

B) cargos em comissão (ou cargos de confiança): destinam-se apenas a funções de chefia, direção e assessoramento. São de livre provimento e de livre exoneração, ou seja, não há necessidade de concurso público. Não adquirem estabilidade com o decurso do tempo.

C) cargos vitalícios: ocupados por membros do Ministério Público, da Magistratura e dos Tribunais de Contas, que adquirem a vitaliciedade depois da aprovação no estágio probatório e de dois anos de efetivo exercício. Somente podem perder o cargo por meio de sentença judicial transitada em julgado.

⁵⁵ In Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 28ed, 2011.

⁵⁶ A extinção dos cargos públicos dá-se por lei, ressalvando-se, entretanto, que aqueles componentes da estrutura do Executivo podem ser extintos, quando vagos, por decreto do Chefe do Poder (CF, art. 84, VI, b, com redação dada pela EC 32/2001).

⁵⁷ Obra já citada.

Registrando que qualquer abordagem aos cargos vitalícios mostra-se absolutamente despcienda nesta peça, passemos então à distinção entre cargos em comissão e funções de confiança.

Apesar de ambos serem destinados às atribuições de chefia, direção e assessoramento, os cargos em comissão são abertos a qualquer pessoa, titular ou não de cargo efetivo. A Constituição Federal apenas determina que um percentual de vagas seja reservado para aqueles que já integrem a administração pública.

Já as funções de confiança (também chamadas de gratificadas) são exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargos efetivos. Mais especificamente, correspondem a aditivos de responsabilidades de natureza gerencial ou de supervisão conferidas a servidor ocupante de cargo efetivo, tendo como referência a correlação de atribuições.

Veja-se, portanto, a imprescindibilidade de as atribuições do cargo efetivo do servidor possuir correlação com as atribuições de direção, chefia e assessoramento de unidade administrativa a que se vincula a função de confiança, sob pena de se estar diante, na verdade, de outro cargo.

Outrossim, no âmbito dos cargos em comissão, verificam-se duas situações: a de recrutamento amplo e a de recrutamento restrito.

Enquanto no recrutamento amplo a nomeação pode recair sobre qualquer pessoa, independentemente de ser ou não titular de cargo efetivo, tratando-se de recrutamento restrito somente pessoas do quadro efetivo de servidores públicos poderão ser nomeadas para o exercício das funções do mencionado cargo em comissão.

A previsão constitucional de reserva de cargos em comissão para preenchimento apenas por servidores efetivos é, por óbvio, alicerçada no evidente interesse público de profissionalização e estímulo à carreira no serviço público, privilegiando critérios objetivos de escolhas em detrimento daqueles oriundos exclusivamente da subjetividade do gestor.

Ressalte-se que, independentemente da forma de provimento, amplo ou restrito, e diferentemente do que se vê na função de confiança, o cargo comissionado constitui-se num conjunto de atribuições de direção, chefia e assessoramento, desprovido de qualquer correlação com a estrutura de cargos efetivos.

Como visto, enquanto nas funções de confiança há um *plus* nas atribuições do servidor efetivo, nos cargos em comissão existe de fato um cargo público, ou melhor, uma unidade de atribuições e responsabilidades cometidas a um agente público, com denominação própria e inconfundível em relação a outro.

No que se refere especificamente ao preenchimento dos cargos efetivos e dos cargos em comissão, a base para o raciocínio a ser desenvolvido encontra-se no artigo 37 da Constituição Federal:

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:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

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**;

[...]

