



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

**CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO
BRASIL – CFOAB**, serviço público dotado de personalidade jurídica própria e forma federativa, regulamentado pela Lei nº 8.906/94, com sede em Brasília/DF, no SAUS, Qd. 05, Lote 01, Bloco M, inscrito no CNPJ sob nº 33.205.451/0001-14, endereço eletrônico: *pc@oab.org.br*, vem, por seu Presidente, **Claudio Pacheco Prates Lamachia** e pelos advogados signatários, com instrumento procuratório específico incluso (doc. anexo 01), em conformidade com a decisão proferida pelo Conselho Pleno nos autos do Processo n. 49.0000.2015.002693-6 (doc. anexo 02), amparado nos arts. 102, inciso I, alínea “a”, e 103, inciso VII, da Constituição Federal, bem como no art. 2º, inciso VII da Lei n. 9.868/99, ajuizar a presente

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO
C/C PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR**

em face do art. 37, inciso V, da Constituição Federal, pelos fundamentos a seguir expostos.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

I – DOS LIMITES DA PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem por objeto o saneamento, por parte dessa Suprema Corte, da omissão legislativa quanto à regulamentação do inciso V do art. 37 da Constituição Federal.

O dispositivo analisado possui a seguinte redação:

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A norma em apreço traz mandamento constitucional para que o legislador ordinário discipline as condições e percentuais mínimos dos cargos em comissão que devem ser preenchidos por servidores de carreira.

O constituinte vedou a possibilidade desses cargos serem ocupados indistintamente por particulares. Trata-se de determinação que se coaduna com o princípio do concurso público (art. 37, II, CF), da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF), da isonomia (art. 5, *caput*, da CF), do interesse público, da proporcionalidade e republicano (art. 1º, parágrafo único, da CF).

Desse modo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, como legitimado universal para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, propõe a presente medida visando que o Presidente da República e o Congresso Nacional sanem a omissão normativa.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

II – DO MÉRITO

À luz da isonomia, a Constituição Federal determinou que a investidura em cargo público depende de aprovação em concurso. O objetivo da norma é dispensar tratamento igualitário para todos os cidadãos brasileiros, garantindo igual oportunidade de ingresso em uma carreira pública.

Contudo, o art. 37, inc. V, da CF atribuiu ao legislador ordinário a competência para regulamentar as condições e o percentual mínimo dos cargos comissionados que devem ser ocupados por servidores efetivos. Nos ensinamentos de José Afonso da Silva, tal norma classifica-se como de eficácia contida, cuja aplicabilidade é direta, imediata, mas não integral. Condiciona-se a sua aplicação plena à regulamentação pelo legislador.¹

A atuação legislativa mostra-se, portanto, indispensável para que a norma alcance a finalidade para qual foi criada. Após quase vinte anos da vigência da Emenda Constitucional n. 19/1998, que atribuiu a atual redação ao inc. V do art. 37, ainda não foi regrado esse comando constitucional por meio de lei ordinária.

Ante a inércia do Poder Legislativo, cabe ao Supremo Tribunal Federal zelar pelo cumprimento das normas constitucionais. Para alcançar esse propósito, foi-lhe conferido o instrumento da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, garantindo a normatividade da Carta Magna face a quaisquer aviltamentos, sejam eles de índole positiva (diante de uma atuação estatal) ou negativa (diante de uma omissão estatal).

A regulamentação de cargos em comissão já foi objeto de diversos diplomas estaduais, muitos dos quais já tiveram a sua inconstitucionalidade reconhecida por esse Eg. Tribunal.

Em apreciação de ato normativo do Município de Blumenau/SC, que criou cargos em comissão a serem lotados nos gabinetes dos vereadores, a 1ª Turma desse Supremo Tribunal reconheceu a desproporcionalidade entre os cargos de livre nomeação e os de provimento efetivo. Do montante de 67 funcionários da Câmara de Vereadores de Blumenau, 42 eram comissionados e apenas 25 eram de provimento efetivo.²

¹ Nesse sentido: STF. RMS 24.287, rel. min. Maurício Corrêa, j. 26-11-2002, 2ª T, DJ de 1º-8-2003.

