

01/12/2010

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.955 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CARMEN LÚCIA
IMPTE.(S) : LUCIANO VIDAL E SILVA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : MIRTES LINO DE OLIVEIRA
IMPDO.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. PORTARIA N. 286/2007. ALTERAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DE CARGO PÚBLICO POR MEIO DE PORTARIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Contrária direito líquido e certo do servidor público a alteração, por meio de portaria, das atribuições do cargo que ocupa.

2. A inexistência de direito adquirido a regime jurídico não autoriza a reestruturação de cargos públicos por outra via que não lei formal.

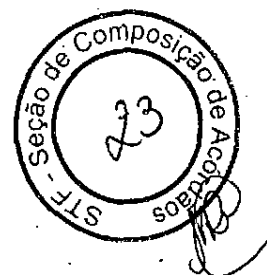
3. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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, à unanimidade, em conceder a segurança, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 1º de dezembro de 2010.

Ministra CARMEN LÚCIA - Relatora



01/12/2010

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.955 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CARMEN LÚCIA
IMPTE.(S) : LUCIANO VIDAL E SILVA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : MIRTES LINO DE OLIVEIRA
IMPDO.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RELATÓRIO**A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. Mandado de Segurança, sem pedido de medida liminar, impetrado por Luciano Vidal e Silva e outros, com fundamento no art. 5º, inc. LXIX, da Constituição da República, contra ato do Procurador-Geral da República, consubstanciado na Portaria PGR/MPU n. 286, de 12 de junho de 2007.

2. Os Impetrantes informam que *"são servidores públicos federais estáveis nomeados através das Portarias PGR 333/1995, PGR 718/1994, SG 28/2001 e SG 32/2002"* e foram empossados no cargo de Assistente de Vigilância, criado pela Lei n. 8.428/92, regulamentada pela Lei n. 8.628/93, que fixa suas atribuições (fls. 4-5).

Relatam a publicação de diversas Leis e Portarias correlatas ao cargo e que, com a edição da Lei n. 10.476/2000, *"houve a reestruturação da Carreira de Apoio Técnico-Administrativo e a Portaria n. 109/2003 alterou novamente a nomenclatura do cargo (...) que, de Técnico de Apoio Especializado-Vigilância foi denominado de Técnico de Apoio Especializado, cujas atribuições continuaram as mesmas da (...) Portaria n. 109/2003"* (fl. 5).

Asseveram que *"estão enquadrados (...) na Portaria PGR n. 53 de 2000 e na Portaria PGR 205 de 2000"* e que com a publicação da Portaria PGR/MPU n. 286, de 12 de junho de 2007, *"as atribuições do cargo para o qual os Impetrantes tomaram posse, foram alteradas por completo, esvaziando*

MS 26.955 / DF

totalmente o cargo em comento" (fl. 7).

Consideram que *"a criação de cargo (...), depende[ria] de lei e somente de lei; fosse de outra maneira, estaríamos diante de uma inconstitucionalidade ímpar; violação abrupta da [Constituição da República]"* (fl. 7).

Sustentam que, com a publicação da Portaria n. 286/2007, *"o cargo para o qual os Impetrantes foram nomeados, ficou sem atribuições, não fazendo mais parte de suas [funções] a [de] vigilância e ou segurança"* (fl. 8).

Afirmam que *"o direito líquido e certo quanto à percepção da Gratificação de Atividade de Segurança está fixado na edição da Portaria n. 53/2000"* e que *"desempenha[m] atividades em consonância com o cargo de Apoio Especializado/Vigilância, cujas atribuições foram modificadas"* (fl. 8).

Argumentam que a publicação da Portaria n. 256/2007 teria afrontado o art. 37, inc. II, da Constituição da República, pois *"existindo cargos vagos no órgão ou entidade do mesmo Poder ou de Poder diverso, dever[ia] ser preenchido necessariamente, por força do mandamento constitucional em apreço, visto que se trata de regra de interesse público"* (fl. 8).

Alegam que o ingresso na carreira de Técnico de Apoio Especializado *"se deu por concurso público e na forma da lei"*, e que existe semelhança entre os cargos de Especialidade de Vigilância e Especialidade de Segurança, havendo *"perfeita possibilidade de reorganização, sem ferir os princípios constitucionais"* (fl. 9).