IX - a **lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público**. (negritos nossos)

Da simples leitura da norma constitucional transcrita, podem ser extraídas diversas conclusões:

a) a regra para a investidura em cargo ou emprego público é a prévia seleção por concurso de provas ou provas e títulos, sendo as demais formas de provimento extremamente excepcionais, sob pena de se ferirem os princípios norteadores da administração pública;

b) os cargos em comissão devem ser ocupados preferencialmente por servidores de carreira e destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, ou seja, fora dessas hipóteses não há que se falar em nomeação para o exercício de cargo comissionado, o que constitui patente inconstitucionalidade;

c) as contratações por tempo determinado (temporárias) são admitidas, mas somente para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, devendo observar, ainda, a regulamentação da matéria por meio de lei (no âmbito federal, a disciplina veio por meio da Lei n.º 8.745/1993).

O concurso público é, pois, a regra geral para a contratação de pessoal, devendo ser observado tanto pela administração pública direta quanto pela indireta.

Assim, dispondo a administração pública de profissionais em seus quadros, contratados para o desempenho de determinadas funções, esses deverão efetivamente executá-las. Ocorrendo a vacância dos cargos, impõe-se a realização do competente concurso público para seu preenchimento.

Da mesma forma, constatada a insuficiência de pessoal em face da necessidade do serviço, a medida a ser tomada é a realização de concurso público para o provimento dos cargos existentes.

No entanto, havendo a necessidade de contratação de pessoal para satisfazer demanda temporária, há possibilidade de a administração pública proceder à contratação temporária de pessoal, caso a situação seja temporária e de excepcional interesse e necessidade públicas, além de corresponder à previsão legal da hipótese.

Ressalte-se que a contratação temporária no âmbito da administração pública é medida excepcional, e que, portanto, deve atender a rígidos critérios, sob pena de se transformar em meio oficial de burla à regra geral.

Repetindo orientação da Carta Magna Federal, a Constituição do Estado de Minas Gerais dispõe que:

Art. 22 - A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. (negrito nosso)

Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica a funções de magistério.

Nesse sentido é a lição da ilustre administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Para atender a necessidade transitória e excepcional de interesse público, a demora do procedimento do concurso público pode ser incompatível com as exigências imediatas da Administração, em caso, por exemplo, de epidemia ou calamidade pública. É preciso que a lei, ao disciplinar esse tipo de contratação, estabeleça regras que assegurem a excepcionalidade da medida, evitando que se transforme em regra geral, a exemplo do que ocorreu na vigência da Constituição anterior, e determine as hipóteses em que a seleção pública é exigível. ⁵⁸ (negrito nosso)

Merece relevo, ainda, decisão do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. REITERADA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES. EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. AUSÊNCIA. O excesso de contratações temporárias, sem o requisito da excepcionalidade prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal e em detrimento do provimento de cargos mediante concurso público, atenta contra os princípios norteadores da atividade de administração pública e enseja o deferimento de medida liminar para suspender os efeitos de atos potencialmente lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa. O Poder Judiciário não pode ser conivente com a prática de atos desviados de suas finalidades específicas, que não atendem aos preceitos da Constituição e que deixam de satisfazer pretensões coincidentes com os interesses da coletividade. Nega-se provimento ao recurso. (TJMG. Rel. Almeida Melo. 05/12/2002). (negritos nossos)

São trazidos também à baila os ensinamentos do jurista José dos Santos Carvalho Filho:

[...] o pressuposto da temporariedade da função: a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária. Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. Está, por isso, descartada a admissão de servidores temporários para o exercício de funções permanentes; se tal ocorrer, porém, haverá indistigável simulação, e a admissão será inteiramente inválida. Lamentavelmente, algumas Administrações, insensíveis (para dizer o mínimo) ao citado pressuposto, tentam

fazer contratações temporárias para funções permanentes, em flagrante tentativa de fraudar a regra constitucional. Tal conduta, além de dissimular a ilegalidade do objetivo, não pode ter outro elemento mobilizador senão o de favorecer a alguns apaniguados para ingressarem no serviço público sem concurso, o que caracteriza inegável desvio de finalidade. O último pressuposto é a excepcionalidade do interesse público que obriga ao recrutamento. Empregando o terno excepcional para caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores. Portanto, pode dizer-se que a excepcionalidade do interesse público corresponde à excepcionalidade do próprio regime especial. Algumas vezes os Poder Público, tal como sucede com o pressuposto anterior e em regra com o mesmo desvio de poder, simula desconhecimento de que a excepcionalidade do interesse público é requisito inafastável para o regime especial.⁵⁹