² RE 365, STF. Relator Ministro Carlos Velloso. DJe 03/04/2003.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

A jurisprudência dessa Colenda Corte entende que a exigência de concurso deve ser interpretada com o maior rigor. Portanto, a criação de cargos em comissão ocupados por não concursados deve operar de maneira restrita, apenas na hipótese de vínculo de confiança, de forma a preservar a inteligência do art. 37, inc. II, da CF.³ Contudo, a desproporção entre efetivos e comissionados mostra-se teratológica por todo o país.

No Estado de Tocantins, houve a elaboração de lei que criou 28.177 vagas, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão. A assídua discrepância “não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais”.

O normativo foi questionado perante essa Corte que reconheceu sua inconstitucionalidade. Na oportunidade, frisou-se que o exercício de atribuições técnicas e operacionais dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, não ensejando a criação de cargo em comissão:

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. (...) 3. O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense 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. 5. A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão, não tem respaldo no

³ 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;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

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. (...) 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. (ADI 4125, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00068)

A proporcionalidade, portanto, deve delimitar a quantificação adequada dos cargos. Nesse mesmo sentido já decidiu essa Suprema Corte:

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. (RE 365368 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 22/05/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00049 EMENT VOL-02282-08 PP-01545 RTJ VOL-00204-01 PP-00385)

Em obra intitulada *Improbidade Administrativa*, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁴ reforçam a necessidade do equilíbrio entre os cargos comissionados e efetivos, sob pena de violação aos princípios da proporcionalidade e

⁴ GARCIA, Emerson e Pacheco, Rogério. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

moralidade pública. Os autores asseveram que tais funções impõem, eventualmente, “um ônus aos cofres públicos sem a correspondente melhoria na qualidade do serviço, o que poderia ser realizado por um menor número de servidores com despesas inferiores para o erário”⁵.

Tramita, desde 2014, no Senado Federal o Projeto de Lei n. 257 de autoria do senador Cássio Cunha Lima com o escopo de normatizar a quantificação dos cargos em comissão. A proposta sugere que 50% desses postos sejam ocupados por servidores de carreira.

Ainda quanto à atuação legislativa, há no Senado Federal, desde 2015, a Proposta de Emenda Constitucional n. 110 que visa alterar o atual art. 37. Ela pretende restringir a quantidade de cargos em comissão na administração pública, os quais não poderão superar 1/10 dos cargos efetivos de cada órgão, reservando-se a metade aos servidores de carreira e, quanto aos demais, o ingresso se sujeitará a processo seletivo.

Após a análise do tema pela CCJ, a PEC foi encaminhada ao Plenário daquela Casa por mais de 19 vezes,⁶ entretanto, não foi votada.

⁵ Havendo nítido desequilíbrio entre o número de cargos em comissão e as atividades a serem desempenhadas, ou menos superiores em relação aos cargos de provimento efetivo, ter-se-á à inconstitucionalidade da norma que os instituiu, restando violados os princípios da proporcionalidade e da moralidade. Nesta hipótese, a norma não é adequada à consecução do interesse público; é desnecessária, ante a dispensabilidade dos cargos para o regular funcionamento do serviço público; impõe um ônus aos cofres públicos sem a correspondente melhoria na qualidade do serviço, o que poderia ser realizado por um menor número de servidores com despesas inferiores para o erário; e se apresenta dissonante dos valores constitucionais, em especial a moralidade que deve reger os atos estatais, pois os cargos servirão unicamente para privilegiar os apadrinhados do responsável pela nomeação. Cf.: GARCIA, Emerson e Pacheco, Rogério. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004

⁶ Proposta de Emenda à Constituição n° 110, de 2015 - AGENDA BRASIL 2015.

Tramitação:

(...)

01/12/2015

SF-SLSF - Secretaria Legislativa do Senado Federal

Ação:

Incluída na Ordem do Dia da sessão deliberativa de 02.12.2015.

Votação, em primeiro turno.

Matéria não apreciada no dia 02.12.2015, transferida para a sessão deliberativa de 03.12.2015.

Matéria não apreciada na sessão de 03.12.2015, transferida para a sessão deliberativa de 08.12.2015

Matéria não apreciada na sessão deliberativa de 08.12.2015, transferida para a sessão deliberativa de 09.12.2015.

