



**CÂMARA MUNICIPAL DE SILVIANÓPOLIS
ESTADO DE MINAS GERAIS**

PARECER JURÍDICO

Recomendação SCICMS nº 005/2020

**“Parecer Jurídico sobre a possibilidade de Progressão
por titulação a servidor comissionado.”**

Solicitante: Membros da Comissão de Controle Interno da
Câmara Municipal de Silvianópolis.

Assunto: Legalidade e Constitucionalidade de possibilidade
de Progressão por titulação a servidor comissionado.

I – Relatório

Consultado pelos membros da Comissão de Controle Interno da Câmara Municipal de Silvianópolis sobre a legalidade e constitucionalidade possibilidade de Progressão por titulação a servidor comissionado.

À presente indagação respondo nos termos que seguem.

II – Parecer

A Constituição Federal de 1988, apesar das várias emendas que sofreu, continua a expressamente mencionar no inciso II do art. 37 que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público, ressalvando as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, estabelecendo ainda, no art. 37, inciso V, 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”.

Esses cargos em comissão, também denominados de cargos de confiança, muitas vezes tachados de indecorosos e que dariam causa ao inchaço da máquina



CÂMARA MUNICIPAL DE SILVIANÓPOLIS ESTADO DE MINAS GERAIS

administrativa, visam, contudo, em última análise, a resguardar a moralidade administrativa quando permite ao bom administrador, a livre nomeação de pessoas de sua confiança para exercerem a função pública administrativa de forma eficiente e útil à administração pública.

Por serem cargos públicos devem ser criados e extintos por lei conforme preceitua a Constituição Federal. A criação destes cargos além de estar adstrita à lei específica cinge-se também a real necessidade de sua existência, a fim de propiciar a qualidade do serviço público e a estabilidade político-administrativa do Poder Público, flexibilizando a própria máquina administrativa. O condicionamento da criação destes cargos à lei específica visa a possibilitar um controle mais efetivo e eficiente sobre os cargos comissionados, a fim de evitar abusos. Dessa forma, a lei que cria cargos acaba por prever um Quadro funcional do órgão. Esse quadro comporta tanto os cargos de carreira, que são divididos em classes, quanto os cargos isolados.

José CRETELLA JÚNIOR define os cargos em comissão como:

“Comissão é o vocábulo empregado na expressão “cargo em comissão”, designando, o conjunto, cargo isolado que a lei manda prover livremente, considerando seu ocupante demissível ad nutum. Trata-se de expressão elíptica, correspondente à expressão plena cargo de provimento em comissão, atributo esse – “em comissão” -, que não se refere à continuidade ou precariedade do cargo, já que os cargos públicos são todos permanentes, regra geral, até que sejam extintos. (...) Precária, pois, é a nomeação, o provimento. Não o cargo.”

Esses cargos em comissão podem ser providos por pessoas ligadas à Administração Pública por um cargo efetivo assim como podem ser ocupados por pessoas estranhas a ela. Buscando diferenciar cargo em comissão de função comissionada Carlos Valder do NASCIMENTO afirma que tem sido flagrante a confusão que se estabeleceu entre o cargo em comissão e função comissionada. São coisas absolutamente distintas. Na verdade, o cargo em comissão é de provimento isolado e previsto em lei, demanda fidúcia para o exercício. E a função comissionada não é outra coisa senão desempenho de atividade técnica, pela qual é atribuído valor adicional.

U



CÂMARA MUNICIPAL DE SILVIANÓPOLIS ESTADO DE MINAS GERAIS

Na mesma linha trilha o posicionamento de Marçal JUSTEN FILHO que relata caber uma diferenciação entre duas figuras jurídicas próximas. O cargo em comissão não se confunde com a chamada “função de confiança”, que consiste na assunção de atribuições diferenciadas e de maior responsabilidade por parte do ocupante de um cargo de provimento efetivo, ao que corresponde o pagamento de uma remuneração adicional. Acrescenta ainda que a função de confiança nada mais é do que uma ampliação das atribuições e responsabilidades de um cargo de provimento efetivo, mediante uma gratificação pecuniária.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou afirmando que a norma contida no inciso V, do art. 37, da CF é de eficácia contida que, nas palavras de José Afonso da Silva, significa que serão sempre de aplicabilidade direta e imediata, caso em que a previsão de lei não significa que desta dependem sua eficácia e aplicabilidade, visto que tal lei não se destina a integrar-lhes a eficácia (que já têm amplamente), mas visa restringir-lhes a plenitude desta, regulando os direitos subjetivos que delas decorrem para os indivíduos ou grupos. Enquanto o legislador, neste caso, não produzir a normatividade restritiva, sua eficácia será plena. Logo, tem-se que a norma contida no inciso V, do art. 37 encontra-se plenamente aplicável e eficaz até que sobrevenha lei que a restrinja dispondo sobre os casos, as condições e os percentuais mínimos de cargos a serem preenchidos por servidores de carreira. Por ora, ressalta-se apenas que a correlação entre o número de cargos em comissão e o número de cargos efetivos deve guardar uma proporcionalidade que permita que o órgão consiga desempenhar suas funções com mais servidores permanentes que temporários. Nesse sentido há manifestação da Suprema Corte: “Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local.”