Em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais n.º 1.0000.09.494517-7/000(1), em que teve como requerido o Município de Manhuaçu, decidiu-se pela inconstitucionalidade da lei municipal que autorizava as contratações temporárias, fora das hipóteses permitidas pela Carta Magna:

ADMINISTRATIVO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MUNICÍPIO DE MANHUAÇU - LEIS MUNICIPAIS QUE AUTORIZAM A CONTRATAÇÃO DE PESSOAL EM CARÁTER TEMPORÁRIO - HIPÓTESE DE CONTRATAÇÃO PREVISTA CONSTITUCIONALMENTE PARA ATENDER SITUAÇÕES INCOMUNS, EXCEPCIONAIS E DE RELEVANTE INTERESSE PÚBLICO - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS INTRÍNECOS - TEMPORARIEDADE E EXCEPCIONALIDADE - DESVIRTUAMENTO DO ALCANCE DA NORMA LEGAL NO CASO PRESENTE - ABUSO DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS ADMITIDAS - PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. O sistema constitucional vigente prevê como regra que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II da Constituição Federal). Entretanto, revelando-se verdadeira exceção à regra do concurso público, tem-se a norma permissiva da contratação temporária, prevista no artigo 37, inciso IX da Carta Federal que dispõe que a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. - No caso em exame, **as Leis Municipais representadas preveem a contratação temporária de pessoal para a realização de atribuições e funções comuns e permanentes, usualmente desempenhadas pelos servidores públicos efetivos, em nada atendendo aos pressupostos intrínsecos à legitimidade da contratação por tempo determinado prevista no ordenamento pátrio vigente, quais sejam, a determinação temporal, a temporariedade e a excepcionalidade da contratação, revelando-se cogente a sua retirada do mundo jurídico, com o consequente acolhimento desta representação.** (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.0000.09.494517-7/000 - Comarca de Manhuaçu - Requerente(s): Procurador-Geral Justiça Estado Minas Gerais - Requerido(a)(s): Prefeito Município Manhuaçu, Câmara Municipal Manhuaçu - Relator: Exmo. Sr. Des. Edivaldo George Dos Santos (negrito nosso)

Como se vê, a regra é a admissão de servidor público mediante concurso público. As duas exceções à regra são

58 Direito Administrativo. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 432/433

59 Manual de Direito Administrativo; Editora Atlas - 25.ª Edição; São Paulo - 2012; pag. 600/601

para os cargos em comissão referidos no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX da CF). Nesta hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições:

- a) previsão em lei dos casos;
- b) tempo determinado;
- c) necessidade temporária de interesse público;
- d) interesse público excepcional.

3 Das dúvidas suscitadas

A primeira premissa a ser elaborada para a obtenção de conclusões que permitam a superação das dúvidas apresentadas a este Centro de Apoio Operacional pelo Promotor de Justiça de Itaúna, bem como de outras que porventura possam advir quando do enfrentamento de situações similares por outros órgãos de execução ministerial, reside exatamente na fixação do convencimento a respeito da possibilidade ou não de contratação temporária para o preenchimento de cargo efetivo vago.

Para tanto, imperiosa inicialmente a identificação pertinente à real extensão temporal dos efeitos do afastamento do servidor titular do mencionado cargo público efetivo, ou seja, se definitiva ou provisória.

Tratando-se de vacância decorrente do afastamento definitivo do servidor público efetivo, fruto da extinção de seu vínculo com a administração pública em relação àquele cargo específico, como, por exemplo, na hipótese de sua exoneração ou promoção vertical, evidente que, não havendo aprovados em concurso público ainda vigente, e persistindo o interesse do ente público no preenchimento daquele cargo, a contratação temporária mostrar-se-á cabível, por período correspondente ao necessário para realização do concurso público.

