

10/06/2010

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.125 TOCANTINS

RELATORA : MIN. CÂRMEN LÚCIA  
REQTE. (S) : PARTIDO SOCIAL DA DEMOCRACIA BRASILEIRA -  
PSDB  
ADV. (A/S) : JOÃO COSTA RIBEIRO FILHO E OUTRO(A/S)  
REQDO. (A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO TOCANTINS  
REQDO. (A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO TOCANTINS

**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 tocaninenses 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 tocaninense 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.



ADI 4.125 / TO

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.

#### A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, **julgar procedente a ação direta**, fixando prazo de 12 (doze) meses para a realização de concursos públicos e determinando remessa de cópia do

*Supremo Tribunal Federal***ADI 4.125 / TO**

processo e do acórdão ao Ministério Público, estadual e ao Conselho Nacional do Ministério Público, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, Presidente, que não fixavam nenhum prazo. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau.

Brasília, 10 de junho de 2010.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**

- Relatora

10/06/2010

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.125 TOCANTINS

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA  
REQTE. (S) : PARTIDO SOCIAL DA DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB  
ADV. (A/S) : JOÃO COSTA RIBEIRO FILHO E OUTRO (A/S)  
RÊQDO. (A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO TOCANTINS  
REQDO. (A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO TOCANTINS

R E L A T Ó R I O**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, na qual se questiona a validade constitucional da 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, que dispõe sobre a organização da estrutura básica do Poder Executivo¹.

Questiona-se, ainda, a constitucionalidade das tabelas constantes dos anexos dessa lei².

2. O Autor afirma que, em 7.8.2008, o Governador do Estado do Tocantins encaminhou projeto de lei à Assembleia Legislativa do Estado "que foi aprovado no mesmo dia em ritmo de urgência. No dia seguinte, 8 de agosto, foi publicada a Lei n. 1.950, de [7.8.2008,] com a qual se cri[aram] 35.419 cargos comissionados" (fl. 4, grifos no original), e foram mantidos "todos os ocupantes dos cargos comissionados" (fl. 4, grifos no original), nos termos do inc. II do art. 7º da Lei ora impugnada.

ADI 4.125 / TO

Destaca que "o art. 10 da Lei n. 1.950/2008 [teria] revog[ado] a Lei n. 1.124/00, buscando (...) a prejudicialidade e perda de objeto das ADIs 3.232, 3.983 e 3.990" (fl. 4).

Em 14.8.2008, no julgamento das mencionadas ações diretas de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal "decretou, com efeito extunc, a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 1.124/00, bem como de todos os decretos do Governador [daquele] Estado que, com o propósito de regulamentar aquela norma, criaram cargos comissionados, bem como lhes fixaram denominações, atribuições e remunerações" (fl. 5).

Argumenta o Autor que, em 15.8.2008, dia subsequente ao julgamento daquelas ações diretas de inconstitucionalidade, o Governador do Estado do Tocantins teria "edit[ado] a Medida Provisória n. 386, revogando, entre outros, o art. 7º da Lei n. 1.950/2008 (...), [e,] com base na Lei n. 1.950/08[, teria] nome[ado], mais uma vez, todos aqueles que ocupavam os cargos comissionados declarados inconstitucionais [pelo Supremo Tribunal Federal], e, conseqüentemente, nulos" (fls. 5-6).

Sustenta que teriam sido contrariados os incisos II e V do art. 37 da Constituição da República e desrespeitadas as decisões do Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.232, 3.983 e 3.990.

Alega também que, "em nenhum momento, a Lei n. 1.950/08 se referiu às atribuições dos cargos referidos, uma vez que essas foram delegadas ao Chefe do Poder Executivo (Lei n. 1.950/08, art. 8º)" (fl. 7), e que a competência "para fixar as atribuições, denominações e especificações de cargos públicos é reserva do Poder Legislativo, e se caracteriza pela nota da indelegabilidade" (fl. 12).

Observa que os cargos criados pelas tabelas questionadas "possuem atribuições meramente técnicas, não possuindo, portanto, o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos" (fl. 9).

ADI 4.125 / TO

Salienta que no Estado do Tocantins haveria "mais servidores comissionados do que efetivos: 35.419 e 29.944, respectivamente" (fl. 8, grifos no original).

Requer-se medida cautelar "para suspender a eficácia, com efeito ex tunc, da expressão cargos em comissão prevista no caput do art. 5º, e parágrafo único, no caput do art. 6º; suspender a eficácia, com efeito ex tunc, das tabelas II e III do Anexo II, das tabelas I, II e III do Anexo III à Lei n. 1.950/08, com seus respectivos cargos em comissão; por fim, suspender ainda a eficácia, com efeito ex tunc, das palavras 'atribuições', 'denominações', e 'especificações' de cargos existentes no art. 8º da Lei n. 1.950/08" (fls. 18-19).

E, no mérito, pede-se a procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos acima mencionados.

3. Em 11.9.2008, adotei o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/1999.

4. Nas informações prestadas em 1º.10.2008, o Governador do Estado do Tocantins sustenta, preliminarmente, o não cabimento da presente ação quanto à pretensa contrariedade da Lei tocantinense n. 1.950/2008 à Lei n. 9.504/1997. No mérito, argumenta que "os cargos antes reestruturados por decreto[, -nos termos da Lei tocantinense n. 1.124/2000, teriam sido] devidamente criados e estabelecidos regularmente por uma lei legítima, formal e substancialmente constitucional (...) dando cumprimento à decisão proferida (...) na ADI 3.232" (fl. 338, grifos no original).

5. Em 3.10.2008, a Assembleia Legislativa do Tocantins sustentou a constitucionalidade da lei impugnada ao argumento de que seu "objeto (...) [seria] de competência exclusiva do (...) Governador do Estado (art. 27, § 1º, II, 'a', 'b' e 'f', [da Constituição estadual])" (fl. 882).

6. O Advogado-Geral da União manifestou-se "pela parcial procedência do pedido, declarando-se a inconstitucionalidade da expressão 'cargos em

ADI 4.125 / TO

comissão' presente no caput do art. 5º e de seu parágrafo único do art. 6º das Tabelas II e III do Anexo II e das Tabelas I, II e III do Anexo III, todos da Lei n. 1.950, de 7 de agosto de 2008" (fl. 902).

7. A Procuradoria-Geral da União manifestou-se pela "procedência parcial dos pedidos, para que seja declarada a inconstitucionalidade do termo 'e os cargos em comissão', aposta ao art. 5º, caput e todo o seu parágrafo único, bem como do art. 6º e das Tabelas II e III do Anexo II e das Tabelas I a III, e de seu trecho do art. 8º da Lei n. 1950/2008 do Estado do Tocantins, no que se refere à expressão "'e as especificações dos cargos'" (fl. 934).

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada a cada um dos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei n. 9.868/1999 c/c o art. 87, inc. I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

---

Lei tocanthense n. 1950/2008

"Art. 5º Os cargos de Natureza Especial e os cargos em comissão da estrutura básica do Poder Executivo são os constantes do Anexo II a esta Lei.

Parágrafo único. Os cargos em comissão de que trata o caput deste artigo são dispostos:

- I - no âmbito da Secretaria da Administração, para posterior redistribuição;
- II - nas estruturas dos órgãos e entidades públicas.

Art. 6º Os cargos em comissão das áreas da saúde, educação e perícia, considerados restritos pela natureza dos serviços prestados, têm os quantitativos, as denominações e remunerações definidos na conformidade do Anexo III a esta Lei.

(...)

Art. 8º O Chefe do Poder Executivo dispõe, mediante Decreto, sobre as competências, as atribuições, a denominação das unidades setoriais e as especificações dos cargos, promovendo alocação destes nas estruturas dos órgãos e entidades, bem como a organização e reorganização administrativa do

ADI 4.125 / TO

Estado, desde que não implique em aumento de despesa, criação ou extinção de cargos e órgãos públicos”.

“ANEXO II À LEI N. 1.950, de 7 de agosto de 2008.

CARGOS DE NATUREZA ESPECIAL, CARGOS EM COMISSÃO DO GRUPO DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO SUPERIOR E DO GRUPO ASSESSORAMENTO DIRETO DO PODER EXECUTIVO.

Tabela II - Cargos em comissão dispostos no âmbito da Secretaria da Administração:

a) Grupo de Direção e Assessoramento Superior - DAS/A:

CARGO/NÍVEL	QUANTIDADE	VENCIMENTO/JORNADA 40 HORAS SEMANAIS	REPRESENTAÇÃO	REMUNERAÇÃO (EM REAIS)
DAS - 12	49	3.825,00	1.275,00	5.100,00
DAS - 11	35	3.150,00	1.050,00	4.200,00
DAS - 10	156	2.700,00	900,00	3.600,00
DAS - 9	27	2.475,00	825,00	3.300,00
DAS - 8	79	2.250,00	750,00	3.000,00
DAS - 7	361	2.025,00	675,00	2.700,00
DAS - 6	128	1.800,00	600,00	2.400,00
DAS - 5	253	1.575,00	525,00	2.100,00
DAS - 4	98	1.463,00	487,00	1.950,00
DAS - 3	388	1.350,00	450,00	1.800,00
DAS - 2	195	1.238,00	412,00	1.650,00
DAS - 1	628	1.125,00	375,00	1.500,00

b) Grupo de Direção e Assessoramento Superior - AD/A:

CARGO/NÍVEL	QUANTIDADE	VENCIMENTO/JORNADA 40 HORAS SEMANAIS	REPRESENTAÇÃO	REMUNERAÇÃO (EM REAIS)
AD - 8	1.330	900,00	300,00	1.200,00
AD - 7	724	765,00	255,00	1.020,00
AD - 6	1.070	675,00	225,00	900,00
AD - 5	677	608,00	202,00	810,00
AD - 4	895	540,00	180,00	720,00
AD - 3	1.120	450,00	150,00	600,00
AD - 2	1.893	405,00	135,00	540,00
AD - 1	7.014	338,00	112,00	450,00

Tabela III - Cargos em Comissão dispostos nas estruturas dos órgãos e das entidades do Poder Executivo:

a) Grupo de Direção e Assessoramento Superior - DAS/E:

CARGO/NÍVEL	QUANTIDADE	VENCIMENTO/JORNADA 40 HORAS SEMANAIS	REPRESENTAÇÃO	REMUNERAÇÃO (EM REAIS)
DAS - 12	109	3.825,00	1.275,00	5.100,00
DAS - 11	5	3.150,00	1.050,00	4.200,00
DAS - 10	490	2.700,00	900,00	3.600,00
DAS - 9	18	2.475,00	825,00	3.300,00
DAS - 8	66	2.250,00	750,00	3.000,00
DAS - 7	856	2.025,00	675,00	2.700,00



## ADI 4.125 / TO

DAS - 6	161	1.800,00	600,00	2.400,00
DAS - 5	905	1.575,00	525,00	2.100,00
DAS - 4	123	1.463,00	487,00	1.950,00
DAS - 3	1.090	1.350,00	450,00	1.800,00
DAS - 2	82	1.238,00	412,00	1.650,00
DAS - 1	797	1.125,00	375,00	1.500,00

## b) Grupo de Assessoramento Direto - AD/E:

CARGO/NÍVEL	QUANTIDADE	VENCIMENTO/JORNADA 40 HORAS SEMANAIS	REPRESENTAÇÃO	REMUNERAÇÃO (EM REAIS)
AD - 8	1.108	900,00	300,00	1.200,00
AD - 7	780	765,00	255,00	1.020,00
AD - 6	862	675,00	225,00	900,00
AD - 5	388	608,00	202,00	810,00
AD - 4	751	540,00	180,00	720,00
AD - 3	517	450,00	150,00	600,00
AD - 2	283	405,00	135,00	540,00
AD - 1	2.482	338,00	112,00	450,00

ANEXO III À LEI N. 1.950, de 7 de agosto de 2008.

CARGOS EM COMISSÃO RESTRITOS ÀS ÁREAS DA SAÚDE, EDUCAÇÃO E PERÍCIA.