Tendo em vista a natureza do cargo em comissão, entende-se vedada a percepção de valores por horas extras. Logo, podemos acrescentar que é vedada a remuneração a título de hora extra aos ocupantes de cargo em comissão e funções de confiança. Outro aspecto que deve ser abordado é a denominada estabilidade provisória para ocupantes de cargo em comissão. Tanto o período de gravidez quanto o período de



CÂMARA MUNICIPAL DE SILVIANÓPOLIS
ESTADO DE MINAS GERAIS

licença maternidade são amplamente protegidos pela Constituição Federal e, embora não haja manifestação do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado acerca do caso, há precedentes das Cortes Superiores que equiparam a proteção dada as empregadas às servidoras apenas comissionadas.

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – LICENÇA-GESTANTE – EXONERAÇÃO – C.F., ART. 7º, XVIII – ADCT, ART. 10, II, B. I. – SERVIDORA PÚBLICA EXONERADA QUANDO NO GOZO DE LICENÇA-GESTANTE – A EXONERAÇÃO CONSTITUI ATO ARBITRÁRIO, PORQUE CONTRÁRIO À NORMA CONSTITUCIONAL – C.F., ART. 7º, XVIII – ADCT, ART. 10, II, B. II – Remuneração devida no prazo da licença-gestante, vale dizer, até cinco meses após o parto. Inaplicabilidade, no caso, das Súmulas 269 e 271-STF. III. – Recurso provido. (STF – RMS 24263 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 09.05.2003 – p. 00068)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LICENÇA MATERNIDADE DE MILITAR TEMPORÁRIA. ART. 7º, XVIII, E ART. 142, VIII, CF/88. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A estabilidade provisória advinda de licença maternidade decorre de proteção constitucional às trabalhadoras em geral. 2. O direito amparado pelo art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, nos termos do art. 142, VIII, da CF/88, alcança as militares. 3. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido. (RE 523572 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-204 DIVULG 28-10-2009 PUBLIC 29-10-2009 EMENT VOL-02380-06 PP01132)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CARGO DE EM COMISSÃO. EXONERAÇÃO DURANTE LICENÇA-SAÚDE. POSSIBILIDADE. ART. 37, II, DA CF. COMPLEMENTAÇÃO ATÉ O VALOR DA REMUNERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 40, § 13, DA CF. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Cuida-se de recurso



CÂMARA MUNICIPAL DE SILVIANÓPOLIS ESTADO DE MINAS GERAIS

ordinário interposto contra acórdão que denegou a ordem em writ, no qual se postulava a ilegalidade da exoneração de cargo em comissão no curso de licença-saúde, bem como a retribuição pelo erário estadual de complementação do auxílio-doença de modo a atingir a remuneração do cargo antes ocupado. 2. A nomeação para os cargos em comissão, consignados como de livre provimento por força do art. 37, II, da Constituição Federal, em via de regra, não confere estabilidade - sequer relativa - a seus ocupantes; portanto, infere-se que a exoneração é também despida de tais restrições. Precedente: RMS 25.138/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 30.6.2008. 3. Por força do art. 40, § 13, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n. 20/98, os ocupantes de cargos em comissão estão vinculados ao Regime Geral de Previdência Social; logo, a licença-saúde será fruída somente sob a percepção de auxílio-doença, não existindo amparo legal para a complementação pretendida. Precedente: RMS 18.134/PB, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, DJ 21.11.2005, p. 298. Recurso ordinário improvido. (RMS 33.859/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe 11/11/2011)

Adentrando na questão elencada, temos que gratificação consiste em vantagem acrescida ao vencimento do servidor em razão do exercício de uma determinada função ou de condições excepcionais de trabalho previstas em lei. Desse modo, o posicionamento desta Consultoria tem sido pela impossibilidade de acumulação de gratificação com a remuneração do cargo em comissão.