Aliás, neste particular, mostra-se preciso o voto do ministro Luiz Fux, no julgamento da Adin 3.649, inclusive com o zelo de explicitar o prazo de 12 meses para que a contratação temporária subsista, já que razoável tal período para que a administração pública realize o respectivo concurso público:

Há, contudo, hipóteses específicas de contratação temporária que serão, necessariamente, sucedidas da realização de um concurso público. É o caso, por exemplo, da aposentadoria de um professor universitário durante o período letivo. A contratação será formalizada para atender a referida necessidade temporária, mas, em razão da vacância do cargo efetivo daquele que se aposentou, novo concurso deverá ser realizado pela Administração Pública. Nesses casos de vacância do cargo efetivo e que são acompanhados da contratação temporária, não é razoável que ela subsista por mais de 12 meses, tal como já reconhecido por esta Corte em hipótese semelhante quando do julgamento do RE n.º 527.109 da relatoria da Min. Cármen Lúcia, Inf. STF n.º 742, Julgamento: 09/04/2014. Na referida ocasião, o Pleno reconheceu que o prazo de 12 meses seria o razoável para a realização do concurso público, tendo validado as contratações temporárias em vigor pelo período de 12 meses.

A questão, no entanto, adquire certa peculiaridade quando se estiver diante do afastamento provisório do titular do cargo público efetivo, ou seja, embora haja uma “vacância” provisória, ainda persiste o vínculo com administração pública.

Em regra, não se tem dúvida que também nesta situação será possível a contratação temporária, a vigorar, por dedução lógica, pelo período do respectivo afastamento do titular do cargo público. Cite-se, como exemplo, o licenciamento regular de um titular do cargo efetivo de professor para cursar mestrado.

Ora, com possibilidade de retorno do servidor ao cargo público do qual é titular, por certo que não há interesse da administração pública em realizar concurso público para seu preenchimento, podendo, então, recorrer à contratação temporária.

Entretanto, tratando-se de afastamento provisório do titular do cargo efetivo em razão de sua designação para o exercício de cargo em comissão, de bom alvitre distinguir se o cargo em comissão é de recrutamento amplo ou restrito; senão vejamos.

Nossa Carta Magna, em seu art. 37, inciso V, estabelece 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”.

Dita previsão constitucional de reserva de cargos em comissão para preenchimento apenas por servidores efetivos, como já aduzido, tem sua *ratione* no evidente interesse público de profissionalização e estímulo à carreira no serviço público, privilegiando critérios objetivos de escolhas em detrimento daqueles oriundos exclusivamente da subjetividade do gestor.

Vê-se, então, que não se trata de situação excepcional e, muito menos, imprevisível, já que a designação para tais cargos públicos deve necessariamente recair sobre servidores efetivos, exigindo daí a estruturação adequada dos quadros de servidores efetivos necessária a tal demanda, sabidamente perene no âmbito da administração pública.

Nesta linha, inarredável a conclusão de que a admissão da contratação temporária para preenchimento de cargos públicos efetivos “vagos” provisoriamente em razão da designação de seu titular para o exercício de cargo em comissão de recrutamento restrito afronta diretamente os comandos previstos no art. 37, incs. V e IX, da Constituição Federal.

Primeiro, porque não se trata de situação excepcional; pelo contrário, absolutamente previsível e corriqueira no âmbito da rotina administrativa.

Segundo, porque configura evidente burla ao comando constitucional de respeito à reserva mínima de cargos em comissão a serem exercidos exclusivamente por servidores públicos efetivos.