Por fim, pedem sejam *"enquadra[dos] como Técnico de Apoio Especializado/Segurança, por ser o único no quadro do [Ministério Público da União], com atribuições semelhantes ao cargo para o qual o[s] mesmo[s] fo[ram] empossado[s]"* ou que *"sejam então mantidas as atribuições do cargo de Técnico de Apoio Especializado no qual o[s] Impetrante[s] fo[ram] empossado[s]"* (fl. 10).

MS 26.955 / DF

3. Nas informações prestadas em 30.10.2007, o Procurador-Geral da República afirmou que *“a Lei nº 8.112/90, em seu art. 13, possibilita que atos de ofício (Regulamentos ou Portarias) alterem as atribuições dos cargos ocupados pelos servidores públicos”* é que *“o servidor não tem direito adquirido quer às atribuições, quer à nomenclatura do cargo para o qual aprovado em concurso público”* (fl. 83).

4. Na qualidade de *custos legis*, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da segurança (fls. 88-94).

É o relatório.

01/12/2010

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.955 DISTRITO FEDERAL

VOTO**A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. presente mandado de segurança, o ato tido como coator é a Portaria PGR/MPU n. 286/07, que "*fixou as atribuições dos cargos, as áreas de atividades, as especialidades e os requisitos de escolaridade e habilitação legal específica para ingresso nas Carreiras de Analista, Técnico e Auxiliar do Ministério Público da União*".

Do cabimento do mandado de segurança

2. Cumpre, inicialmente, ponderar sobre a natureza do ato questionado, pois daí resulta a possibilidade jurídica, ou não, de se conhecer a presente ação de mandado de segurança.

Expedida no exercício do poder regulamentar atribuído ao Procurador-Geral da República, a Portaria PGR/MPU n. 286/2007 alcançou situações jurídicas concretas e específicas, ao definir as atribuições dos cargos de técnico e analista do Ministério Público da União, de acordo com a Lei n. 11.415/2006.

Na espécie, a modificação das atribuições dos cargos ocupados pelos Impetrantes teria implicado o exercício de funções diversas daquelas para as quais os Impetrantes fizeram concurso público e o não recebimento da gratificação de atividade de segurança, resultados concretos e imediatamente individualizáveis.

É o efeito concreto do ato consubstanciado na Portaria PGR/MPU n. 286 para cada Impetrante que é questionado na presente impetração. A

MS 26.955 / DF

aplicação do ato reveste-se das características de concretude e instantaneidade que viabilizam o uso da ação de mandado de segurança.

Não se cuida de ato normativo genérico, abstrato e impessoal, o que impossibilitaria a via do mandado de segurança, inadequado para se questionar *"lei em tese"* (súmula 266 do Supremo Tribunal Federal). Cabível, portanto, a presente impetração.

Do mérito

3. Afirmam os Impetrantes que *"a Portaria PGR/MPU nº 286/2007, muda radicalmente as atribuições do cargo alterando por completo, esvaziando o cargo (...), com a retirada das atribuições, para o qual os Impetrantes foram nomeados e empossados"* (fl. 7).

Asseveram que *"com esta alteração, o cargo para o qual foram nomeados ficou sem atribuições, não fazendo mais parte de suas atribuições a função de vigilância ou segurança [o que teria contrariado seu] direito líquido e certo à percepção da Gratificação de Atividade de Segurança"* (fl. 8).

4. Os Impetrantes tomaram posse no cargo de *"Auxiliar de Vigilância"* (fls. 14, 20, 27 e 37), criado pela Lei n. 8428/1992 e com atribuições definidas pela n. 8628/1993, que dispõe:

"Art. 1º A Carreira de Apoio Técnico-Administrativo do Ministério Público da União é constituída pelas categorias funcionais de Técnico, Assistente e Auxiliar.

Art. 2º A especificação, a descrição das atividades, os requisitos de escolaridade e formação profissional são os seguintes:

1 - Nível Técnico - constituído por especializações profissionais caracterizadas por atividades periciais, pesquisa, supervisão, coordenação, planejamento ou execução especializada, em grau de complexidade que exija formação de nível superior, nas seguintes áreas de concentração:

MS 26.955 / DF

(...)