Tabela I - Cargos em Comissão da área da saúde:

CARGO	JORNADA SEMANAL	QUANTIDADE	REMUNERAÇÃO (EM REAIS)
Agente de Medicina Superior	20horas	80	2.250,00
Agente de Medicina Superior	40horas	232	4.500,00
Agente de Enfermagem Superior	40horas	249	2.845,00
Agente de Enfermagem Auxiliar	40horas	949	825,00
Agente de Odontologia Superior	20horas	20	2.020,00
Agente de Odontologia Superior	40horas	34	4.040,00

Tabela II - Cargos em Comissão da área da educação:

1. DENOMINAÇÃO DOS CARGOS	QUANTIDADE
Agente de Apoio ao Magistério - AM	170
Agente de Apoio à Docência - AAD	700
Agente Especial de Educação - AE	3.900

1.1. AGENTE DE APOIO AO MAGISTÉRIO - AM (DIRETOR DE UNIDADE ESCOLAR)				
CARGO	NÍVEL	VALOR DA REMUNERAÇÃO (EM REAIS)	MODELO DE ESCOLA	CONDIÇÕES DE ESCOLARIDADE PARA PROVIMENTO DO CARGO
AM	1	1.500,00	A	Nível Superior
	2	1.440,00	B	Nível Superior
	3	770,00	A	Nível Médio
	4	710,00	B	Nível Médio

ADI 4.125 / TO

1.2. AGENTE DE APOIO AO MAGISTÉRIO - AM (DIRETOR ADMINISTRATIVO ADJUNTO DE UNIDADE ESCOLAR)				
CARGO	NÍVEL	VALOR DA REMUNERAÇÃO (EM REAIS)	MODELO DE ESCOLA	CONDIÇÕES DE ESCOLARIDADE PARA PROVIMENTO DO CARGO
AM	5	1.380,00	A	NÍVEL SUPERIOR
	6	1.320,00	B	NÍVEL SUPERIOR
	7	650,00	A	NÍVEL MÉDIO
	8	620,00	B	NÍVEL MÉDIO

1.3. AGENTE DE APOIO À DOCÊNCIA - AAD				
CARGO	NÍVEL	VALOR DA REMUNERAÇÃO (EM REAIS)	FUNÇÃO EM DELEGACIA REGIONAL DE ENSINO-DRE e UNIDADE DE ENSINO-UE	CONDIÇÕES DE ESCOLARIDADE PARA PROVIMENTO DO CARGO
AAD	1	1.200,00	Supervisão, Inspeção, Tutoria, Coordenação	Nível Superior
	2	585,00	Coordenação	Nível Médio - Modalidade Normal
	3	513,00	Coordenação	Nível Médio

1.4. AGENTE ESPECIAL DE EDUCAÇÃO - AE (TABELA DE REMUNERAÇÃO POR HORA)			
CARGO	NÍVEL	VALOR DA REMUNERAÇÃO POR HORA (EM REAIS)	CONDIÇÕES DE ESCOLARIDADE PARA PROVIMENTO DO CARGO
AE	1	2,53	Até Ensino Médio Incompleto
	2	2,91	Ensino Médio Completo
	3	3,42	Ensino Médio Completo na Modalidade Normal
	4	6,70	Ensino Superior Completo

TABELA III - Cargos em Comissão da área de perícia:

CARGO	CARGA HORÁRIA	QUANTITATIVO	REMUNERAÇÃO (EM REAIS)
Presidente da Junta Médica Oficial do Estado	20 HORAS	1	3.000,00
Agente de Perícia Médica	20 HORAS	11	2.500,00
Agente de Perícia Odontológica	20 HORAS	2	2.500,00

b) Grupo de Assessoramento Direto - AD/E:

CARGO/NÍVEL	QUANTIDADE	VENCIMENTO/JORNADA	REPRESENTAÇÃO	REMUNERAÇÃO
-------------	------------	--------------------	---------------	-------------

ADI 4.125 / TO

		40 HORAS SEMANAIS		(EM REAIS)
AD - 8	1.108	900,00	300,00	1.200,00
AD - 7	780	765,00	255,00	1.020,00
AD - 6	862	675,00	225,00	900,00
AD - 5	388	608,00	202,00	810,00
AD - 4	751	540,00	180,00	720,00
AD - 3	517	450,00	150,00	600,00
AD - 2	283	405,00	135,00	540,00
AD - 1	2.482	338,00	112,00	450,00

TABELA III.- Cargos em Comissão dispostos nas estruturas dos órgãos e das entidades do Poder Executivo:

a) Grupo de Direção e Assessoramento Superior - DAS/E:

CARGO/NÍVEL	QUANTIDADE	VENCIMENTO/JORNADA 40 HORAS SEMANAIS	REPRESENTAÇÃO	REMUNERAÇÃO (EM REAIS)
DAS - 12	109	3.825,00	1.275,00	5.100,00
DAS - 14	5	3.150,00	1.050,00	4.200,00
DAS - 10	490	2.700,00	900,00	3.600,00
DAS - 9	18	2.475,00	825,00	3.300,00
DAS - 8	66	2.250,00	750,00	3.000,00
DAS - 7	856	2.025,00	675,00	2.700,00
DAS - 6	161	1.800,00	600,00	2.400,00
DAS - 5	905	1.575,00	525,00	2.100,00
DAS - 4	123	1.463,00	487,00	1.950,00
DAS - 3	1.090	1.350,00	450,00	1.800,00
DAS - 2	82	1.238,00	412,00	1.650,00
DAS - 1	797	1.125,00	375,00	1.500,00

ADI 4.125 / TO

V O T O**A SENHORA MINISTRA CÂRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. Conforme relatado, o Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB ajuizou a presente ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, na qual questiona a validade constitucional da 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, ao argumento de que teriam sido contrariados o princípio da proporcionalidade e o art. 37, inc. II e V, da Constituição da República.

2. O Autor informa que a criação de cargos comissionados no Estado do Tocantins teria sido objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.232/TO, 3.983/TO e 3.990/TO, julgadas procedentes para declarar "a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 1.124, de 1º de fevereiro de 2000, do Estado do Tocantins, bem como de todos os decretos do Governador desse Estado que, com o propósito de regulamentar aquela norma, criaram cargos públicos remunerados, bem como lhes fixaram denominações, atribuições e remunerações" (DJ 3.10.2008).

Alega, em síntese, que as normas impugnadas - que criaram aproximadamente 35.000 cargos comissionados - seriam inconstitucionais porque: a) o acesso a cargos públicos pressupõe a realização do correspondente concurso público, sendo exceção a livre investidura em cargos comissionados (art. 37, inc. II, da Constituição da República); b) haveria desequilíbrio nos quadros de servidores públicos do Estado do Tocantins, dado que o número de servidores comissionados seria consideravelmente maior que o número de servidores efetivos investidos mediante concurso público (princípio da proporcionalidade); c) os cargos criados pelas Tabelas II e III do Anexo II e pelas Tabelas I, II e III do

ADI 4.125 / TO

Anexo III da Lei tocantinense n. 1.950/2008 não teriam natureza de chefia, direção ou assessoramento (art. 37, inc. V, da Constituição da República).

Preliminar de desistência

3. Preliminarmente, cumpre registrar que o Autor peticionou, pelo menos quatro vezes (Petição avulsa STF n. 138.612, de 1º.10.2008/fl. 921; Petição Avulsa STF n. 150.062, de 23.10.2008/fl. 937; Petição Avulsa STF n. 156.308, de 6.11.2008/fl. 940; Petição Avulsa STF n. 165.688, de 24.11.2008/fl. 943) para pleitear agilidade na tramitação e no julgamento do feito.

4. Em 5.4.2010, quando os autos já estavam devidamente instruídos, o Autor requereu a homologação de desistência do feito (fl. 1724).

Para tanto argumentou que, em "25 de junho de 2009, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) [teria] cass[ado] o ex-Governador do Estado do Tocantins e seu vice [e que,] em 8 de outubro de 2009, a Assembleia Legislativa tocantinense [teria] ele[ito] o Deputado Gaguim como Governador" Alegou que, "com a posse do atual Governador, os cargos comissionados passaram a ter destinação específica, visando atender ao princípio da continuidade na prestação dos serviços públicos ou de relevância pública. (...) [Destacou] que o Governador cassado - que editou os atos inconstitucionais impugnados - já foi punido. Com base na presunção - e no princípio da boa-fé que rege os administradores públicos, além das ações concretas que estão sendo desenvolvidas (...) acredita-se, firmemente, que a desistência desta ADI é a melhor solução a ser dada ao caso concreto. (...) O povo e os servidores públicos tocantinenses merecem respeito, bem como a preservação de sua dignidade como seres humanos" (fls. 1722-1724, grifos no original).

5. O art. 5º da Lei n. 9.868/1999 é taxativo:

"Art. 5º Proposta a ação direta, não se admitirá desistência".

ADI 4.125 / TO

A pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não admitir, em razão da natureza jurídica, a desistência em ação direta de inconstitucionalidade. Nesse sentido:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de desistência. Legitimidade ativa. - Em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade, já se firmou, nesta Corte, o entendimento de que ação dessa natureza não é suscetível de desistência" (ADI 164/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 17.12.1993).

E

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - DESISTÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE - REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ART. 169, § 1º - APLICAÇÃO EXTENSIVA - PRELIMINAR INDEFERIDA. (...) O princípio da indisponibilidade, que rege o processo de controle concentrado de constitucionalidade, impede a desistência da ação direta já ajuizada. O art. 169, § 1º, do RISTF/80, que veda ao Procurador-Geral da República essa desistência, aplica-se, extensivamente, a todas as autoridades e órgãos legitimados pela Constituição de 1988 para a instauração do controle concentrado de constitucionalidade (art. 103)" (ADI 387-MC/RO, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 11.10.1991).

Na mesma linha: ADI 3.201/MA, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 17.2.2006, e ADI 2.230-MC/MT, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 4.11.2005.

6. Indefiro, pois, o requerimento de desistência formulado pelo Autor e passo à análise do mérito, destacando que a questão jurídica posta em

ADI 4.125 / TO

debate - criação de cargos comissionados em número que supera a casa do milho no Estado do Tocantins - não é nova no Supremo Tribunal Federal.

Preliminar de aditamento

7. De se anotar, também, que a Lei tocaninense n. 1.950/2008 foi alterada pela Lei n. 2.145, de 17.9.2009 (Anexo II - Tabela II, alíneas a e b, e Tabela III, alíneas a e b); pela Lei n. 2.142, de 3.9.2009 (Anexo III - Tabela II, itens 1.1 a 1.4) e pela Lei n. 2.232, de 3.12.2009 (Anexo II - Tabela I).

A despeito de ter o Autor da presente ação direta de inconstitucionalidade deixado de aditá-la, não é o caso de julgá-la prejudicada.

A uma, porque tal desídia afigura-se coerente com a pretensão expendida na petição derradeira apresentada pelo Autor, pela qual requereu a homologação da desistência da ação.

A duas - e com mais razão jurídica -, porque as alterações promovidas pelas Leis tocaninenses n. 2.145/2009 e 2.232/2009 não alcançaram a essência das normas ora impugnadas. Em resumo, as Leis n. 2.145/2009 e 2.232/2009 provocaram a redução de aproximadamente 20% do número de cargos de natureza especial ou em comissão inicialmente criados pela Lei n. 1.950/2008 totalizado em 35.419. Extinguiram-se, portanto, 7.242 cargos, restando 28.177 cargos.

Dada a natureza da ação que ora se julga e a repercussão que a matéria - provimento de cargos públicos - alcançou no atual estágio constitucional brasileiro, que prestigia o concurso público como corolário da densificação do princípio da igualdade, dúvidas não remanescem quanto à necessidade de se investigar a constitucionalidade de lei que cria nada menos que 28.000 cargos em comissão no Estado do Tocantins.

8. Passo, então, à análise do mérito.

ADI 4.125 / TO

No mérito

9. Em 14.8.2008, no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.232/TO, 3.983/TO e 3.990/TO, todas de relatoria do Ministro Cezar Peluso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu:

"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 a 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 dêem execução". (DJ 3.10.2008).

Naquela assentada, em questão de ordem, afastando eventual prejudicialidade da ação, dada a aprovação de lei superveniente (Lei n. 1.950/2008, objeto da presente ação) que teria revogado o art. 5º da Lei tocantinense n. 1.124/2000 (objeto daquelas ações diretas), o Ministro Cezar Peluso ponderou:



ADI 4.125 / TO

"além de elogiar a fervorosa manifestação do ilustre advogado, tenho por correta sua afirmação de que, no dia 7 do corrente mês, isto é, quando já em pauta as três ações conexas, a Assembléia Legislativa do Tocantins aprovou, sendo sancionada e promulgada, a Lei nº 1.950, que revogou a lei impugnada nas presentes causas.

Mas a mim me parece, - aliás, em conformidade com tese reafirmada em recente julgamento, de que foi Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - que o fato de a lei objeto da impugnação ter sido revogada, não diria, no curso dos processos, mas já quase ao cabo deles, não subtrai à Corte a jurisdição nem a competência para examinar a constitucionalidade da lei até então vigente e suas consequências jurídicas, que, uma vez julgadas procedentes as três ações, não seriam, no caso, de pouca monta.

De modo que, a respeito, meu voto é no sentido de que as ações não estão prejudicadas e, por isso, vou avançar exame de mérito" (DJ 3.10.2008).

As manifestações subsequentes à do Ministro Relator, que demonstram a perplexidade dos demais Ministros do Supremo Tribunal, devem ser retomadas, pois o ato que tanto se rechaçou na questão de ordem consiste exatamente no objeto da presente ação. Parece-me certo, como destaquei naquela ocasião, que "há vários prejuízos realmente, pelo menos os que se vislumbra, mas nenhum diz respeito à ação" (DJ 3.10.2008).

Para o Ministro Menezes Direito, a aprovação da Lei tocantinense n. 1.950/2008 configurou uma "manobra absolutamente ilícita, porque é lei 'delegada', e vários atos foram praticados sob essa cobertura, ou seja, com consequências terrificantes para o erário público e, ao depois, revoga-se a lei e ressalvam-se os atos praticados" (DJ 3.10.2008).