Ademais, oportuno ressaltar que, mesmo que configurada situação autorizadora da contratação temporária, esta de-

verá ser precedida de seleção pública em respeito, entre outros, aos princípios da impessoalidade e da isonomia, salvo nas hipóteses de emergência ou calamidade pública.

Mas resta ainda superar a seguinte indagação: **é regular a designação de servidor público efetivo para exercer as funções de outro cargo público, cujo titular foi designado para o exercício de cargo em comissão?**

Ora, nada impede que a legislação que disciplina a respeito do quadro de pessoal de um determinado órgão público preveja critérios de substituição entre os agentes públicos visando a suprir eventuais afastamentos temporários destes, obviamente desde que sejam estabelecidos parâmetros que impeçam prejuízos ao bom andamento do serviço público e, em especial, ofensas aos princípios do concurso público e da impessoalidade, entre outros.

Tais substituições, sabidamente, poderão se dar com ou sem prejuízo das funções do cargo público do qual é titular o substituto, a depender da opção prevista na legislação para a situação em comento.

Da mesma forma, no caso de acumulação das funções, o direito ou não a alguma gratificação e seu respectivo valor deverá estar previsto nos atos normativos pertinentes.

O que se veda, no entanto, é pretender, por vias oblíquas, que o afastamento do titular do cargo efetivo venha a transmutar sua natureza, ainda que provisoriamente, para a de um cargo em comissão de recrutamento restrito.

Mais diretamente, não é porque um cargo público efetivo se encontra vago e haja a previsão normativa de que possa algum outro servidor efetivo ser designado para o exercício provisório de suas funções, com ou sem prejuízo daquelas pertinentes ao cargo do qual é titular, que o gestor poderá, a seu bel-prazer, pinçar quem bem entender, entre todos os que compõem o quadro de servidores efetivos, para desempenhar as funções daquele cargo vago.

Não, absolutamente que não!

Ora, sob pena de inaceitável tratamento discriminatório, devido à absoluta e incontestável ofensa aos princípios da impessoalidade e da isonomia, entre outros, faz-se imperiosa a devida regulamentação prévia dos critérios objetivos a serem empregados pelo gestor para identificação do servidor efetivo substituto do cargo que se encontra desprovido de seu titular, seja por afastamento provisório ou definitivo.

Conclusão diversa, por certo, configuraria afrontosa burla ao disposto no art. 37, incs.V, da Constituição Federal, já que se estaria dando vestes de cargo em comissão, de recrutamento restrito, a um cargo que, de fato e de direito, é efetivo.

E não é só! Estar-se-ia também diante de claríssima burla ao princípio de impessoalidade, dotando o gestor público, fora das hipóteses autorizadas em lei, a premiar, de acordo exclusivamente com sua vontade, qualquer dos servidores que compõem o quadro de pessoal do respectivo órgão público.

O que se dirá, então, da utilização de tal situação para se pretender um verdadeiro efeito dominó, promovendo designações em sequência para preenchimento de outros cargos cujos titulares estariam afastados por força de designações “em cascata” estimuladas a partir da primeira designação. Mais especificamente, designa-se o primeiro servidor para exercer as funções do cargo cujo titular está afastado para em seguida designar outro servidor para o exercício do cargo agora desprovido, em razão da designação de seu titular para o exercício do primeiro cargo, e assim por diante.

Obviamente que tal sequência de substituições contraria os mais mezinhos princípios republicanos, pelas mesmas razões já exaustivamente apresentadas à condenável postura de se pretender que o afastamento do titular de um cargo efetivo transmutaria sua natureza para de cargo em comissão, mesmo que de recrutamento restrito.

Neste ponto, constatada de fato a inexistência de regulamentação de como se dará tal seleção, de bom alvitre que o órgão de execução do Ministério Público, em procedimento instaurado especificamente a partir de notícia dando conta de tal omissão, emita inicialmente uma recomendação ao chefe do Poder Executivo municipal expondo a importância do estabelecimento desses critérios, em respeito, entre outros, aos princípios do concurso público, da legalidade, da impessoalidade, isonomia, eficiência e economicidade.