2 - *Nível Assistente - constituída de áreas de concentração caracterizadas por atribuições de nível médio, desenvolvidas sob supervisão, de execução de tarefas essenciais ao desenvolvimento do apoio às atividades-meio e fim, para as quais é exigido o 2º grau completo;*

(...)

3 - *Nível Auxiliar - constituída de áreas de concentração caracterizadas por atribuições rotineiras, de apoio às atividades-meio e fim, constantes de tarefas de execução de menor grau de complexidade, para as quais se exige o 1º grau completo:*

Área I - Transporte - para desempenho de atribuições específicas de motorista profissional relacionadas com o transporte oficial de passageiros e cargas, envolvendo a condução e conservação de veículos, e acompanhamento e segurança de autoridades no exercício do cargo;

Área II - Administrativa - atividades de caráter profissional de menor grau de complexidade e responsabilidade, envolvendo tarefas relacionadas com serviços de portaria, telefonia, reprografia, limpeza, conservação, copa e serviços diversos;

Área III - Vigilância - atividades de caráter operacional caracterizadas por tarefas executivas de vigilância e fiscalização interna e externa, bem como segurança noturna e controle do acesso de visitantes às dependências das Procuradorias e Promotorias;

Área IV - Artesanato - atividades de caráter operacional, abrangendo encargos de conservação, transformação e operação de peças, máquinas, aparelhos diversos, e sistemas elétricos e hidráulicos" (grifos nossos).

5. Em suas informações, o Impetrado relatou com detalhes a sucessão de atos normativos que cuidaram da denominação e das atribuições dos cargos dos ora Impetrante, nos seguintes termos:

"Em 29 de dezembro de 1994, a Lei nº 8972/94 renomeou o cargo de Auxiliar de Vigilância, o qual passou a ser designado de Assistente de Vigilância.

MS 26.955 / DF

Em 04 de janeiro de 2000 entrou em vigor a Lei nº 9953/00, que dispôs sobre a Carreira de Apoio Técnico-Administrativo do MPU, ocasião em que alterou a designação do Cargo de Assistente de Vigilância para o de Técnico de Apoio Especializado.

A Portaria 51/2000, que regulamentou a Lei 9953/2000, inseriu o adjetivo Vigilância na definição do cargo, de forma que o mesmo passou a ser denominado de Técnico de Apoio Especializado-Vigilância, certo, ainda, que as atribuições do cargo passaram a ser aquelas constantes da Portaria PGR 53/2000, quais sejam:

(...)

Executar atividades de nível intermediário com a finalidade de zelar pela segurança dos membros, servidores, visitantes, instalações, veículos e bens patrimoniais do órgão. Compreende o controle de entrada e saída de pessoas e bens, a realização de rondas para verificação das condições das instalações, o registro de ocorrências que fogem à rotina e de incidentes ocorridos na sua área de atuação, bem como a execução de atividades de prevenção e combate a incêndios, atender ao público interno e externo e outras atividades de mesma natureza e grau de complexidade.

(...)

A Lei nº 10476/2002 reestruturou a Carreira de Apoio Técnico-Administrativo e a Portaria nº 109/2003, que a regulamentou, alterou, novamente, a definição do cargo em questão, que de Técnico de Apoio Especializado-Vigilância retornou à anterior designação de Técnico de Apoio Especializado.

As atribuições do cargo continuaram as mesmas, conforme art. 3º da Portaria PGR 109/2003, verbis:

“Os servidores enquadrados no cargo de Técnico de Apoio Especializado continuarão exercendo suas atribuições na forma fixada na Portaria PGR nº 53, de 4 de fevereiro de 2000 e na Portaria PGR nº 205, de 15 de maio de 2000”.

Posteriormente, foram publicadas as Portarias 132/2004 e 233/2004, que também passaram a disciplinar sobre atribuições de cargos, oportunidade em que codificaram e criaram, no âmbito do MPU, novas especialidades de Técnico de Apoio Especializado, entre elas a de Técnico de Apoio Especializado-Segurança.

MS 26.955 / DF

Após, entraram em vigor a Lei nº 11.415/2006 (que dispõe sobre as Carreiras dos Servidores do MPU) e a Portaria nº 712 (que disciplinou, transitoriamente, a aplicação da Lei 11.415/2006).