Matéria não apreciada na sessão de 09.12.2015, transferida para a sessão deliberativa de 10.12.2015.

Matéria não apreciada na sessão de 10.12.2015, transferida para a sessão deliberativa de 15.12.2015

Matéria não apreciada na sessão de 15.12.2015, transferida para a sessão deliberativa de 16.12.2015.

Matéria não apreciada na sessão de 16.12.2015, transferida para a sessão deliberativa de 17.12.2015.

Retirado de pauta, em virtude do término da Sessão Legislativa Ordinária.

Desconsiderar o texto: "Retirado de pauta, em virtude do término da Sessão Legislativa Ordinária."

Incluído na Ordem do Dia da sessão deliberativa ordinária de 03.02.2016.

Matéria não apreciada na sessão de 03.02.2016, transferida para a sessão deliberativa de 16.02.2016.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

A morosidade e a não priorização da matéria pelo Congresso Nacional propicia a quantidade excessiva de cargos de livre nomeação e exoneração na Administração Pública. A ausência de parâmetro objetivo quanto ao percentual acarreta na dificuldade de fiscalização do número exorbitante dessa modalidade de contratação.

Segundo estudo elaborado pela ONG Contas Abertas, há aproximadamente 100 mil cargos comissionados, funções de confiança e gratificações⁷ na Administração Federal.

Dados extraídos do Relatório do Tribunal de Contas da União (TCU), confeccionado pela Secretaria de Fiscalização de Pessoal (Sefip)⁸, datado de 2016, apontam que a administração pública federal gasta R\$ 3,47 bilhões por mês com funcionários em cargos de confiança e comissionados. Esse valor representa 35% de toda a folha de pagamento do funcionalismo público da União, que é de R\$ 9,6 bilhões mensais.

Em 65 dos 278 órgãos federais analisados, o percentual dos cargos *ad nutum* ultrapassa 50% do total de servidores. Em tais casos, o número de pessoas exercendo posições de comando era superior ao número de comandados, o que é ilógico sob o ponto de vista organizacional.

Matéria não apreciada na sessão de 16.02.2016, transferida para a sessão deliberativa de 17.02.2016. Matéria não apreciada na sessão de 17.02.2016, transferida para a sessão deliberativa de 18.02.2016. Matéria não apreciada na sessão de 18.02.2016, transferida para a sessão deliberativa de 23.02.2016.

Matéria não apreciada na sessão de 23.02.2016, transferida para a sessão deliberativa de 24.02.2016.

Matéria não apreciada na sessão de 24.02.2016, transferida para a sessão deliberativa de 25.02.2016.

Matéria não apreciada na sessão de 25.02.2016, transferida para a sessão deliberativa de 1º.03.2016.

Matéria não apreciada na sessão de 1º.03.2016, transferida para a sessão deliberativa de 02.03.2016.

Matéria não apreciada na sessão de 02.03.2016, transferida para a sessão deliberativa de 03.03.2016.

Matéria não apreciada na sessão de 03.03.2016, transferida para a sessão deliberativa de 08.03.2016.

Matéria não apreciada na sessão de 08.03.2016, transferida para a sessão deliberativa de 09.03.2016.

Matéria não apreciada na sessão de 09.03.2016, transferida para a sessão deliberativa de 10.03.2016.

Matéria não apreciada na sessão de 10.03.2016, transferida para a sessão deliberativa de 15.03.2016.

Disponível em < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122690>> Acesso em 27/10/2017,

⁷ Número de comissionados e cargos de confiança aumentam no governo Temer. Disponível em: < <http://contasabertas.com.br/site/noticias/governo-temer-mantem-100-mil-cargos-de-cargos-funcoes-de-confianca-e-gratificacoes> > Acesso em 25/10/2017.