ADI 4.125 / TO

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, caracterizou-se "uma fraude processual, em que se quer frustrar o Tribunal, não permitindo que ele examine o mérito da questão que já lhe foi apresentada" (DJ 3.10.2008).

No mérito, o Ministro Cezar Peluso afirmou:

"1. O caso é de inconstitucionalidade manifestíssima.

É de todo em todo clara a Constituição da República ao estatuir que a criação de cargos públicos só pode dar-se mediante edição de lei em sentido formal, e não, por via de decreto. Basta ler-lhe o disposto na alínea 'a' do inc. II do § 1º do art. 61, de onde logo se tira nítido que a 'criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração' constituem objeto próprio de lei de iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo. (...)

Antes, a leitura conjugada do art. 61, § 1º, inc. II, 'a', com o art. 84, inc. VI, 'a', da Constituição da República, deixa agora ainda mais evidente que cargos públicos remunerados não podem ser criados por decretos do Chefe do Poder Executivo, senão por lei formal de iniciativa deste.

Ora, escusa advertir que decreto expedido no exercício de competência regulamentar do Chefe do Poder Executivo não é lei em sentido formal, nem ato normativo originário ou independente, mas derivado, cuja eventual inovação necessária na ordem jurídica não pode implicar criação de direitos nem de obrigações objeto da competência legiferante privativa da Constituição ou da lei, pois se preordena a prever normas tendentes a viabilizar as formas de execução desta ou daquela por parte do Executivo.

Nem tampouco precisaria notar que a competência para edição de decretos, atribuída ao Chefe do Poder Executivo, não se confunde com o poder de desencadear o processo legislativo de criação de cargos, funções ou empregos públicos na

ADI 4.125 / TO

administração direta e autárquica, ou de aumento de sua remuneração.

Trata-se de coisas tão óbvias e elementares no domínio jurídico, que fazem deste um caso de insólita extravagância e supino abuso.

Assim, a autorização conferida pelo art. 5º da Lei n. 1.124, de 1º de fevereiro de 2000, ao Chefe do Poder Executivo, para, mediante decreto, criar cargos públicos remunerados, fixando-lhes competências, denominações e atribuições, insulta a norma constitucional emergente da conjugação dos arts. 61, § 1º, inc. II, "a", e 84, inc. VI, "a", e põe à calva a sua inconstitucionalidade.

É, aliás, o que se cansa de o proclamar esta Corte: (...)

Caindo a norma de lei que lhes daria fundamento de validade, ipso iure caem todos os decretos que, dando-lhe execução, criaram milhares de cargos públicos remunerados e estabeleceram as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações, até porque, carecendo de suporte de validade normativa para transpor os limites regulamentares, assumiriam feição nomológica de decretos autônomos, suscetíveis de, por sua pretensão residual de, com independência, criar direitos e inovar na ordem jurídica, figurar objeto de controle concentrado de constitucionalidade e, pois, nesta ação própria, ser declarados inconstitucionais, como já o assentou esta Corte (cf. ADI-MC nº 1.590, Rel. Min. SEPÚLVEDA-PERTENCE, DJ 15-08-1997; ADI-MC nº 2.155, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ 01-06-2001; ADI-AgR nº 2.950, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ acórdão: Min. EROS GRAU, DJ 09-02-20 e ADI nº 3.614, Rel. Min. GILMAR MENDES, Rel. p/ acórdão: Min. CARMEN LÚCIA, DJ 23-11-2007).

Em suma, são também nulos ex radice os decretos do Governador do Estado do Tocantins que, com base na norma inconstitucional, criaram, sob pretexto de sua regulamentação, cargos públicos remunerados e lhes fixaram denominações, atribuições e remunerações" (DJ 3.10.2008, grifos nossos).

ADI 4.125 / TO

Ao acompanhar o voto do Ministro Relator, deixei consignado:

"Vou fazer rapidamente duas observações. A primeira, além da questão do erário, o que mais causa problemas, não imediatos ou concretos, é a quebra da confiança na Constituição, é exatamente a ruptura da confiança que o cidadão tem nas instituições e naqueles que o representam. Parece-me que neste caso não é só o erário, mas o cabedal moral das pessoas envolvidas e das instituições que acabam sendo comprometidas e comprometedoras dessa confiança, sem a qual não existe uma democracia que possa prosperar e fecundar.

Então, penso que foram tantos os artigos da Constituição [contrariados], que eu diria que este é um caso exemplarmente inconstitucional.

Há muitos anos, Senhor Presidente, eu escrevia, como professora, que o controle de constitucionalidade haverá de chegar ao momento em que os tribunais e as cortes constitucionais vão ter de trabalhar com a idéia da possibilidade de responsabilização daqueles que praticam inconstitucionalidades manifestas. Digo manifestas porque, às vezes, há uma ou outra lei em que há até algum espaço para se discutir se ela contrariaria, ou não, a Constituição, e temos tido muitos casos, porém há casos, como este, em que a inconstitucionalidade é manifesta, reiterada, afrontosa, principalmente no caso do agravo à Constituição por parte daquele que, de uma forma muito especial, na condição de cidadão representante do povo, jura cumprir a Constituição, como é o nosso caso, nós todos agentes públicos. Vislumbro o momento em que haverá a necessidade de se imputar a responsabilidade por prática da inconstitucionalidade, tal como está no artigo 85 da Constituição quando diz que é crime de responsabilidade descumprir a Constituição.

ADI 4.125 / TO

Há caso em que o descumprimento da Constituição, como neste aqui, é da maior gravidade pelo que se põe de afronta não apenas ao texto constitucional, mas a toda a sociedade que a ele se submete.

Com essas brevíssimas considerações, acompanho integralmente o voto do Relator, inclusive quanto aos efeitos" (DJ 3.10.2008, grifos nossos).

10. A flagrante inconstitucionalidade foi declarada com efeito extunc, como fundamentado pelo Ministro Cezar Peluso, "para que não se aplique o efeito da lei nova de manter, nos cargos ao depois criados, as mesmas pessoas a título de ocupantes de 'cargos regulares' dos cargos objeto das normas inconstitucionais" (DJ 3.10.2008). Ressalvas e advertências à parte, o que se tem documentado nos autos não deixa margem para dúvidas quanto ao desrespeito à Constituição da República pelas autoridades tocantinenses.

11. As normas impugnadas, aprovadas entre a data do pedido de pauta e o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.232/TO, 3.983/TO e 3.990/TO, têm o seguinte teor:

Lei tocantinense n. 1.950/2008

"Art. 5º Os cargos de Natureza Especial e os cargos em comissão da estrutura básica do Poder Executivo são os constantes do Anexo II a esta Lei.

Parágrafo único. Os cargos em comissão de que trata o caput deste artigo são dispostos:

I - no âmbito da Secretaria da Administração, para posterior redistribuição;

II - nas estruturas dos órgãos e entidades públicas.

Art. 6º Os cargos em comissão das áreas da saúde, educação e perícia, considerados restritos pela natureza dos serviços

ADI 4.125 / TO

prestados, têm os quantitativos, as denominações e remunerações definidos na conformidade do Anexo III a esta Lei.

(...)

Art. 8º O Chefe do Poder Executivo dispõe, mediante Decreto, sobre as competências, as atribuições, a denominação das unidades setoriais e as especificações dos cargos, promovendo alocação destes nas estruturas dos órgãos e entidades, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado, desde que não implique em aumento de despesa, criação ou extinção de cargos e órgãos públicos

Questiona-se, ainda, a constitucionalidade das seguintes tabelas constantes dos anexos dessa lei, alteradas pelas Leis tocaninenses n. 2.142/2009 e 2.145/2009:

"ANEXO II À LEI N. 1.950, de 7 de agosto de 2008.

CARGOS DE NATUREZA ESPECIAL, CARGOS EM COMISSÃO DO GRUPO DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO SUPERIOR E DO GRUPO ASSESSORAMENTO DIRETO DO PODER EXECUTIVO.

Tabela II - Cargos em comissão não estruturais:

a) Grupo de Direção e Assessoramento Superior - DAS:

CARGO/NÍVEL	QUANTIDADE Lei 1.950/2008	QUANTIDADE Lei 2.145/2009
DAS - 12	49	34
DAS - 11	35	28
DAS - 10	156	82
DAS - 9	27	21
DAS - 8	79	44
DAS - 7	361	169
DAS - 6	128	65
DAS - 5	253	228
DAS - 4	98	74
DAS - 3	388	388

ADI 4.125 / TO

DAS - 2	195	162
DAS - 1	628	612
<b>Total</b>	<b>2.397</b>	<b>1.907</b>

b) Grupo de Direção e Assessoramento Superior - AD:

CARGO/NÍVEL	QUANTIDADE	QUANTIDADE
	Lei 1.950/2008	Lei 2.145/2009
AD - 8	1.330	1.041
AD - 7	724	669
AD - 6	1.070	1.001
AD - 5	677	528
AD - 4	895	638
AD - 3	1.120	507
AD - 2	1.893	691
AD - 1	7.014	6.173
<b>Total</b>	<b>14.723</b>	<b>11.248</b>

Tabela III - Cargos em Comissão dispostos nas estruturas dos órgãos e das entidades do Poder Executivo:

a) Grupo de Direção e Assessoramento Superior - DAS/E:

CARGO/NÍVEL	QUANTIDADE	QUANTIDADE
	Lei 1.950/2008	Lei 2.145/2009
DAS - 12	109	104
DAS - 11	5	3
DAS - 10	490	459
DAS - 9	18	12
DAS - 8	66	35
DAS - 7	856	791
DAS - 6	161	130
DAS - 5	905	732

ADI 4.125 / TO

DAS - 4	123	92
DAS - 3	1.090	910
DAS - 2	82	61
DAS - 1	797	659
<b>Total</b>	<b>4.702</b>	<b>3.988</b>

b) Grupo de Assessoramento Direto - AD/E:

CARGO/NÍVEL	QUANTIDADE	QUANTIDADE
	Lei 1.950/2008	Lei 2.145/2009
AD - 8	1.108	855
AD - 7	780	466
AD - 6	862	738
AD - 5	388	220
AD - 4	751	387
AD - 3	517	297
AD - 2	283	97
AD - 1	2.482	1.547
<b>Total</b>	<b>7.171</b>	<b>4.607</b>

ANEXO III À LEI N. 1.950, de 7 de agosto de 2008.

CARGOS EM COMISSÃO RESTRITOS ÀS ÁREAS DA SAÚDE, EDUCAÇÃO E PERÍCIA.

Tabela I - Cargos em Comissão da área da saúde:

CARGO	QUANTIDADE
Agente de Medicina Superior	80
Agente de Medicina Superior	232
Agente de Enfermagem Superior	249
Agente de Enfermagem Auxiliar	949
Agente de Odontologia Superior	20
Agente de Odontologia Superior	34



ADI 4.125 / TO

Total	1.564
-------	-------

Tabela II - Cargos em Comissão da área da educação:

1. DENOMINAÇÃO DOS CARGOS	QUANTIDADE
Agente de Apoio ao Magistério - AM	170
Agente de Apoio à Docência - AAD	700
Agente Especial de Educação - AE	3.900
Total	4.770

TABELA III - Cargos em Comissão da área de perícia:

CARGO	QUANTIDADE
Presidente da Junta Médica Oficial do Estado	1
Agente de Perícia Médica	11
Agente de Perícia Odontológica	2
Total	14

12. A consequência jurídica decorrente da declaração de inconstitucionalidade da 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, nos exatos termos do pedido formulado pelo Autor (ex tunc), seria a exoneração de milhares de servidores públicos ocupantes de cargos comissionados no Estado do Tocantins.

Tal como se deu na assentada de 14.8.2008, quando a Ministra Ellen Gracie esposou sua preocupação, que é também a do Supremo Tribunal, quanto à possibilidade de agravamento do "prejuízo (...) que já foi causado à

ADI 4.125 / TO

população com a edição dessa lei [n. 1.124/2000] (...) [ante] a falta de serviços públicos" (DJ 3.10.2008), nesse julgamento parece-me adequado e imprescindível ressaltar, ainda que pontualmente, a complexidade dos desdobramentos dele advindos.

É que a eventual declaração de inconstitucionalidade das normas ora impugnadas acarretaria o afastamento - nos termos do pedido e dos dados numéricos constantes das tabelas (Anexos II e III da Lei tocanrinense n. 1.950/2008, alterados pelas Leis n. 2.142/2009 e 2.145/2009) - de aproximadamente 28.000 servidores ocupantes de cargos em comissão, considerando-se que todos os cargos foram preenchidos sem concurso público.

Milhares são as famílias que perderiam parte considerável, se não única, de seu sustento.

Milhares são os cidadãos que correriam o risco de se ver privados, no todo ou em parte, de prestações básicas devidas pelo Estado nas áreas da saúde e da educação, em razão do afastamento de médicos, enfermeiros e professores; por exemplo.