Contudo, se houver várias opções pertinentes à forma de como se poderá dar tal seleção, não compete a promotor ou a promotora de Justiça, em sua recomendação, delimitar este ou aquele modo de seleção, mas sim buscar impulsionar a administração pública a regulamentar os dispositivos da lei municipal dentro dos princípios que norteiam a administração pública.

Claro que se ocorrer ofensa a tais princípios quando da regulamentação da seleção, especialmente no que concerne aos da proporcionalidade, da razoabilidade, do concurso público, da legalidade, da isonomia e da impessoalidade, poderá então o Ministério Público enfrentar o respectivo ato administrativo, apontando especificamente quais preceitos estariam, de fato, sendo burlados e que deveriam ser alterados/afastados, sem que isso possa ser interpretado como uma intromissão indevida no mérito do ato administrativo.

Emitida recomendação expondo a importância de regulamentação a respeito da forma de como se dará a seleção e, mesmo assim, não se dispondo o chefe do Executivo Municipal a fazê-la, não restará outra medida que não o ajuizamento de uma ação civil pública contra o município, visando à imposição de obrigação de não fazer, mais especificamente, a de não designar para o exercício de funções de um cargo público efetivo outro servidor que não seja o seu respectivo titular, até que haja a devida regulamentação a respeito de substituição, em obediência aos princípios da isonomia, da impessoalidade, da eficiência, da economicidade, da moralidade, do concurso público e da legalidade, entre outros.

Claro, também, que, mesmo depois da expedição de recomendação ministerial vindo a ser efetivada alguma designação, e restando evidente para o Promotor de Justiça Natural que tal ato administrativo, **no caso concreto**,

implicou flagrante propósito de burla aos princípios que norteiam a administração pública, dispensando tratamento privilegiado em favor de determinada pessoa e em prejuízo do interesse público, em tese, estar-se-á diante da prática de ato de improbidade administrativa.

A propositura ou não de ação de improbidade administrativa, naturalmente, é da alçada exclusiva do Promotor de Justiça à frente da investigação que, diante dos elementos colhidos, verificará no caso concreto se de fato houve ou não tratamento atentatório aos princípios que norteiam a administração pública, especialmente aos da isonomia, da impessoalidade, da eficiência, da economicidade, da legalidade e do concurso público, detalhando em sua inicial a situação fática que o levou à conclusão de que uma determinada pessoa foi escolhida de forma indevida e privilegiada em desfavor do interesse público.

Nesta linha de raciocínio, como informa o Promotor de Justiça consultante, sem qualquer esforço ao disposto no *caput* do art. 56 da Lei Municipal n.º 3.072/1996, denota-se que o Município de Itaúna prevê a possibilidade de emprego de servidores efetivos para o exercício das funções de cargos efetivos cujos respectivos titulares encontram-se afastados.

Embora o legislador municipal não tenha tido o cuidado de especificar o afastamento do titular do cargo em relação ao qual poderá ocorrer a designação, diante da impossibilidade de mais de uma pessoa física ocupar um cargo público, outra não pode ser a interpretação a tal dispositivo que não a imprescindibilidade de que o titular do cargo esteja de fato afastado, com ou sem extinção do vínculo pertinente àquele cargo entre a administração pública e seu respectivo titular.

Já no comando previsto no § 3.º do mesmo artigo da Lei Municipal n.º 3.072/1996, extrai-se que houve a opção de a substituição dar-se com prejuízo das funções do cargo de origem do substituto, com a correta ressalva, no entanto, de não se admitir a designação de outro servidor para aquele, impedindo-se, com isso, o famigerado, abusivo e ilegal “efeito dominó” decorrente de designações subsequentes.

Do § 2.º extrai-se a previsão de que o substituto poderá optar por entre os vencimentos correspondentes ao cargo do qual é titular ou por aqueles do cargo que substitui, se diversos, naturalmente.