Com efeito, em relação às gratificações decorrentes do exercício de funções de confiança, a própria Constituição, em seu art. 37, V, estabelece que as mesmas somente poderão ser exercidas por servidores efetivos e, assim como os cargos em comissão, destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento:

“Art. 37.

(...)



CÂMARA MUNICIPAL DE SILVIANÓPOLIS ESTADO DE MINAS GERAIS

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)”

Nesse sentido, conclui-se que a concessão de gratificação a qualquer título a servidor investido em cargo comissionado, efetivo ou não, acarretaria pagamento em duplicidade, na medida em que o cargo em comissão possui as mesmas atribuições da função de confiança, além de pressupor exercício de encargo diferenciado de natureza especial.

Como já destacado, dada a natureza das atividades exercidas pelo detentor de cargo em comissão (de chefia, assessoramento e direção), as mesmas já pressupõem o exercício de um encargo diferenciado de serviços, de natureza própria e especial. Não há que se falar, no caso, em percepção da remuneração do cargo em comissão, acrescido de gratificação por encargos especiais

É preciso reiterar não ser legalmente admissível que servidores comissionados acumulem outras funções com recebimento de gratificações ou encargos especiais - estes já têm funções outras (chefia, direção ou assessoramento) que lhes exigem, normalmente, dedicação exclusiva em tempo integral, e habitualmente já lhe são creditados valores por esta especial circunstância, o que retira a possibilidade de qualquer outro

Quanto à dedicação exclusiva, os cargos em comissão já pressupõem comprometimento análogo a essa gratificação, sendo incompatíveis com o pagamento de tal verba. No tocante à função gratificada, os cargos em comissão têm mesma premissa, qual seja, o desempenho de atividade de direção, chefia ou assessoramento, sendo que, por pressuporem dedicação exclusiva, não poderão os cargos em comissão serem acumulados com outras funções. Nesse mesmo sentido, cabe registrar a manifestação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ em relação ao tema:



CÂMARA MUNICIPAL DE SILVIANÓPOLIS
ESTADO DE MINAS GERAIS

CONSULTA. ADICIONAL POR SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO. CARGO EM COMISSÃO. FUNÇÃO DE CHEFIA, DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO. INCOMPATIBILIDADE. 1. O pagamento de adicional por serviço extraordinário a servidor ocupante de cargo em comissão que, por exercer funções de direção, chefia e assessoramento, não está sujeito a controle rígido de jornada de trabalho, malfeire a ordem constitucional e a própria legislação que rege a matéria no âmbito do Estado de Alagoas (art. 31, parágrafo único, da Lei Estadual nº 5.247, de 1991). Precedente do CNJ (PP 0000832-19.2007.2.00.0000 – Rel. Cons. Felipe Locke Cavalcanti – 49ª Sessão – j. 09.10.2007 – DJU 25.10.2007). 2. É natural ao servidor público ocupante de cargos de direção, chefia e assessoramento, a atribuição para participação em grupos de trabalho, comissões e outras atividades não necessariamente ligadas às suas atribuições comuns, justamente por tratar-se de profissional com capacidade técnica para o desempenho de tarefas de maior complexidade, o que não implica não em qualquer direito para o servidor ocupante de cargo de provimento em comissão à percepção de qualquer outra gratificação estipendiária que não seja a sua própria remuneração. 3. Mesmo no caso de atuação em plantões judiciais, o servidor ocupante de cargo de provimento em comissão não faz jus ao recebimento de adicional por serviço extraordinário, devendo, nessa hipótese, compensar as horas efetivamente trabalhadas, valendo-se do elemento confiança que caracteriza a relação mantida entre ele e a autoridade à qual é subordinado, nos termos do § 3º do artigo 41 da Lei Estadual nº 7.210, de 2010. 4. Consulta a que se responde negativamente quanto a todas as perguntas. (CNJ - CONS - Consulta - 0002604-75.2011.2.00.0000 - Rel. WALTER NUNES - Sessão 130 - j. 05/07/2011).

III – Conclusão


Assim, com base nos precedentes citados, entendo que não é possível a acumulação da remuneração de cargo em comissão com gratificação por função de confiança ou com outras instituídas em razão de condições excepcionais de serviço.



CÂMARA MUNICIPAL DE SILVIANÓPOLIS
ESTADO DE MINAS GERAIS

É o parecer, s.m.j., que submeto a apreciação da Comissão de Controle Interno.

Silvianópolis/MG, 06 de julho de 2020.



Ricardo Brandão
Consultor Jurídico
OAB/MG – 115.073