13. Não fosse o número elevadíssimo de cargos em comissão criados no Estado do Tocantins, poder-se-ia cogitar de estar-se diante de situação na qual a Constituição da República autoriza a nomeação de servidores públicos sem a correspondente aprovação em concurso público.

Tão certa quanto a constatação de que um determinado número de cargos então criados pela Lei tocanrinense n. 1.950/2008, com as suas alterações, destina-se a servidores públicos que exercem atribuições típicas de direção, chefia e assessoramento nos quadros do executivo estadual é a impossibilidade do Supremo Tribunal Federal de analisar, caso a caso, quais cargos criados atendem ao disposto na parte final do inc. V do art. 37 da Constituição da República.

ADI 4.125 / TO

A uma, porque a definição do número de cargos em comissão necessários para o adequado funcionamento de órgãos estaduais não é matéria afeita às atribuições do Poder Judiciário, menos ainda, ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição e também responsável pela garantia da harmonia e independência entre os Poderes da República.

A duas, porque se afigura tecnicamente inviável a verificação das atribuições desempenhadas por aproximadamente 28.000 servidores que pretensamente ocupam cargos em 'comissão' no Estado do Tocantins.

Salvo aqueles cargos para os quais não se há como questionar, pela natureza, a condição de chefe, diretor ou assessor (o que se dá, por exemplo, com os Secretários de Estado, Procurador-Geral do Estado, Defensor Público Geral e Presidente de Fundação Pública - Tabela I do Anexo II), em tantos outros, tais como: a) agente de medicina superior, agente de enfermagem auxiliar, agente de odontologia superior (Tabela I do Anexo III); b) agente de apoio ao magistério, agente de apoio à docência, agente especial de educação (Tabela II do Anexo III); c) assessores diretos (grupo de assessoramento direto - AD - alínea b da Tabela II do Anexo II) que foram nomeados para exercer atribuições de motorista (fl. 125), segurança (fl. 123), recepcionista (fl. 123) e auxiliar operacional (fl. 124), evidenciado está que as atribuições diuturnamente desempenhadas por esses servidores não exigem qualquer vínculo de confiança a justificar o comissionamento.

A três, porque a consequência mais nefasta a ser eventualmente enfrentada pela população tocantinense - a paralisação da máquina administrativa - pode ser amenizada pela solução jurídica apresentada pela própria Constituição da República, que, no inc. IX do art. 37, permite a "contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público", conforme adverti no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.232/TO, 3.983/TO e 3.990/TO.

ADI 4.125 / TO

14. Qualquer modulação de efeitos de que se pudesse cogitar<sup>1</sup>, com vistas a manter, ainda que temporariamente, milhares de servidores comissionados em seus cargos, culminaria em uma enxurrada de reclamações constitucionais e o Supremo Tribunal Federal ficaria em situação, no mínimo, delicada já que não são raros os casos de descumprimento de suas decisões pelo Estado do Tocantins.

15. A espécie vertente é particularmente gravosa porque, como bem enfatizado na apreciação da questão de ordem suscitada no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.232/TO, 3.983/TO e 3.990/TO, a lei que ora se examina é exatamente aquela que foi aprovada, em regime de urgência, em 7.8.2008, e que revogou a Lei tocaninense n. 1.124/2000.

Se, por um lado, é certo que, para a declaração da "manifestíssima" (Ministro Cezar Peluso) e "desvairada" (Ministro Ayres Britto) inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 1.124/2000 e de seus decretos regulamentares, os eminentes Ministros do Supremo Tribunal pautaram-se pela inadequação formal da espécie normativa adotada pelo Estado do Tocantins (decretos), dada a absoluta suficiência desse fundamento, por outro, cumpre lembrar que todas as manifestações registradas na assentada de 14.8.2008 anunciaram o absurdo consubstanciado na criação de milhares de cargos em comissão.

Parece que "o efeito pedagógico"<sup>2</sup> que se pretendeu enfatizar no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.232/TO, 3.983/TO e 3.990/TO, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 1.124/2000 com efeitos *ex tunc*, não foi captado pelas autoridades tocaninenses.

16. Para ilustrar o que já causava perplexidade e agora conduz as razões de decidir a seguir expendidas, cumpre reiterar alguns dados.

ADI 4.125 / TO

Em 23.6.2008, o pedido de pauta de julgamento no Plenário das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.232/TO, 3.983/TO e 3.990/TO foi lançado no sítio do Supremo Tribunal Federal e publicado no DJe de 1º.8.2008.

Veja-se que o Governador do Estado do Tocantins apresentou o projeto de lei que deu origem à Lei n. 1.950/2008 seis dias depois da publicação da pauta de julgamento, em 7.8.2008, em regime de urgência, tendo sido aprovado na mesma data pelo Poder Legislativo local.

O art. 10 da Lei tocantinense n. 1.950/2008 revogou a Lei n. 1.124/2000 e, nos termos do art. 7º, manteve incólumes os servidores "ocupantes: I - dos cargos de Natureza Especial, dos cargos de que trata o art. 4º desta Lei e de Direção e Assessoramento Superior; II - dos cargos em comissão de que trata o art. 6º desta Lei".

O julgamento dessas ações diretas de inconstitucionalidade ocorreu em 14.8.2008, e, curiosamente, em 15.8.2008, o Governador do Estado do Tocantins editou a Medida Provisória n. 386, pela qual, entre outras alterações, foram revogados os arts. 3º, inc. I, 4º e 7º da Lei tocantinense n. 1.950/2008 (fl. 353).

Essa medida provisória, que, aparentemente, importaria no afastamento dos ocupantes de cargos em comissão previstos no art. 7º da Lei tocantinense n. 1.950/2008, foi seguida do Ato n. 2.871 - EX, de 15.8.2008, expedido pelo Governador do Estado do Tocantins nos seguintes termos:

**"CONSIDERANDO**

a decisão do Supremo Tribunal Federal que decretou, com efeito retroativo (ex tunc), a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 1.1124, de 1º de fevereiro de 2000, resultante das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.232, apresentada pela Procuradoria-Geral da República, e 3.983 e 3.990, movidas pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB,

**EXONERAR**

ADI 4.125 / TO

a partir de 15 de agosto de 2008, os atuais ocupantes de todos os cargos de natureza especial e os cargos em comissão da estrutura básica do Poder Executivo, inclusive os de Funções Gratificadas" (fl. 354).

Registre-se, ainda, que, em 15.8.2008, a Lei tocantinense n. 1.950/2008 já produzia efeitos, pelo que os ocupantes de cargos de natureza especial ou de cargos em comissão não foram efetivamente afastados de seus postos de trabalho, pois a Lei n. 1.950/2008 assegurou-lhes, por suas tabelas, os cargos antes ocupados.

A formalização disso deu-se por um sem-número de atos expedidos pelo Governador do Estado do Tocantins em 15.8.2008 (Ato n. 2.872-NM e seguintes, fls. 114-136/167-298, Diário Oficial n. 2.714, de 18.8.2008), data em que foram criados outros cargos em comissão pelos Decretos n. 3.464/2008, 3.465/2008, 3.466/2008 e 3.470/2008, nos termos do art. 8º da Lei n. 1.950/2008 (fls. 113-114/299-302).

Como anunciado acima, da leitura das tabelas inscritas nos anexos ao diploma legal impugnado com as alterações posteriores (Leis tocantinenses n. 2.145/2009 e 2.232/2009), vê-se que foram criados no Poder Executivo tocantinense aproximadamente 28.000 cargos em comissão, além de outros definidos como de natureza especial, referentes às chefias de órgãos e entidades estatais (Tabela I do Anexo II da Lei n. 1.950/2008, que não foi impugnada pelo Autor).

Na "planilha referente ao quadro de vacância de cargos efetivos" elaborado pela Secretaria da Administração (Ofício n. 1323/SECAD-GASEC encaminhado ao Procurador-Geral do Estado do Tocantins em 19.7.2007, fl. 76), há notícia de que dos 65.024 cargos de provimento efetivo existentes no Estado do Tocantins apenas 29.944 estavam preenchidos (ocupados) e 35.080 estavam vagos em 2007 (fl. 110).

O cotejo numérico entre os cargos efetivos existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense (65.024), os cargos vagos nesse Estado -

ADI 4.125 / TO

leia-se, a serem preenchidos por concurso público (35.080) - e a quantidade de cargos de natureza especial e em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 revela uma situação curiosa. É que o número de cargos efetivos vagos aproxima-se do número de cargos de provimento em comissão criados. E, ainda, o número de cargos em comissão inicialmente criados (35.419) é maior do que o total de cargos efetivos preenchidos no Estado (29.944), o que poderia levar à constatação absurda de que para cada subordinado há, pelo menos, um "chefe, assessor ou diretor", ocupante de cargo comissionado. Isso sem contar que parte desses cargos em comissão deve ser ocupada por servidores efetivos, como determina o inc. V do art. 37 da Constituição da República.

Ainda que o total de cargos de natureza especial ou em comissão tenha sido reduzido para 28.177 (Leis n. 2.145/2009 e 2.232/2009) e que constem dos autos notícias de concursos públicos realizados em data posterior ao ajuizamento desta ação (fls. 971-1023/1025-1033/1035-1057/1736-1782), permanece o desequilíbrio entre os cargos efetivos e os em comissão da "estrutura básica do Poder Executivo" do Estado do Tocantins.

17. Como sabido, a obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é um instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade, que garante aos cidadãos o acesso aos cargos públicos, em condições de igualdade. Na espécie vertente, a exceção transformou-se em regra.

Quanto ao princípio da igualdade, assinalei que:

"não se aspira uma igualdade que frustre e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas

ADI 4.125 / TO

sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990. p 118).

José Afonso da Silva explica que o princípio da igualdade

"não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual (...) não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os 'iguais' podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador" (Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 216).

O art. 37 da Constituição da República dispõe:

"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;

(...)



ADI 4.125 / TO

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;"

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.364-MC/AL, ao discorrer sobre o alcance da regra do concurso público, o Ministro Celso de Mello pontuou que:

"O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II). A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros" (DJ 14.12.2001).

No mesmo sentido: ADI 423/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 24.8.2007; RE 527.573-AgR/ES; Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 1º.6.2007; ADI 3.016/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 16.3.2007; ADI 1.350/RO, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 1º.12.2006; e ADI 1.573/SC, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 25.4.2003.

Conforme já asseverei, "pelo abrigo dado ao concurso público, no sistema constitucional, como único processo válido para a escolha de servidores públicos, é que não há possibilidade de interpretar qualquer norma que se refira ou mencione concurso (sem expressa declaração de ser

ADI 4.125 / TO

'concurso público') senão como sendo aquele processo. Trata-se de adotar a interpretação conforme à Constituição, porque toda hermenêutica que conduza à desconformidade da norma interpretada com a Constituição traduz nulidade absoluta e insustentável" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 203).

E nem se diga, como defendido pelo então Governador do Estado do Tocantins, que "a falta de provimento de cargos efetivos não enseja[ria] qualquer espécie de inconstitucionalidade na lei criadora de cargos em comissão. Trata[r-se-ia], na verdade, de atuação administrativa que deve ser tomada em estrita observância à execução orçamentária do Estado. Até porque prover cargo efetivo não se dá da mesma forma que o comissionado, à luz do art. 37, II, da Constituição Federal, uma vez que os primeiros demandam a realização de moroso e dispendioso procedimento seletivo (concurso), enquanto em relação aos segundos, não" (fl. 345, grifos nossos).

É que, como ponderei em estudo sobre cargo em comissão:

"O cargo é de provimento comissionado quando tem como característica condição que o dispõe a ter suas funções desempenhadas mediante comissionamento. Significa dizer que o cargo é cometido a alguém em caráter instável e tendente a ser provido segundo uma condição interinamente cumprível. Nesse caso, o cargo pode ser da estrutura permanente da entidade pública, mas o exercício de suas funções dá-se mediante comissionamento, que tem como elemento determinante uma vinculação especial e precária entre o agente público competente à escolha e o servidor designado para o desempenho. (...) O comissionamento pode determinar-se segundo critério de recrutamento do servidor no sentido amplo (situação em que o escolhido pode ser encontrado dentro ou fora dos quadros da Administração Pública) e limitado (quando o universo no qual há de ser feita a escolha do agente haverá de se restringir aos

ADI 4.125 / TO

quadros administrativos). Pode-se dar que um cargo seja destinado a se prover mediante escolha da autoridade competente, restringindo-se, contudo, o exercício dessa competência ao universo dos servidores que compõem carreira específica ou que pertençam aos quadros da Administração Pública.

Se se cuidar da denominada 'função de confiança', tem-se no art. 37, inc. V, da Constituição (após a Emenda n. 19/98) a determinação no sentido de que o provimento comissionado é limitado, quanto à escolha de seu titular, ao universo de servidores de carreira. (...) A confiança haverá de ser considerada em relação às condições de qualificação pessoal e à vinculação do agente escolhido com a função a ser desempenhada. (...)