Em 2007 foi editada a Portaria nº 286 (...), a qual, em seu art. 4º, dispôs que as atribuições dos servidores ocupantes do cargo de Técnico de Apoio Especializado passariam a ser as estabelecidas naquela Portaria, certo que o Anexo I da Portaria em questão consta com a seguinte redação para o cargo em comento:

(...)

Realizar atividades de nível intermediário, envolvendo [a] organização e a execução de atividades de natureza técnico-administrativa, incluindo a elaboração de despachos, informações e relatórios; entregar notificações e intimações, bem como localizar pessoas e levantar informações, quando designado; dentre outras de mesma natureza e grau de complexidade, que venham a ser determinadas pela autoridade superior.

(...)

Em face do exposto, é de se verificar que, atualmente, as atribuições do cargo de Técnico de Apoio Especializado são as acima reproduzidas, previstas expressamente na nova Portaria nº 286/2007.

Verifique-se, assim, que os servidores ocupantes dos antigos cargos de Auxiliares de Vigilância acabaram sendo enquadrados no cargo de Técnico de Apoio Especializado em 04 de janeiro de 2000, quando entrou em vigor a Lei nº 9953/00, que dispõe sobre a Carreira de Apoio Técnico-Administrativo do MPU” (fls. 80-83).

6. Do que exposto pelo próprio Impetrado, é evidente que, com a publicação da Portaria n. 286/2007, foram modificadas as atribuições específicas que definiam os cargos nos quais os Impetrantes foram originariamente investidos.

Nos termos do art. 2º da Lei n. 8628/1993, as atribuições originárias dos Impetrantes consistiam em “atividades de caráter operacional caracterizadas por tarefas executivas de vigilância e fiscalização interna e externa, bem como segurança noturna e controle do acesso de visitantes às

MS 26.955 / DF

dependências das Procuradorias e Promotorias”.

Contudo, a Portaria n. 286/2007 definiu as atribuições dos cargos dos Impetrantes como *“realizar atividades de nível intermediário, envolvendo [a] organização e a execução de atividades de natureza técnico-administrativa, incluindo a elaboração de despachos, informações e relatórios; entregar notificações e intimações, bem como localizar pessoas e levantar informações, quando designado; dentre outras de mesma natureza e grau de complexidade, que venham a ser determinadas pela autoridade superior”.*

Inegável, portanto, a ausência de identidade entre as atividades que caracterizavam os cargos nos quais os Impetrantes foram investidos e as funções que atualmente desempenham.

7. A disparidade entre as atribuições originariamente fixadas e as atuais é evidenciada na descrição das *“Atividades Desenvolvidas por Servidor no Núcleo de Tutela Coletiva”*, assinada por Sandra Mara Arantes Moreira, Chefe do Núcleo de Tutela Coletiva, sobre as funções do Impetrante Luciano Vidal e Silva, com o seguinte teor:

“O Servidor Luciano Vidal e Silva, Técnico de Apoio Especializado, aprovado em concurso público para o cargo de Assistente de Vigilância, encontra-se lotado no Núcleo de Tutela Coletiva da Coordenadoria Jurídica da PR/GO e atua em qualquer atividade inerente à Seção, não havendo especificidade de trabalho a realizar. As atribuições executadas pelo servidor são:

- 1. Juntada aos Procedimentos Administrativos de documento recebidos, sobretudo respostas de ofícios oriundos de entidades e órgãos públicos, de pessoas físicas e de entidades privadas;*
- 2. Agendamento de reiteração de ofícios oriundos de entidades e órgãos públicos, entidades privadas e pessoas físicas;*
- 3. Reiteração de ofício quando não respondido no prazo fixado pelo Procurador da República;*
- 4. Movimentação de processos no SISDADOS;*
- 5. Pesquisas de documentos gerados pelo SISDADOS;*

MS 26.955 / DF

6. Atendimento ao público externo e, filmagem e coleta de denúncias" (fl. 16).

Portanto, é ponto incontroverso que os Impetrantes exercem, de fato, atividades que em nada correspondem às atribuições específicas dos cargos que originariamente ocuparam.

8. O Impetrado sustentou que "a Lei 11415/2006, bem como a Portaria nº 286/2007, apenas mantiveram o anterior enquadramento levado a efeito pela Lei 9953/2000" (fl. 83).