Não se verifica o cuidado do estabelecimento de critérios prévios para identificação de quem, entre os titulares de cargo efetivo, será o designado para tal substituição, evitando-se qualquer tratamento discriminatório e, muito menos, burla ao disposto no art. 37, inc. V, da Constituição Federal.

Nos moldes já expostos, o afastamento do titular de um cargo efetivo não transmuta sua natureza para de cargo em comissão, seja de recrutamento amplo ou restrito, uma vez que este, por força de comando constitucional, destina-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Aliás, numa interpretação atenta aos princípios da eficiência e da economicidade, denota-se que não houve nem mesmo a preocupação de se prever que o substituto preferencialmente deverá ser servidor titular de cargo público

efetivo da mesma **classe**⁶⁰ do cargo sobre o qual recai a designação e, na inexistência ou impedimento deste, da mesma **carreira**⁶¹, respeitando-se naturalmente a escala de hierarquia, para somente então se poder falar em seleção de servidores de outra classe e carreira. Ainda assim, repita-se, com o emprego de medidas administrativas previamente regulamentadas, evitando-se tratamento discriminatório.

4 Conclusão

Em suma, acerca do tema provocado, e respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, conclui este Centro de Apoio Operacional:

a) tratando-se de **afastamento definitivo**⁶² do titular de cargo público efetivo, fruto da extinção de seu vínculo com a administração pública em relação ao respectivo cargo, não havendo aprovado em concurso público ainda em vigência e persistindo o interesse do ente público no preenchimento daquele cargo, a contratação temporária mostrar-se-á cabível, por período correspondente ao necessário para realização do concurso público.

b) tratando-se de **afastamento provisório**⁶³ do titular de cargo público efetivo, ou seja, ainda persiste o vínculo deste com a administração pública em relação ao respectivo cargo, será possível, **em regra**, a contratação temporária, a vigorar pelo período do respectivo afastamento do titular do cargo público.

b.1) tratando-se de **afastamento provisório** do titular de cargo público efetivo, em razão de sua designação para o exercício de cargo em comissão de **recrutamento restrito**, o emprego do instituto da contratação temporária afronta diretamente os comandos previstos no art. 37, incs. V e IX, da Constituição Federal, uma vez que não se trata de situação excepcional e, muito menos, imprevisível, já que a designação para tais cargos públicos deve necessariamente recair sobre servidores efetivos, exigindo daí a estruturação adequada dos quadros de servidores efetivos necessária a tal demanda, sabidamente perene no âmbito da administração pública.

c) a **contratação temporária** para suprir demanda decorrente do afastamento de titulares de cargos públicos efetivos, nas hipóteses permitidas, deverá ser precedida de procedimento seletivo, em atenção aos princípios da impessoalidade, da isonomia e da legalidade, entre outros, salvo em situações de emergência e calamidade pública; e

d) a **designação de servidor público efetivo para exercer as funções de outro cargo público efetivo**, visando a atender demanda decorrente do afastamento de seu titular,

60 **Classe**: corresponde à junção de cargos de idêntica natureza, com competência, responsabilidade e vencimentos idênticos.

61 **Carreira**: corresponde à organização dos cargos, sendo obrigatória a sua existência na administração direta e indireta, sugerindo vinculação hierárquica entre uns e outros e formas isonômicas de acesso, por promoção, remoção, permuta etc..

62 Exemplos: exoneração, aposentadoria, promoção vertical, falecimento, etc.

63 Exemplos: licenciamento para frequência em cursos, designação para cargo em comissão, de recrutamento amplo.

exige prévia normatização de parâmetros que impeçam burla aos princípios do concurso público, da impessoalidade, da isonomia, da eficiência e da economicidade, entre outros.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do respectivo PAAF.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 20 de março de 2017.

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO Patrimônio Público