A expressão 'livre nomeação e exoneração', empregada na Constituição (art. 37, II) e na legislação infraconstitucional, não significa senão que o ato de nomeação, praticado para o provimento do cargo destinado juridicamente a se exercer como um comissionamento, não vincula a autoridade competente indefinidamente, sequer ficando ele restrito ao nome eleito em determinada ocasião. Não se tem, contudo, por força dessa discricionariedade incidente quanto à escolha do agente, competência tão ampla e descomprometida. Preliminarmente porque, mesmo quando o comissionamento puder ser outorgado a alguém estranho aos quadros da Administração Pública, haverá de se cumprir uma série de exigências referentes à habilitação para o exercício das funções que se enfeixam no cargo a prover. Ademais, a 'liberdade' de nomeação poderá ser referencia de competência a se exercer exclusivamente nos quadrantes dos servidores públicos de carreira, pelo que a eleição do agente designado não poderá ser adotada sem o cumprimento dos limites que formam e conformam a Administração Pública.

(...) Pelos termos claros e taxativos da norma [art. 37, inc. V, da Constituição da República], vê-se, pois, que inexistente

ADI 4.125 / TO

possibilidade de ter o legislador infraconstitucional discricionariedade para dispor sobre a natureza do provimento de cargo público que não seja de direção, chefia e assessoramento, pois não tendo tais atribuições há vinculação legislativa, e o provimento de tal cargo é, necessariamente e pelo fundamento constitucional, efetivo. (...) [Para concluir observei que] não se interprete o comissionamento como um arbítrio administrativo deixado ao cuidado do administrador público. Arbitrariedade administrativa é incompatível com o Estado de Direito. Assim, não há comissionamento conferido sem limites a quem quer que seja. Principalmente, não há como interpretar norma que configure como cargo de provimento comissiona[do] sem atentar às normas que estabelecem os fundamentos constitucionais da Administração Pública" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 175-179/191).

Como ressaltado por Celso Antônio Bandeira de Mello, "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, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 292-293).

18. A despeito de não competir ao Poder Judiciário a apreciação do mérito dos atos administrativos, na espécie vertente faz-se mister analisar a validade da lei que criou milhares de cargos em comissão nos quadros da Administração Pública tocantinense à luz de princípios constitucionais, ante as consequências políticas, jurídicas, econômicas e sociais decorrentes de sua aplicação.

Nas palavras de Seabra Fagundes, "como quer que seja, subsistem, mesmo na hipótese de competência discricionária, limitações às atividades

ADI 4.125 / TO

administrativas, como as referentes à forma, à competência, à finalidade, etc., vinculando-se à legalidade" (FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 123).

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, "procede (...) do princípio da legalidade o princípio da proporcionalidade do ato à situação que demandou sua expedição. Deveras, a lei outorga competências em vista de certo fim. Toda demasia, todo excesso desnecessário ao seu atendimento, configura uma superação do escopo normativo. Assim, a providência administrativa mais extensa ou mais intensa do que o requerido para atingir o interesse público insculpido na regra aplicada é inválida, por consistir em um transbordamento da finalidade legal. Daí que o Judiciário deverá anular os atos administrativos incursos neste vício ou, quando possível, fulminar apenas aquilo que seja caracterizável como excesso" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 76).

Em essência, como explica o Ministro Gilmar Mendes, o princípio da proporcionalidade

"consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria ideia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele

ADI 4.125 / TO

dependem para se realizar. (...) A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, (...), a apreciação da necessidade e adequação da providência legislativa. (...) O subprincípio da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. (...) O subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos" (MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonç. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p.114-115/320/322).

No julgamento da Questão de Ordem na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.551/MG, Relator o Ministro Celso de Mello, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu:

"A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais" (DJ 20.4.2006, grifos nossos).

Nesse passo, há que se destacar que, ao decidir o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 365.368/SC, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal já afirmou a necessidade de se guardar a proporcionalidade entre o número de servidores efetivos e o de servidores ocupantes de cargo em comissão:

ADI 4.125 / TO

"EMENTA: AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO. I, - 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. II - 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. III - Agravo improvido" (Primeira Turma, DJ 29.6.2007).

Na mesma linha: AI 779.890/GO, de minha relatoria, decisão monocrática, DJ 27.4.2010; RE 399.330/MG, de minha relatoria, decisão monocrática, DJ 16.12.2009.

Na espécie, como salientado pelo ilustre Advogado-Geral da União:

"o quantitativo de cargos de provimento em comissão, criados na estrutura do Poder Executivo do Tocantins - quando comparado ao dos cargos de provimento efetivo - mostra-se exarcebado, mormente se considerado que aqueles configuram exceção à regra da acessibilidade por concurso público e que se prestam, tão-somente, para as atividades de direção, chefia e assessoramento, conforme determina o art. 37, V, da Constituição Federal.(...) É intuitivo que o número de servidores efetivos deve ser superior aos comissionados. Isso porque aqueles servem à execução das atividades estatais, tendendo à permanência do agente no cargo, enquanto que estes são ocupados em caráter precário e, por expressa disposição constitucional, estão vinculados às atribuições de chefia, direção e assessoramento. (...) Nesses termos, a criação de mais de 35.341 cargos de provimento em comissão, inclusive para agentes da área de saúde e educação, na atual conjuntura do Estado do Tocantins, onde existe o total de 65.024 cargos

ADI 4.125 / TO

efetivos, evidencia a quebra da proporcionalidade que deve permear tais espécies de provimento. Frise-se que, daquele total, 35.080 cargos efetivos encontram-se vagos, sendo que alguns destes possuem exato correspondente na tabela de cargos comissionados ora examinada, como é o caso de agentes de medicina, enfermagem e odontologia. (...) Nesses termos, concebida a proporcionalidade como o liame de adequação entre meios e fins, nota-se hialina disparidade entre a criação de cargos comissionados em quantidade assemelhada aos de provimento efetivo, atualmente preenchidos, e o escopo da norma impugnada, que se consubstancia na organização da estrutura básica do Poder Executivo" (fls. 893-896, grifos no original)..

Não foi outro o posicionamento defendido pelo Procurador-Geral da República:

"Da comparação entre o número de cargos de provimento efetivo e os de provimento em comissão, no Estado do Tocantins, tem-se verificada evidente desproporção, suficiente a demonstrar a burla ao comando inscrito no inciso II do art. 37 da Constituição Federal. (...) De outro lado, a criação dos cargos em comissão deve sempre ocorrer em número proporcional à necessidade do serviço, ou seja, precisa ter relação direta com a busca pelo funcionamento regular dos serviços prestados pela Administração. Nas hipóteses em que o interesse público é ignorado ou contrariado, objetivando a norma apenas assegurar interesses pessoais ou partidários, há de se reconhecer sua incompatibilidade com o texto constitucional. (...) No caso específico, repita-se, clara é a desproporção entre o número de cargos de provimento em comissão e os de provimento efetivo que, registre-se, sequer foram inteiramente preenchidos, estando configurado o desrespeito ao princípio da proporcionalidade e da moralidade administrativa" (fl. 930-931).



ADI 4.125 / TO

19. Não fosse isso suficiente, tem-se que grande parte das vagas ora criadas refere-se a áreas eminentemente técnicas e operacionais, cujas atividades, a toda evidência, não exigem a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado.

Para exemplificar, válido destacar que entre agentes de medicina superior (312), agentes de enfermagem auxiliar (949) e superior (249) e agentes de odontologia (54) foram criados 1.315 cargos em comissão na área de saúde (Tabela I do Anexo III).

A área de educação passou a contar com cargos de agentes de apoio ao magistério - AM (170), de agentes de apoio à docência - AAD (700) e de agentes especiais à educação - AE (3.900), cargos que somados totalizam 4.770 (Tabela II do Anexo III).

Para o desempenho de atividades de perícia, foram criados cargos de agentes de perícia médica (11) e de perícia odontológica (2); além de um cargo para o presidente da junta médica oficial (Tabela III do Anexo III).

Tem-se, ainda, que parte dos cargos de assessoramento direto - AD (Tabela II, alínea b, Anexo II) foi destinada para atividades de "segurança", "receptionista", "motorista de representação", "auxiliar operacional", "auxiliar de serviços da unidade de atendimento", "agente de enfermagem auxiliar" e "encarregado de serviços", entre outros (fls. 125-136).

Para Ivan Barbosa Rigolin, "Se o cargo inclui atribuição de assessoramento, então pode ser em comissão, e o mesmo se diga se contiver atribuições de chefia ou de assessoramento, desde que se o possa demonstrar razoavelmente, ou seja, não é porque um motorista trabalha intimamente vinculado à direção de seu veículo que poderá ocupar cargo em comissão, como não será porque um jardineiro assessora o prefeito sobre que fertilizante sua patroa poderá utilizar nas suas domésticas 'comigo-ninguém-pode' que merecerá função de confiança. Afora a pilheria, reste

ADI 4.125 / TO

clara para a viabilidade formal de existir cargo em comissão ou função de confiança, a necessária e razoável demonstrabilidade da natureza de chefia ou direção - de algum setor, unidade área, departamento, divisão, grupamento turma, seção, equipe, contingente, colegiado, por exemplos - ou ainda de alguma forma ou espécie de assessoramento profissional e nitidamente caracterizado. Sem tais demonstráveis requisitos inconstitucional será a criação de cargos em comissão ou funções de confiança" (RIGOLIN, Ivan Barbosa. Cargo em comissão: se é inconstitucional a função criada (art. 37, V, da CF), o Judiciário não pode apreciar o mérito da criação (Boletim de direito administrativo, v. 19, n. 3, p. 187-197, mar. 2003. p. 191).

Da análise da nomenclatura atribuída aos cargos, aliada ao conteúdo de alguns dos atos de nomeação para os milhares de cargos em comissão que foram criados, dúvidas não remanescem, repete-se, de que eles não se revestem de natureza de chefia, direção ou assessoramento, a evidenciar a contrariedade ao art. 37, inc. V, da Constituição da República.

Ao julgar casos análogos ao vertente, o Supremo Tribunal tem reiterado a inconstitucionalidade de atos normativos que, ao criarem cargos em comissão ou funções de confiança em desconformidade com o art. 37, inc. V, da Constituição da República, acabam por burlar a exigência constitucional do concurso público.

Nesse sentido:

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE CRIA CARGOS EM COMISSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 37, INCISOS II E V, DA CONSTITUIÇÃO. 2. Os cargos em comissão criados pela Lei nº 1.939/1998, do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal. 3.

ADI 4.125 / TO

Ação julgada procedente" (ADI 3.706/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 5.10.2007).

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes ponderou:

"Destarte, verifica-se que os dispositivos impugnados referem-se à criação de cargos em comissão de Assistente, Assistente Técnico de Informática, Assistente Técnico de Laboratório, Assistente de Plenário, Secretário I, Secretário II, Supervisor de Segurança, Secretário III, Assistente de Segurança, Agente da Contadoria do Cartório, Secretário IV, Secretário V, Motorista Oficial e Secretário VI (ANEXO II); Assistente Técnico e Secretário (ANEXO VIII), todas estas atividades com atribuições meramente técnicas e que, por conseguinte, não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção.

A exigência constitucional do concurso público (CF, 37, II) não pode ser contornada pela criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza, conforme a consolidada jurisprudência deste Tribunal: ADI (MC) 1.269, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 25.8.1995; e ADI (MC) 1.141, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 4.11.1994.

Desse modo, verifica-se, no caso ora em apreço, a violação ao disposto nos incisos II e V do art. 37 da Constituição Federal, na medida em que a ocupação dos cargos de natureza meramente técnica, como se tem na espécie, deve ocorrer mediante a realização de prévio concurso público" (DJ 5.10.2007).

Nesse julgamento (ADI 3.706/MS), o Ministro Ayres Britto esclareceu:

"o inciso V do art. 37 contém vários núcleos semânticos, cada qual deles com um tipo particularizado de eficácia. Por exemplo: quando a Constituição se refere aos "cargos em

ADI 4.125 / TO

comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei", essa parte - "nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei" - é de clara natureza limitada, a sua eficácia limitada ou parcial, porque depende da edição de lei. Porém, quando a Constituição ultima o seu discurso normativo dizendo que tais cargos se destinam "apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento", nessa parte a Constituição é de eficácia plena; dispensa, portanto, as achegas da lei ordinária; não precisa da mediação do legislador de segundo grau, que é o primeiro aplicador da Constituição.

Então, no caso, essa parte final, que é de eficácia plena e, portanto, de aplicabilidade imediata, cumpre uma função prestigiadora do inciso II da Constituição, que trata exatamente de concurso. Daí porque, ao falar da criação de cargos em comissão, a Constituição usou do advérbio "apenas": apenas serão criados cargos em comissão para as atribuições de direção, chefia e assessoramento. Com isso, a Constituição quis evitar exatamente o contorno à regra do concurso de que falou o Ministro Gilmar Mendes" (DJ 5.10.2007).