É certo que o art. 4º da Lei n. 9953/2000 estabeleceu que "os atuais cargos de Técnico e Assistente da Carreira de Apoio Técnico-Administrativo do Ministério Público da União serão transformados nos seus correspondentes da nova carreira, observada a correlação contida no Anexo II", que continha a seguinte tabela:

ANEXO II

(Art. 4º da Lei nº 9.953, de 4 de janeiro de 2000)

Tabela de Correlação

SITUAÇÃO ANTERIOR		SITUAÇÃO NOVA	
CARGO	ÁREA	CARGO	ÁREA
ASSISTENTE	ATIVIDADE-FIM	TÉCNICO	ADMINISTRATIVA
	ATIVIDADE-MEIO		INFORMÁTICA
	INFORMÁTICA		SAÚDE
	SAÚDE		TRANSPORTE
	TRANSPORTE		SERVIÇOS GERAIS
	ADMINISTRATIVA		APOIO
	VIGILÂNCIA		ESPECIALIZADO
	ARTESANATO		

Alterada a denominação do cargo de "assistente de vigilância" para

MS 26.955 / DF

“técnico de apoio especializado”, a Lei n. 11.415/2006 revogou a Lei n. 9953/2000, e dispôs sobre as carreiras dos servidores do Ministério Público da União, constituídas pelos cargos de analista, técnico e auxiliar. O art. 3º, § único, dessa nova lei também determinou que *“as atribuições dos cargos de que trata esta Lei, as áreas de atividades e as suas especialidades serão fixadas em regulamento”*.

Contudo, apesar da transformação do cargo ter se dado por meio de lei formal, suas atribuições foram mantidas até a edição da Portaria n. 286/2007, que *“fix[ou] as atribuições dos cargos, as áreas de atividades, as especialidades e os requisitos de escolaridade e habilitação legal específica para ingresso nas Carreiras de Analista, Técnico e Auxiliar do Ministério Público da União”* (fl. 52).

Por definição legal, cargo público é *“o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”* (art. 3º, da Lei n. 8112/90), e só se cria, extingue ou modifica cargo público por lei. Logo, não se pode cogitar da possibilidade de alteração dessas atribuições por outro meio que não lei formal.

9. A disciplina administrativo-constitucional da relação entre o servidor e a Administração Pública não admite que ele venha a exercer funções distintas daquelas que caracterizam o cargo para o qual se submeteu a concurso público.

Nesse sentido, já escrevi:

“Com o início do exercício nascem para o servidor todos os direitos que a lei lhe assegura nessa condição, inclusive o de desempenhar as funções inerentes ao cargo para o qual foi nomeado, cumprindo-se o quanto posto legalmente. Nomeado para determinado cargo e nele investido, há de exercer o servidor, a partir de então, as funções a ele inerentes e a nenhum outro.

E tanto assim é porque as funções são definidas para cada cargo.

MS 26.955 / DF

público de tal maneira que elas correspondem ao conjunto das atribuições conferidas à responsabilidade do agente que titula.

Surge, pois, quanto ao exercício um dos mais graves e comuns problemas da Administração Pública, que é o desvio de função, acarretando traumas administrativos nem sempre facilmente solúveis.

Dá-se o denominado "desvio de função" quando o servidor é nomeado e investido em um cargo público e passa a desempenhar funções inerentes a outrem, mediante ato que o designa para tanto, sem qualquer comportamento formal.

Numa como noutra hipótese há um comprometimento das funções tanto de um quanto de outro cargo, porque o primeiro, para o qual foi nomeado o servidor desviado em seu desempenho, não está tendo a sua dinâmica própria, uma vez que quem se habilitou, mediante concurso público, para tanto não está sendo desenvolvido; e o segundo cargo, cujas funções estão sendo prestadas pelo servidor, está sendo objeto de prestação por quem não dispõe de competência específica para tanto.

Os casos para os quais se admite que o servidor nomeado para determinado cargo preste as funções inerentes a outro são, exclusivamente, aqueles previstos em lei expressa, tal como se dá em hipótese de substituição precária por licença médica de um servidor e impossibilidade de ficar sem o contínuo desempenho das atividades por ele desempenhadas. Afasta-se, precária e temporariamente, o servidor das funções do cargo por ele ocupado porque se deu a sua vacância ou porque algum fato imprevisto determinou o afastamento momentâneo de seu ocupante" (Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 232-234, grifos nossos).

10. Esta matéria não é nova neste Supremo Tribunal, que tem entendido, invariavelmente, que as formas de provimento derivado de cargos públicos foram abolidas pela Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, na assentada de 18.11.2004, ao julgar a admissibilidade de provimento derivado de cargos públicos, o Plenário deste Supremo Tribunal decidiu:

MS 26.955 / DF

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVOS DAS LEIS COMPLEMENTARES 78/1993 E 90/1993 DO ESTADO DE SANTA CATARINA E DA RESOLUÇÃO 40/1992 DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Inadmissibilidade, à luz da Constituição de 1988, de formas derivadas de investidura em cargos públicos. Inconstitucionalidade de normas estaduais que prevêem hipóteses de progressão funcional por acesso, transposição (em modalidade individual, diversa das exceções admitidas pela jurisprudência do STF), enquadramento a partir de estabilidade não decorrente de investidura por concurso público, acesso por seleção interna, transferência entre quadros e enquadramento por correção de disfunção relativamente ao nível de escolaridade do servidor. Ação prejudicada em parte, em decorrência da revogação de dispositivos atacados. Ação procedente na parte restante (...)" (ADI 951/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 29.4.2005, grifos nossos).

Na mesma linha são os precedentes: ADI 1.611-MC/GO, Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, DJ 4.3.2005; ADI 2.145-MC/MS, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJ 31.10.2003; ADI 368/ES, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 2.5.2003; ADI 2.433-MC/RN, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 24.8.2001; ADI 1.854/PI, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 4.5.2001; ADI 1.230/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 6.9.2001; ADI 850-MC/RO, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 21.5.1993; e ADI 483-MC/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 31.5.1991.

11. Firmou-se também, neste Supremo Tribunal, o entendimento de que somente em razão da similitude das funções desempenhadas não haveria ofensa ao princípio do concurso público, quando houvesse mudança das atribuições de um cargo ocupado por um servidor pela superveniência de norma modificadora de competências.

MS 26.955 / DF

Nesse sentido, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2335/SC, cuja decisão recebeu a seguinte ementa:

"EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei Complementar nº 189, de 17 de janeiro de 2000, do Estado de Santa Catarina, que extinguiu os cargos e as carreiras de Fiscal de Tributos Estaduais, Fiscal de Mercadorias em Trânsito, Exatôr e Escrivão de Exatoria, e criou, em substituição, a de Auditor Fiscal da Receita Estadual. 3. Aproveitamento dos ocupantes dos cargos extintos nos recém criados. 4. Ausência de violação ao princípio constitucional da exigência de concurso público, haja vista a similitude das atribuições desempenhadas pelos ocupantes dos cargos extintos. 5. Precedentes: ADI 1591, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ de 16.6.2000; ADI 2713, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 7.3.2003. 6. Ação julgada improcedente".

E ainda, o voto do Ministro Octávio Gallotti, acompanhado à unanimidade, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1591/RS:

"Julgo que não se deva levar ao paroxismo o princípio do concurso para acesso aos cargos públicos, a ponto de que uma reestruturação convergente de carreiras similares venha a cobrar (em custos e descontinuidade) o preço da extinção de todos os antigos cargos, com a disponibilidade de cada um dos ocupantes seguida da abertura de processo seletivo, ou, então, do aproveitamento dos disponíveis, hipótese esta última que redundaria, na prática, justamente a situação que a propositura da ação visa a conjurar " (ADI n. 1591/RS, rel. Min. Octávio Gallotti, Tribunal Pleno, DJ 16.6.2000).

Diferentemente dos casos em que se admitiu a ocupação de cargos com atribuições análogas àquelas desempenhadas por servidores anteriormente investidos em cargos correspondentes, os ora Impetrantes ocupam cargos definidos por atribuições absolutamente distintas

MS 26.955 / DF

daquelas para as quais foram originariamente nomeados.

Isso porque os Impetrantes não se submeteram e foram aprovados em concurso público para o cargo de “*Técnico de Apoio Especializado*”, com a atribuição de “*realizar atividades de nível intermediário, envolvendo [a] organização e a execução de atividades de natureza técnico-administrativa, incluindo a elaboração de despachos, informações e relatórios; entregar notificações e intimações, bem como localizar pessoas e levantar informações, quando designado; dentre outras de mesma natureza e grau de complexidade, que venham a ser determinadas pela autoridade superior*”.