Na assentada de 10.5.2007, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.233/PB, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal confirmou o entendimento de que

"II - Ofende o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal norma que cria cargos em comissão cujas atribuições não se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração, que informa a investidura em comissão. Necessidade de demonstração efetiva, pelo legislador estadual, da adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público. Precedentes. Ação julgada procedente" (ADI 3.233/PB, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 14.9.2007, grifos nossos).

ADI 4.125 / TO

Em seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa assinalou:

"O Supremo Tribunal Federal tem interpretado essa norma como exigência de que a exceção à regra do provimento de cargos por concurso público só se justifica concretamente com a demonstração - e a devida regulamentação por lei - de que as atribuições de determinado cargo sejam bem atendidas por meio do provimento em comissão, no qual se exige relação de confiança entre a autoridade competente para efetuar a nomeação e o servidor nomeado (ADI 1.141, rel. min. Ellen Gracie, Pleno, DJ de 29.08.2003; ADI 2.427-MC, rel. min. Nelson Jobim, Pleno, DJ de 08.08.2003). Esse entendimento já se consolidara sob a vigência da Constituição anterior (Rp 1.368, rel. min. Moreira Alves, Pleno, j. 21.05.1987; Rp 1.282, rel. min. Octavio Gallotti, Pleno, j. 12.12.1985)" (DJ 14.9.2007).

Ainda nesse sentido:

"O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão ou funções de confiança (CF, art. 37, II). - A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros. Precedentes. Doutrina. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - tendo presente a essencialidade do postulado inscrito no art. 37, II, da Carta Política - tem repudiado, por inconstitucionais, normas que autorizam, permitem ou

ADI 4.125 / TO

viabilizam, independentemente de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, o ingresso originário no serviço estatal, a permanência, em cargos de provimento efetivo, de servidores meramente requisitados ou o provimento em cargos administrativos diversos daqueles para os quais o servidor público foi admitido. Precedentes" (ADI 945-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19.12.2006).

E ADI 2.682/AP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 18.6.2009; ADI 1.141/GO, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 29.8.2003; e ADI 1.269-MC/GO, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 25.8.1995.

20. Válido, nesse ponto, retomar o que asseverado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.661/MA, quando destacou que "o princípio da moralidade administrativa - enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico - condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. [Para o eminente Ministro, acompanhado por seus Pares,] a atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais". (ADI 2.661-MC/MA, Tribunal Pleno, DJ 23.8.2002).

Conforme pontuei, "a moralidade administrativa é, pois, princípio jurídico que espraia num conjunto de normas definidoras dos comportamentos éticos do agente público, cuja atuação se volta a um fim legalmente

ADI 4.125 / TO

delimitado, em conformidade com a razão de Direito exposta no sistema normativo. (...). O que se põe em foco, quando se cuida de moralidade administrativa, é a confiança do povo no Poder institucionalizado e a legitimidade de seu desempenho quanto à gestão da coisa pública" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 191).

A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão (com as alterações promovidas pelas Leis tocantinenses n. 2.232/2009 e 2.145/2009, respectivamente), por certo não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos emanados do Estado, pelo que há de ser, por mais esse fundamento, considerada inconstitucional.

Nesse sentido: ADI 2.600-MC/ES, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 25.10.2002; MS 23.780/MA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 3.3.2006.

21. Quanto ao art. 8º da Lei tocaninense n. 1.950/2008, tem-se que seu comando normativo é demasiadamente amplo.

Ao delegar ao Chefe do Poder Executivo poderes, 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", o legislador estadual acabou por deixar em aberto a possibilidade de governador, a pretexto de organizar a estrutura administrativa do Estado, criar novos cargos sem a edição de lei.

A despeito de existir na parte final desse dispositivo normativo ressalva taxativa no sentido de que essa atribuição não pode ser exercida se houver "aumento de despesa, [ou importar] criação ou extinção de cargos e órgãos públicos", a depender da abrangência das alterações afeitas às competências, atribuições, denominações e especificações dos cargos, pode ficar configurada a inconstitucionalidade rechaçada nas Ações Diretas de

ADI 4.125 / TO

Inconstitucionalidade 3.232/TO, 3.983/TO e 3.990/TO, quando o Supremo Tribunal, repete-se, afirmou que "a criação de cargos públicos só pode dar-se mediante edição de lei em sentido formal, e não por via de decreto" (Ministro Cezar Peluso, DJ 3.10.2008).

Como ponderado pelo Procurador-Geral da República, esse "dispositivo, ao contrário de se harmonizar com os arts. 61, § 1º, II, "a", e 84, VI, da Constituição, desvirtua as normas por eles veiculadas, possibilitando ao Governador do Estado agir além da competência assegurada pelo texto constitucional, de tal sorte que a alteração na estrutura administrativa, e, em especial, nas competências e especificações dos cargos públicos, promovidas a título de reorganização, possuam tamanha significação que representem, na realidade, verdadeira inovação na ordem jurídica, o que não é admitido pela Constituição Federal" (grifos no original).

Sob esse aspecto, válido retomar o voto proferido pelo Ministro Ayres Britto no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.232/TO, 3.983/TO e 3.990/TO:

"a lei [tocantinense n. 1.124/2000] é de uma inconstitucionalidade enlouquecida, desvairada, é tríplice, a ponto de habilitar o Poder Executivo a, mediante decreto, criar cargos sem quantitativo, ou seja, sem limite numérico. Não há nem limite numérico para a criação de cargos e funções tanto em comissão como de provimento efetivo. Assim também a redistribuição de pessoal sem nenhum parâmetro. A redefinição das tabelas dos cargos comissionados e funções gratificadas também sem nenhum parâmetro. A própria remuneração de cada cargo ficou em aberto; a própria nomenclatura do cargo, ou seja, o tipo do cargo, a natureza do cargo. Tudo foi adjudicado, foi entregue ao arbítrio do Poder Executivo. Quanto à aplicabilidade da nossa decisão ex tunc, ela se justifica porque se trata aqui de um caso de escancarada, de inescandível



ADI 4.125 / TO

mã-fé esse ziguezague com a expedição e revogação de lei" (DJ 3.10.2008, grifos nossos).

Os enfáticos termos ora destacados parecem anunciar as práticas políticas e jurídicas que se sucederam no Estado do Tocantins. Em 15.8.2008, dia seguinte ao julgamento, o Governador tocantinense editou a Medida Provisória n. 386 (convertida na Lei n. 1.960, de 3.9.2008, pela qual se revogou o art. 7º da Lei n. 1.950/2008)<sup>3</sup>; expediu o Ato n. 2.871 - EX (exonerando, "a partir de 15 de agosto de 2008, os atuais ocupantes de todos os cargos de natureza especial e os cargos em comissão da estrutura básica do Poder Executivo, inclusive os de Funções Gratificadas", fl. 354); criou outros cargos em comissão pelos Decretos n. 3.464/2008, 3.465/2008, 3.466/2008 e 3.470/2008, nos termos do art. 8º da Lei n. 1.950/2008 (fls. 113-114/299-302); e, ainda, nomeou, por um sem-número de atos, milhares de servidores para os cargos comissionados criados pela Lei tocantinense n. 1950/2008 (Ato n. 2.872-NM e seguintes, fls. 114-136/167-298, Diário Oficial n. 2.714, de 18.8.2008).

Manobras iniciadas às escâncaras nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.232/TO, 3.983/TO e 3.990/TO, sob o nebuloso manto do que seria exercício de atribuições constitucionais pelo Governador do Estado do Tocantins, não podem ser acolhidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Na assentada de 3.9.1956, no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança 3.569/SP, Relator o Ministro Lafayette de Andrada, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu:

"DELEGAÇÃO DE PODERES. CRIAÇÃO DE CARGOS PUBLICOS, FIXAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES E VENCIMENTOS: E ATRIBUIÇÃO DO LEGISLATIVO QUE NÃO PODE SER DELEGADA AO EXECUTIVO. ARTS. 20, LETRA D E 43, LETRA G DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE S. PAULO" (DJ 16.11.1956).

ADI 4.125 / TO

Se a caracterização de determinado cargo dá-se pelas atribuições que lhes são conferidas, dúvidas não remanescem de que essas alterações importariam, reflexamente, na criação de novos cargos. Daí a inconstitucionalidade das expressões "atribuições", "denominações" e "especificações" de cargos contidas no art. 8º da Lei n. 1.950/2008.

22. Pelo exposto, julgo procedente a presente ação 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.

Considerando-se a gravidade do quadro funcional, cujos cargos criados pela Lei 1.950 são nulos, em razão da natureza de seu provimento - comissionado - situação inconstitucional com as exigências constitucionais, mas que se referem a atividades estatais essenciais aos cidadãos - que não podem ser onerados, ainda uma vez, pela ausência da prestação em setores sensíveis como os da educação, saúde e segurança pública, dentre outros, voto no sentido de ser conferido prazo de, no máximo, doze meses, contados da data deste julgamento, ao Estado do Tocantins, a fim de que o Poder Executivo reveja todas as nomeações feitas quanto aos cargos criados pelas normas declaradas inválidas, desfazendo-as e substituindo-as pelo provimento dos cargos de igual natureza e de provimento efetivo vagos, mediante realização de concurso público, ou pela criação de novos cargos, de provimento efetivo, para o desempenho das funções correspondentes às entregues a ocupantes de cargos de provimento comissionado com base na Lei n. 1950, ressalva feita aos cargos de direção, chefia e assessoramento.

É como voto.

---

a) a declaração parcial de inconstitucionalidade para manter parte dos ocupantes de cargos em comissão que desempenham atribuições de chefia, direção ou assessoramento, determinando-se que as autoridades competentes verifiquem as irregularidades e determinem

**ADI 4.125 / TO**

a exoneração dos servidores indevidamente beneficiados com tais cargos; b) a declaração de inconstitucionalidade das normas impugnadas, com efeitos *ex nunc*, concedendo-se algum prazo para que o Estado promova concursos públicos para o provimento dos cargos então destinados ao comissionamento, entre outras possibilidades.

<sup>2</sup> Nas palavras do saudoso Ministro Menezes Direito: "É preciso se ensinar que não é possível brincar com o erário" (DJ 3.10.2008).

<sup>3</sup> "Art. 7º São mantidos os atuais ocupantes:

I- dos cargos de Natureza Especial, dos cargos de que trata o art. 4º desta Lei e de Direção e Assessoramento Superior;

II- dos cargos em comissão de que trata o art. 6º desta Lei."

09/06/2010

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.125 TOCANTINS

**ESCLARECIMENTO**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** – Dada a circunstância de se ter mais da metade dos quadros ou cargos que hoje compõem o Estado do Tocantins, até mesmo com a prestação de serviços essencialíssimos exercidos por esses servidores, concluo no sentido de ser definido por este Plenário um prazo, que estou sugerindo em, no máximo, dezoito meses, para que haja a substituição desses servidores, criação dos cargos ou realização de concurso público - há trinta e cinco mil cargos vagos de provimento efetivo, pelo menos nos dados que temos nos autos -, a fim de que não sofra solução de continuidade a prestação de serviços essenciais. Se temos hoje quase trinta mil cargos, inclusive na área de saúde, educação e segurança pública, exercidos por comissionados, simplesmente cortar faria, realmente, com que parasse o Estado em detrimento dos cidadãos. Então não dou efeito *ex tunc* à presente decisão, nem é com base no artigo 27 da Lei 9.868/1999, mas considerando o interesse urgente e óbvio dos cidadãos tocantinenses, que precisam dos serviços e com eles não poderiam contar, não tendo em nada contribuído para tal desmando.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Vossa Excelência está fixando o prazo de quanto?

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Estou oferecendo, para discussão, dezoito meses, para a substituição total de todos esses servidores. Eles permaneceriam, então, até a ultimação da substituição, que tem de ser obrigatória, tal como fizemos na ação direta da Defensoria Pública de Minas.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Senhora Relatora: e se desatendido o prazo?

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** -

**ADI 4.125 / TO**

Naquele caso nós determinamos que o Governador teria que indicar as providências tomadas ao Presidente do Supremo. Realmente, aqui, pararia tudo, se simplesmente declarássemos a inconstitucionalidade; e não vejo como dar efeito *ex nunc*, porque os cargos comissionados que foram criados é que são nulos, logo os seus ocupantes não podem ficar num limbo administrativo, não podem permanecer no desempenho em que foram, inconstitucionalmente, colocados.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Poderia ser também atribuição de efeito *ex tunc*, setorialmente, só para os três setores essenciais.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Amanhã se define um pouco melhor isso.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Sim, vamos continuar o julgamento.