Não bastasse, na espécie vertente, a ausência da necessária identidade de atribuições, a modificação atacada se deu pela edição de portaria, meio juridicamente impróprio para veicular norma definidora das atribuições inerentes a cargo público, alterando o que antes vigorava e determinando a sua incidência para os atuais ocupantes.

12. exposto, voto no sentido de conceder a segurança, para que os Impetrantes possam ocupar o atual cargo de “Técnico de Apoio Especializado/Segurança”, conforme o Anexo I da Portaria n. 286/2007, assegurando-lhes a percepção da gratificação de atividade de segurança, prevista no art. 15, da Lei 11.415/2006.

01/12/2010

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.955 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, eu vou me filiar ao entendimento da eminente Relatora. Estou aqui a buscar na Constituição o fundamento para essa ideia-força de que os cargos públicos são criados por lei em número certo, com denominação própria, funções especificadas - funções como plexos unitários de atribuições, na linguagem de Celso Antônio Bandeira de Mello.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Como feixe de atribuições para as quais você se concursa e assume.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Exatamente. Vale dizer, o cargo é um todo proindiviso nesse sentido, os seus componentes, portanto, dados de sua própria compostura jurídica, são a denominação, o número, um vencimento e o que a doutrina tem chamado de atribuições, enquanto plexo de funções unitárias.

Ainda na linguagem de Celso Antônio, os cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência. Segundo o Professor Celso Antônio ainda, é necessária, sim, a lei - ela se faz necessária - para a criação dos cargos com todos esses componentes. Eu estou lendo aqui "Curso de Direito Administrativo", 25ª edição, página 251, em que Sua Excelência de fato entende que a lei é a única via formal jurídico-positiva de criação de cargo público.

A Constituição não deixa as coisas assim tão claras, mas entendo que, numa interpretação sistemática dela, Constituição, a partir do artigo 37 e do princípio da legalidade, que não por acaso é o primeiro dos princípios regentes de toda a atividade administrativa, a legalidade é a chave de ignição de toda a máquina administrativa, é possível concluir que efetivamente, sem lei, não pode haver mudança nas atribuições que nasceram com o cargo e para cujo desempenho se deu o concurso público.

MS 26.955 / DF

Por isso, Senhor Presidente, com esses fundamentos eu estou acompanhando o voto da Relatora.

01/12/2010

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.955 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor presidente, analisei rapidamente a questão posta e parece-me que não há dúvida de que tem razão a Relatora, ao deferir a segurança.

De fato, isso aqui virou um emaranhado, com as sucessivas modificações das atribuições do cargo. Agora, eu gostaria de fazer uma nota, porque certamente isso ocorre aqui, em relação ao Ministério Público, e tem ocorrido em relação à Administração como um todo. Em geral, a partir de um modelo de delegação que a Constituição até mesmo pretende vedar, mas a toda hora se repete, na prática legislativo constitucional, que é essa autorização que, certamente encontramos nas várias leis de reestruturação administrativa, que outorga à Administração o poder de, por ato administrativo singular, portaria, reestruturar as atribuições de cargo.

É muito importante que, pelo menos em *obiter dictum*, gravássemos - não estamos julgando apenas esse caso do Ministério Público, isso vai ter certamente enormes repercussões em vários outros casos, porque isso é uma prática corrente na Administração. Diante da dificuldade, muitas vezes, de se fazer a reestruturação, via lei, as dificuldades existentes, acaba-se buscando, nessas autorizações genéricas, que são verdadeiras delegações legislativas heterodoxas, porque diretamente se dá ao responsável pela Administração, o Ministro de Estado, o Procurador-Geral, aos órgãos responsáveis pela reestruturação, essa possibilidade de redefinir, reestruturar determinadas carreiras. E, aqui, realmente houve - ficou flagrante, parece-me - a distorção verificada entre a admissão originária e as mudanças depois ocorridas, sem que decorra isso claramente do Texto constitucional. Temos uma jurisprudência muito clara quanto a não existência de direito adquirido a regime jurídico, mas aqui me parece que vai para além da tramontana. Realmente passa-se a delegar, e produz-se um quadro de insegurança jurídica muito acentuada,

MS 26.955 / DF

porque o ato administrativo passa a ter uma força efetiva de lei.

Então, eu gostaria de fazer essas anotações e um pouco registrar essa preocupação, porque certamente não estamos decidindo apenas este caso. E isso tem reflexos sérios na Administração ante a ampla praxes. A prática é essa, e há essas alterações. Faço essa observação. Talvez devêssemos, eu sugeriria pelo menos humildemente à Relatora, colocar essa preocupação talvez na própria ementa, porque me parece que é preciso sinalizar com a necessidade de mudança de entendimento. A rigor - já discutimos recentemente, já se falou aqui, salvo engano, no tal art. 25, célebre, do ADCT, que revogava as cláusulas de delegação - a toda hora repetimos essas cláusulas de delegação. Até se entende que, à falta de outro mecanismo, a legislação, a Administração lancem mão de alguma mecanismo mais flexível, dotado de maior flexibilidade.

Não faz muito, até num outro caso aqui, eu relembra que – sobre a Constituição de 1891 e depois sobre a Constituição de 1946 – já se disse, salvo engano, neste Plenário, que, embora severo quanto ao repúdio, à delegação legislativa pura e simples, aceitava-se, na linha do Direito americano, o chamado "regulamento autorizado", que é aquele caso em que o legislador, ele próprio baliza o conteúdo da legislação. Só que nesses casos, em geral, não têm ocorrido sequer isto. A rigor, a lei não contém os elementos mínimos que norteariam a base do ato assim chamado regulamentar. No fundo, o ato regulamentar acaba dando todo o conteúdo da lei.

Então me parece que nós devemos estar atentos, porque se trata de um caso que inevitavelmente terá repercussão, porque poderá afetar outras reestruturações já ocorridas, eventualmente em mandado de segurança, mas também nas vias ordinárias, mas era preciso dar um sinal, em termos de segurança jurídica, de que esse tipo de formulação já não mais se aceita, porque no fundo a gente está a questionar quase que não apenas o ato do Procurador-Geral, mas, a rigor, a base legal de sua fundamentação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) -
Presidente, apenas uma observação rapidíssima quanto ao que disse o

MS 26.955 / DF

Ministro Gilmar, com o que concordo, mas neste caso me parece que houve inclusive uma exacerbação pelo Procurador-Geral da República do que a lei tinha fixado. A lei não tinha autorizado, em nenhum momento, que ele pudesse reestruturar as atribuições, porque era mudança de cargo. E aí realmente só por lei.

Mas eu acato, sim, para fazer essa ressalva já na ementa.

01/12/2010

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.955 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, deixo registradas apenas duas palavras sobre a matéria, porque pela primeira vez a enfrentamos. Este caso revela, à exaustão, que não se pode potencializar, sob pena de adentrar campo indesejável, que é o campo do fascismo, a jurisprudência segundo a qual não existe direito adquirido a regime jurídico.

Tenho um respeito muito grande, Senhor Presidente, por aqueles que ingressam no serviço público mediante concurso. As atribuições do cargo integram o edital do concurso. Quer-se, na relação jurídica prestador de serviço/administração pública, a estabilidade. Mais do que isso, verificamos no artigo 13 da Lei nº 8.112/90 – a lei a revelar o regime jurídico dos servidores públicos civis da União – que o regime é contratual, a menos que se diga o preceito conflita com a Carta da República. Eu teria dificuldade em apostar o parâmetro do conflito.

O que nos vem desse dispositivo:

"Art. 13. A posse dar-se-á pela assinatura do respectivo termo, no qual deverão constar as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão" - a cláusula é peremptória - "ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes" - inclusive e especialmente pelo próprio Estado -, "ressalvados os atos de ofício previstos em lei."

Tem-se a submissão da administração pública ao princípio da legalidade estrita.

Acompanhando a relatora, concedo a ordem.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE SEGURANÇA 26.955

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

IMPTE.(S): LUCIANO VIDAL E SILVA E OUTRO(A/S)

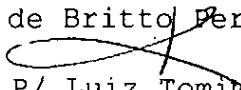
ADV.(A/S): MIRTES LINO DE OLIVEIRA

IMPDO.(A/S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, concedeu a segurança. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, neste julgamento, o Senhor Ricardo Lewandowski. Plenário, 01.12.2010.

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

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


P/ Luiz Tomimatsu
Secretário