**09/06/2010****PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.125 TOCANTINS**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Senhor Presidente, apenas como um processo mnemônico, eu gostaria de registrar a preocupação com esse tipo de prática. Talvez valesse a pena, concluído o julgamento, em casos como este e semelhantes a este, que houvesse uma comunicação formal ao Ministério Público para ter uma ação mais efetiva, quer dizer, fico a imaginar quando se criam trinta mil cargos em comissão, de uma só feita.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Trinta e cinco mil.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Em cima de uma decisão do Supremo.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Exatamente, ao final do julgamento cogitei de enviar ao Ministério Público para tomada de providências.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Sim, para que houvesse uma ação realmente coordenada, por parte do Conselho Nacional do Ministério Público, porque nós estamos a falar de questões sérias, de um desrespeito sistêmico à Constituição.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - E até à decisão do Supremo, Ministro, em três ações diretas. Por isso fiz questão de relembrar os termos graves dos Ministros Cezar Peluso, Menezes Direito e Ayres Britto.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Achei o prazo de dezoito meses alongado.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Ministro, não tenho a menor dificuldade em reajustar; eu ofereci com base no nosso precedente.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - O caso é delicadíssimo, também, porque nós estamos muito próximos das eleições e há todos os reflexos, além da continuidade dos serviços públicos, tal

**ADI 4.125 / TO**

como destacado pela Ministra.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O autor é um partido político.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Mas o Supremo também não pode ficar decidindo e julgando segundo conveniência de partido, que entra com ação quando é contra o governador, comunica que o governador foi cassado, depois pede para agilizar, depois pede adiamento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Preocupa-me esse abuso escancarado, porque se trata de uma lei. O Ministério Público acompanha isso no Estado, mas não se tem notícia de ação civil pública...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Ação de improbidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - De medidas que precisam ser tomadas e que são até mais efetivas, às vezes, do que a própria ação direta. É preciso ter uma reação sistêmica a isso, que dizer, um abuso escancarado à luz da lei de responsabilidade fiscal.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Curiosamente, eu tinha cogitado de comunicar ao Ministério Público, tal como se faz na Justiça Eleitoral, para, se for o caso, tomar providências, mas para cientificá-lo formalmente do que aconteceu.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Os casos que chegarem aqui, por conta das fricções políticas, nós temos a jurisprudência pacífica, mas certamente isso está ocorrendo, às escâncaras, no plano estadual, se houver consenso político, e também no plano municipal, muito provavelmente em várias unidades da Federação. Então, seria importante que se consertasse uma ação mais...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Joga-se com dois elementos: o fato consumado e a morosidade da Justiça.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - É bom advertir que a comunicação é para o Ministério Público estadual.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - O cidadão é que não pode não ter a justiça, porque esse servidor será

**ADI 4.125 / TO**

afastado amanhã.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - O Ministério Público estadual, Ministra Cármen Lúcia, precisa ter uma ação, mas hoje tem um órgão de cúpula, CNMP; precisa-se ter alguma ação efetiva, porque isso é um desperdício de recursos.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Aí EU SUGERIRIA QUE - PARA CONTINUAR AMANHÃ - FOSSE OFICIADO AO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E AO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Ministério Público, porque é preciso ter uma ação em relação a essas questões.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Pode ser uma melhor medida.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Porque fica fácil, desrespeita-se a Constituição enlouquecidamente, volto a dizer, e se pede que a decisão nossa seja de efeito *ex tunc*.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Não é só à Constituição, à nossa decisão também.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - À nossa decisão também.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Foi um desrespeito ao Supremo Tribunal Federal, que, em três ações, e que nós só julgamos porque o Ministro Cezar Peluso, Relator, insistiu em que se julgasse.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - Em cima do pronunciamento do Supremo.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Mas esse governador foi aquele afastado, no ano seguinte ao do julgamento, pelo TSE.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - O governador foi cassado. Temos um novo governador eleito indiretamente para esse período restante.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Esse



**ADI 4.125 / TO**

que era o autor dos decretos foi afastado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - E é um caso difícil *in concreto*, porque certamente haverá aqueles que estão ocupando cargo para fins políticos e tudo o mais, mas haverá aqueles que estão prestando serviço, como professores, médicos, agentes de saúde.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Mas que estão nessa condição exatamente porque não se faz o concurso. Então, o cargo em comissão fica como um favor e não como um direito do cidadão a ter acesso ao cargo público.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - No juízo de inconstitucionalidade tem-se essa dificuldade. Daqui a pouco ainda seremos responsabilizados pelo eventual caos jurídico que se venha a instaurar na unidade federada. Daí a necessidade de metrificarmos bem essa proposta de aplicação do artigo 27, mas acho que é preciso ir um pouco além, no sentido de o Tribunal concitar o Ministério Público a fazer uma verificação dessa prática. Quer dizer, no caso do Estado, nós vimos, primeiro, foi um decreto da relatoria do Ministro Cezar Peluso; aí vem uma lei que praticamente repete.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - A lei veio seis dias antes para que o Ministro não persistisse no julgamento.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Para revogar.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - A lei faz um zigue-zague.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Sempre na véspera do julgamento para que o Supremo não julgue.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - O que justifica mais ainda a revisão completa daquela jurisprudência quanto ao ato revogado.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - O TRIBUNAL CONSAGROU TEXTUALMENTE, NAQUELE JULGAMENTO, A MINHA PROPOSTA DE QUE NÃO CONSIDERASSE PREJUDICADA A AÇÃO.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - É o caso típico de fraude mesmo, de fraude à jurisdição.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Com

**ADI 4.125 / TO**

relação ao prazo, talvez nós pudéssemos imaginar até que ele não se aplicasse aos cargos que não prestam serviços essenciais.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Por isso eles teriam de pontuar, um por um.

**PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.125**

PROCED.: TOCANTINS

**RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA**

REQTE.(S): PARTIDO SOCIAL DA DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB

ADV.(A/S): JOÃO COSTA RIBEIRO FILHO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO TOCANTINS

REQDO.(A/S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO TOCANTINS

**Decisão:** À falta superveniente de *quorum*, após o voto da Senhora Ministra Cármem Lúcia (Relatora), que julgava procedente a ação direta, fixando prazo de 18 (dezoito) meses para concurso público, foi o julgamento suspenso até a sessão de amanhã. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, neste julgamento o Senhor Ministro Eros Grau e, ocasionalmente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram, pelo requerente, o Dr. João Costa Ribeiro Filho e, pelo requerido, Governador do Estado, o Dr. Fernando Pessoa da Silveira Mello. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 09.06.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia e Dias Toffoli.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira.

  
P/ Luiz Tomimatsu  
Secretário

10/06/2010

PLENÁRIO

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.125 TOCANTINS

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Senhor Presidente, apenas para acrescentar que, da noite de ontem até hoje, recebi algumas centenas de *e-mails* e há uma notícia que gostaria de transmitir aos eminentes Pares.

Entre os *e-mails* enviados, fizeram constar os remetentes que já houve concurso para cargos na área da saúde. Eu digo isso, porque, ao final do meu voto, eu propunha que se fixasse um prazo de até 18 (dezoito) meses, mas deixei claro que isso era um prazo em aberto, apenas para que os serviços públicos fundamentais, essenciais não sofressem solução de continuidade. E não tínhamos essas informações de que concursos já realizados, inclusive na iminência de terem os seus prazos de validade extintos, já foram feitos e que, portanto, existiriam os cargos.

Estou dando ciência aos eminentes Pares para o especial fim de se considerar tal fato na fixação do prazo, se vier ele a ser concedido, por um dever de honestidade para com os Ministros. Só para isso.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Só há um problema, porque, se estabelecermos prazo, principalmente longo, evidentemente esses concursos não serão acionados e esgotar-se-á a vigência.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - É exatamente o que eles fazem. Foi por isso que fiz questão de dar ciência, porque alguns dos *e-mails* - claro que não os li todos, foram mais de trezentos -, alguns deles dão ciência de quando aconteceu e dizendo que, se forem vingados os tais dezoito meses, alguns desses concursos já teriam passado. Mas, como ontem se dizia que pararia tudo, que não tinha ninguém, etc., queria dar ciência deste dado que não constava dos autos.

Muito obrigada, Senhor Presidente!

10/06/2010

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.125 TOCANTINS****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhor Presidente, na assentada anterior, comecei a refletir em voz alta no sentido de imaginar se não seria possível separarmos aqueles cargos cujos integrantes exercem serviços essenciais daqueles que não exercem serviços essenciais, porque há uma lista em anexo. Eu não sei se isso seria factível ou não.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Não. Até porque esses cargos são de provimento comissionado. Todos eles.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** – Todos?

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Então, o próprio Estado é que pode dizer.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - E envolve educação, envolve saúde, envolve fiscalização.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Existem cargos que realmente são de direção e assessoramento. Por isso votei no sentido da procedência da ação para que estas tabelas fossem declaradas inválidas, de tal maneira que sobreviessem outras, observados os termos da Constituição e, aí, não há como o Poder Judiciário fazer isso.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** – Eu acato integralmente o argumento de Vossa Excelência, e também o argumento do Ministério Público, bem como o da Advocacia-Geral da União, que tem duas perspectivas: a primeira, é que o número de cargos comissionados supera em muito o de cargos efetivos. Ou seja, em linguagem popular, há mais caciques do que índios. A segunda é que muitos cargos são de caráter técnico, que não têm nada a ver com os cargos em comissão ou cargos de confiança.

Por isso que, num primeiro momento, imaginei, ao final da sessão de ontem, até me pronunciei nesse sentido, e como há uma tabela em anexo,

**ADI 4.125 / TO**

que talvez fosse possível nós separarmos aqueles cargos de caráter técnico daqueles cargos que são claramente em comissão. Estes, dada a sua evidente ilegalidade e inconstitucionalidade, podiam ser declarados de imediato inconstitucionais e os cargos vagos.

Mas reconheço que há uma dificuldade de ordem prática, é difícil separar o joio do trigo, e creio que é mais prudente a solução alvitada por Vossa Excelência e eu adiro integralmente.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Mas é porque inclusive alguns casos, por exemplo, cargo comissionado DAS, que está sendo desempenhado, como li ontem, por motorista, recepcionista.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - É apenas a forma de empregar.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Então não há como se fazer isso.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - É razoável, adiro integralmente a essa proposta.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Nós estamos discutindo prazo. Qual o prazo que Vossa Excelência acha razoável?

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - O prazo de dezoito meses é um prazo factível para que se elabore editais de concurso.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Eu disse que estava deixando em até dezoito meses, mas achando mesmo que, sendo um prazo por demais longo, que a gente pudesse diminuir.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Quantos? Seis meses?

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Não, doze meses.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Seis meses não dá para fazer um concurso, todos os concursos, para professor, para áreas de saúde, para recriar cargos, o que deverá ser preciso.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - A lei nova

**ADI 4.125 / TO**

que tem que ser aprovada.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Eu acho que doze meses, por exemplo, é um período razoável pela minha experiência administrativa.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Há um fato que reforça a justiça dessa proposta da fixação de um prazo não tão curto. É que o atual governador, que enquanto governador não contribuiu para a instauração dessa situação caótica - enquanto governador -, foi eleito agora indiretamente. Quer dizer, recebeu uma herança maldita, digamos assim, em termos jurídicos, e precisa de um tempo para reorganizar a administração pública. Então, acho que um prazo em torno de oito a doze meses é um bom prazo.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Acho que doze meses seriam suficientes inclusive para ver o que não pode ser recriado de jeito nenhum.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Porque nós temos que imaginar que há um processo legislativo, primeiro é preciso recriar os cargos por lei, depois é preciso realizar concursos, fazer editais. Por isso é que imaginei que dezoito meses seria o prazo razoável.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Eu acho que doze meses talvez seja suficiente.

10/06/2010

PLENÁRIO

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.125 TOCANTINS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, poderíamos cogitar da gestação humana, mas estamos diante de um monstrengo, estamos diante de uma lei estadual que foi editada após esta Corte ter sinalizado quanto à impropriedade de se generalizar a criação de cargos e funções comissionados. Penso que está na moda proceder desta forma, porque se chega ao endosso de indicações que surgem, em detrimento do serviço público, no campo estritamente político.

A situação desse processo é emblemática, em que se desprezaram as balizas da Constituição Federal, no que são imperativas no tocante à criação desses cargos e funções. Isso ocorreu de forma escancarada, considerado volume impróprio, chegando-se a trinta e cinco mil cargos de confiança, inclusive em setores técnicos. Não se trata de cargos de direção e assessoramento.

Tenho sido, Presidente, inflexível quanto à concretude maior da Carta da República. Esta não pode ser colocada em *stand by* para observância flexível e projetada no tempo. Tanto assim que, sob o ângulo do instituto da modulação, pronuncio-me sempre de forma contrária.

A partir do momento em que deixamos o nosso pronunciamento postergado no tempo, quanto à eficácia, agasalhamos algo que no Brasil é uma constante: a potencialização do fato consumado.

Por isso, peço vênica para – coerente com o que venho sustentando no Plenário – entender que a decisão há de ser observada de imediato. A relatora acaba de nos informar que existem concursos públicos com término de prazo de vigência próximo. Não se acionam esses concursos públicos, não se parte para a nomeação dos aprovados justamente porque os cargos e funções estão ocupados de forma ilegítima, ou seja, sob o ângulo do comissionamento – algo muito comum em Brasília no tocante a residências – sob o ângulo do "QI": quem indica.

Peço vênica, então, para, simplesmente, julgar procedente o pedido formulado na inicial.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Mas ontem nós decidimos, por proposta do Ministro Gilmar Mendes, pelo encaminhamento da matéria ao



**ADI 4.125 / TO**

Ministério Público. Então, estaremos fazendo uma distinção entre administrador e administração pública. Esta nossa decisão favorece à administração pública e, por consequência, aos administrados, mas não ao administrador faltoso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Tenho dúvidas quanto ao encaminhamento, Ministro, porque se procedeu às nomeações cumprindo a lei, observando a lei. Poderiam, é certo, os administrados deixar de levar em conta a lei para homenagear a Constituição Federal.

10/06/2010

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.125 TOCANTINS**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Poder-se-ia pedir, até incidentalmente, a declaração de inconstitucionalidade na ação civil pública e todas as medidas de responsabilização, num caso como este, em que se indica que temos mais cargos em comissão do que cargos efetivos no Estado, e uma prática que infelizmente não está limitada ao Estado de Tocantins.

Vou me lembrar – Ministro Peluso e Ministra Ellen também certamente têm na memória – dos casos no âmbito dos Tribunais de Justiça. Também nós temos essa situação de excesso de servidores comissionados e de falta de servidores efetivos. E o Conselho, inclusive, num dado momento, nas várias gestões, determinou a feitura imediata de concurso público e a dispensa dos servidores comissionados. Mas, claro, isso esbarra no próprio funcionamento dos Tribunais, porque, embora isso se tenha consolidado ao longo de décadas – eu me lembro que no Tribunal de Alagoas não se fazia concurso público há vinte anos – estamos falando de Tribunal. Quer dizer, foi realizar concurso público para servidores recentemente; então, a medida não podia ser implementada de imediato, sob pena de afetar a prestação do serviço público essencial. Portanto, me parece que há de se fazer essa contemporização. Tomando as medidas necessárias, eu acredito que realmente tem que haver um esforço nesse sentido de banir essa prática de não realização de concurso, de não profissionalização da burocracia, tal como preconiza o texto constitucional. E não estamos a falar de nenhuma novidade; já era assim sob a Constituição de 67, 69, e tudo o mais. Por outro lado, também não podemos assumir o risco de comprometermos o funcionamento normal de serviços públicos, e isso ocorre. Por isso, não me causa nenhuma estranheza a forma de modulação de efeitos a partir do artigo 27, porque o que se faz aqui é uma ponderação de princípios. Nós estamos mantendo a ideia de nulidade, e normalmente o Tribunal a sanciona, a chancela, não há nenhuma

## ADI 4.125 / TO

dificuldade. Mas quando se colocam realmente elementos que, em nome da segurança jurídica, justificam o seu afastamento, é de se fazer. Veja: a sanção está sendo aplicada. Nós estamos inclusive recomendando que haja providências adicionais. O Ministro Peluso ontem falou inclusive de como citar o próprio CNMP para coordenar esse tipo de trabalho.

Veja, portanto, estamos sugerindo medidas efetivas. Se houver qualquer medida que, de fato, leve à reincidência, certamente vamos tomar providências adequadas. Mas, é preciso que não se comprometa o serviço que é de fato essencial, um elemento essencial: a continuidade do serviço público.

Sempre cito uma passagem que está naquele texto "A Força normativa da Constituição", do Professor Konrad Hesse, que tive a honra de traduzir. O Professor Konrad Hesse fala que a própria Constituição tem que ter um elemento excepcional, no caso, um estado de emergência ou o estado de sítio, e apontava esse *deficit* na Constituição alemã. E ele dizia, enquanto nós não incorporamos esse elemento, corremos o risco de, numa situação fática adversa, ter que lançar mão de fatos. E ele usa, então, a expressão "*not kennt kein gebot*", a necessidade não conhece princípio. Quer dizer, a falta de um mecanismo especial, excepcional, acaba impondo qualquer outro, quer dizer, se nós, efetivamente, não juridicizarmos esta transição, corremos o risco de termos o vale-tudo. O fato de as pessoas ficarem aí porque ficaram.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Ministro Gilmar Mendes, agora entendo que está embutida na nossa decisão uma determinação, não se pode deixar que o concurso público já realizado exauria os seus efeitos sem o chamamento dos aprovados.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - A legislação brasileira prevê que, enquanto válido um concurso nem se pode fazer um novo. Então, é só cumprir a lei. Neste ponto é só imaginar que, depois de dois comportamentos, primeiro o de se tentar, de se ter feito essa Lei nº 1.950, em um dia, para que o Supremo não julgasse aquelas três ações diretas. E, depois, fazer essa nova.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - A minha preocupação

**ADI 4.125 / TO**

é que nesses doze meses de vigência da lei fulminada pelo Tribunal não se terá o acionamento dos concursos. É possível que alguns vençam dentro dos doze meses, sem prorrogação.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Ministro Marco Aurélio, tenho uma preocupação que vai, de certa maneira, no mesmo sentido da preocupação de Vossa Excelência. Embora eu esteja mantendo o voto que proferi em apoio à ponderação da Ministra Cármen Lúcia. É a seguinte: num pequeno Estado, como o Tocantins, trinta e cinco mil cargos comissionados podem constituir um fator de desequilíbrio nas eleições que se aproximam.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Daí a preocupação do advogado de um Partido Político? Ponderou até o adiamento da apreciação do caso.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Não, não há dúvida nenhuma. Quer dizer, eu acho que entre os valores que nós estamos ponderando e um deles que me parece que deve ser levado em consideração de forma mais incisiva, que é o princípio de que o serviço público não pode sofrer solução de continuidade, eu fico com esse princípio.

10/06/2010

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.125 TOCANTINS**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) -**  
Porque aqui é uma inconstitucionalidade dolosa, não é Ministro?

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) -** É que  
nós não fazemos essa distinção, mas aqui há um dolo.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO -** Atentar contra a  
Constituição.

**10/06/2010****TRIBUNAL PLENO****ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.125 TOCANTINS****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Com a devida vênia da douta maioria, vou acompanhar o voto do Ministro Marco Aurélio.

Acho que, dadas as singularidades inqualificáveis do caso, o Tribunal não pode chegar a uma solução de condescendência; penso que deveria ser acionado apenas o princípio do artigo 37, inciso IX, o que permitiria que a atual administração verificasse quais os cargos e funções essenciais e fizesse nomeação por tempo determinado, até que se realize o concurso público, cumprindo o acórdão.

Vou votar nesse sentido, ficando vencido com o Ministro Marco Aurélio.



10/06/2010

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.125 TOCANTINS**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Fico preocupado, Presidente, com cinco mil quinhentos e sessenta e quatro Câmaras de Vereadores legislando e apostando na morosidade da Justiça, na passagem do tempo.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - É importante que os sistemas de controle funcionem.

Veja que o constituinte de 88 criou a ADI amplíssima, que conhecemos, para o objeto do Direito estadual e o Direito federal. O artigo 125, § 2º, permite o controle do Direito municipal e do Direito estadual em face da Constituição estadual e, também, com ampla possibilidade de todos os Estados modelarem o modelo de controle abstrato, também, de forma generosa.

O Ministério Público dispõe de um amplo poder para controle e defesa do interesse e do patrimônio público. É preciso que essa sistemática seja devidamente acionada, porque, de fato, não é por falta de um sistema de regime de proteção, porque o modelo está aí. Os exemplos são claros. A jurisprudência do Supremo, no regime anterior, já era pacífica em relação à exigência do concurso público. Eu, Procurador da República, cansei de dar pareceres na linha da tradição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive, depois houve aquela discussão sobre a chamada primeira investidura, mas a jurisprudência era pacífica quanto à necessidade de que, para a primeira investidura, houvesse cargo público. De modo que, talvez, as falhas imputáveis a problemas culturais na esfera política também sejam atribuíveis aos modelos de controle, aqueles que detêm a possibilidade de provocar os tribunais, de acionar os mecanismos de controle, e que não o estão fazendo.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Ministro Gilmar, na linha desse pensamento, estamos com essa nossa decisão, realmente separando o administrador da administração. O administrador faltoso, o ex-governador, já perdeu o mandato por isso; não só por isso, mas foi

**ADI 4.125 / TO**

levado em conta esse delírio na criação de cargos em comissão para muito além de qualquer princípio da razoabilidade.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Há algum tempo, alguns de nós, Ministros, estivemos no Tribunal de Contas da União, a convite do Presidente Ubiratan Aguiar; e lá nós discutimos a necessidade de que o Tribunal contribuísse decisivamente para a profissionalização do serviço público. Nós sabemos, e, por experiência, inclusive hoje é pacífico no âmbito estadual e também federal, que essa profissionalização começa com o concurso público, com a adequada seleção. Nós sabemos assim das carreiras: do Ministério Público, do Judiciário e de tantas outras a partir dessa seleção adequada.

De modo que, a meu ver, esse julgamento tem esse marco, de estarmos concitando as instituições, especialmente o Ministério Público, o Conselho Nacional do Ministério Público, para que, de fato, se organizem na defesa desse princípio básico, fundamental, inclusive no que concerne, Senhores Ministros, à efetividade do serviço público. Quando se faz uma análise, por exemplo, sobre funcionamento de estado-social, a gente percebe que a distinção entre um estado-social e outro estado de perfil não social, é exatamente o bom funcionamento do serviço público. Quando não se dá atenção a isso, a rigor nós estamos comprometendo esse modelo de estado-social. Daí ser fundamental que se dê atenção a essa temática, afora todos os aspectos de republicanismo, de abandono dessas práticas políticas oligárquicas, lamentáveis. Parece-me ser esse julgamento histórico nesse sentido, que o Tribunal está clamando por uma nova atitude nesta matéria.

Não é mais justificável. Eu falava há pouco, quando nós tínhamos esse debate no Conselho Nacional de Justiça sobre a questão dos cartórios, e, agora, uma nova PEC que se desenha para, de novo, efetivar substitutos nos cartórios, eu dizia que é preciso encerrar com essa época de gambiarras institucionais. Quer dizer, vamos tratar dos temas com a devida seriedade. O texto constitucional fornece todos os elementos. Para emergência, pode-se fazer contrato por prazo determinado, isto é, é preciso realmente enfrentar esta questão em toda a sua dimensão.



**ADI 4.125 / TO**

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Eu ainda diria, Ministro Ricardo Lewandowski, a preocupação de Vossa Excelência com o impacto dessa nossa decisão no processo eleitoral não é grande; não é de modo a favorecer as nomeações irregulares. É que os nomeados irregularmente estão com os dias contados. Em até um ano a Administração Pública atual deverá promover a substituição de todos eles.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Mas a minha preocupação é que grande parte, e se sabe da prática política daqueles nomeados em cargos de comissão ou cargos de confiança, que são verdadeiros cabos eleitorais, vão atuar intensamente nas eleições de outubro.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Isso no pressuposto de que a atual administração está alinhada com a antiga administração.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Ainda que não esteja, talvez ela ainda venha funcionando em favor da antiga administração.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Cada funcionário tem a sua cabeça.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Mas é preciso que a Constituição chegue ao cidadão, e o cidadão que quer um país sério, um país honesto, quer ética na administração, comece ele mesmo a adotar que a gente só cobra responsabilidade ética dos outros sendo ético e responsável, e que voto não é para ser trocado nem por cargo, nem por nada. Portanto, é preciso acreditar que o cidadão brasileiro vai mudar a cidadania ética a partir da sua própria experiência, caso contrário, isso que o Ministro Gilmar Mendes pondera não chegará a acontecer, que a Constituição continuará folha de papel. A Constituição é compromisso de cada cidadão. O que quero acreditar é que no Brasil o cidadão quer um país ético e o país somos todos nós, a partir de cada um. Então, nós não podemos superar e querer uma cidadania sem que os cidadãos assumam seus respectivos papéis.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Bem, o resultado já foi proclamado. Vamos passar ao próximo feito.

**PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.125**

PROCED.: TOCANTINS

**RELATORA : MIN. CÂRMEN LÚCIA**

REQTE.(S): PARTIDO SOCIAL DA DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB

ADV.(A/S): JOÃO COSTA RIBEIRO FILHO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO TOCANTINS

REQDO.(A/S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO TOCANTINS

**Decisão:** À falta superveniente de *quorum*, após o voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora), que julgava procedente a ação direta, fixando prazo de 18 (dezoito) meses para concurso público, foi o julgamento suspenso até a sessão de amanhã. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, neste julgamento o Senhor Ministro Eros Grau e, ocasionalmente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram, pelo requerente, o Dr. João Costa Ribeiro Filho e, pelo requerido, Governador do Estado, o Dr. Fernando Pessoa da Silveira Mello. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 09.06.2010.


**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente a ação direta, fixando prazo de 12 (doze) meses para realização de concursos públicos e determinando remessa de cópia do processo e do acórdão ao Ministério Público estadual e ao Conselho Nacional do Ministério Público, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Presidente, Ministro Cezar Peluso, que não fixavam nenhum prazo. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau. Plenário, 10.06.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso.  
Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello,



Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

  
p/Luiz Tomimatsu  
Secretário