⁸ Cargos de confiança custam R\$ 3,5 bi por mês, aponta TCU. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/brasil/cargos-de-confianca-custam-35-bi-por-mes-aponta-tcu-19383152>> Acesso em 25/10/2017.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Em parecer elaborado pelo Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. Nilo Spinola Salgado Filho (doc. anexo 3), constou comparativo entre o índice populacional e as contratações de livre nomeação e exoneração nos Estados Unidos, Chile, Holanda, Inglaterra, França e Alemanha, consoante se observa:

- *nos EUA, que tem uma população de 300 milhões de habitantes, há 7.000 cargos em comissão ocupados por particulares sem concurso público;*
- *no Chile, que tem 17 milhões de habitantes, há 800 cargos em comissão ocupados por particulares sem concurso público;*
- *na Holanda, que tem 16 milhões de habitantes, há 700 cargos em comissão ocupados por particulares sem concurso público;*
- *na Inglaterra, que tem uma população de 50 milhões de habitantes, há 500 cargos em comissão ocupados por particulares sem concurso público;*
- *na França e Alemanha, que têm 65 milhões e 81 milhões de habitantes respectivamente, há apenas 300 cargos em comissão ocupados por particulares sem concurso público.*

Comparando-se o Brasil com os países acima referidos, evidencia-se que o país possui 207,7 milhões de habitantes⁹ e existem, apenas na administração pública federal, 23.975 mil cargos preenchidos por não concursados (doc. anexo 4)¹⁰. Proporcionalmente¹¹, o quantitativo supera em 31 vezes os índices extraídos da Alemanha. Tal desproporção é realidade que não se coaduna com o princípio republicano.

Trata-se de preceito que consolida a igualdade formal entre as pessoas e a responsabilidade dos administradores, impondo-se a prestação de contas de suas condutas. É associado à defesa da moralidade na vida pública e ao combate à confusão entre o público e o privado na atuação dos agentes estatais.

Considerando que a regra é o concurso público, apenas se admite a nomeação de servidores não efetivos em hipóteses excepcionais, quais sejam, para cargos de natureza de chefia, assessoramento e direção, cujo vínculo de confiança é imprescindível para o desempenho da atividade exercida.

⁹ <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/08/populacao-brasileira-passa-de-207-7-milhoes-em-2017>

¹⁰ Dado extraído do Relatório de Fiscalização de Pessoal elaborado pelo Tribunal de Contas da União em 2015 (doc. anexo 4), que aponta que 60.774 dos servidores investidos em cargos em comissão, 39,45% são ocupados por servidores sem vínculo com a Administração Pública, o que representa 23.975 mil cargos.

¹¹ Relação entre cargos comissionados por sua população.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Adílson Abreu Dallari reconhece que as nomeações indiscriminadas são inconstitucionais, haja vista que funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza puramente profissional, não se revestem da especificidade exigida para investidura em cargos em comissão.¹²

Essa Suprema Corte já extirpou do ordenamento jurídico normas estaduais que desvirtuaram a finalidade do cargo, ao nomearem pessoas para funções que não exigiam desempenho de atividades de liderança:

ACÇÃO 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. Ação julgada procedente. (ADI 3706, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2007, DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00020 EMENT VOL-02292-01 PP-00110 LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 149-159)

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, II E V. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. LEI 15.224/2005 DO ESTADO DE GOIÁS. INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, tais como os cargos de Perito Médico-Psiquiátrico, Perito Médico-Clinico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação. Ofensa ao artigo 37, II e V da Constituição federal. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV do art. 16-A da lei 15.224/2005 do Estado de Goiás, bem como do Anexo I da mesma lei, na parte em que cria os cargos em comissão mencionados. (ADI 3602, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2011, DJe-108 DIVULG 06-06-2011 PUBLIC 07-06-2011 EMENT VOL-02538-01 PP-00027 RTJ VOL-00222-01 PP-00083 RIP v. 13, n. 68, 2011, p. 425-427)

¹² Regime constitucional dos servidores públicos”, Editora RT, 2ª edição, p. 41.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Enquanto instrumento à disposição da estrutura administrativa, a nomeação deve perseguir, em primazia, o interesse público, o que exige o desempenho de funções de comando. O não atendimento desse requisito demonstra que a conduta do administrador visa fim diverso do previsto no art. 37, V, da Constituição Federal.

A jurisprudência demonstra que o desvio de finalidade é prática reiterada por todo o território brasileiro, conforme os precedentes da ADC 12, RE 579951, MS 23480 e ADI 1521. Tratam-se de julgados que reportaram abusos dos administradores quanto às nomeações e ensejaram na edição da Súmula Vinculante n. 13, a qual proíbe a prática do nepotismo.

O nepotismo é questão frequente na cultura administrativa e na sociedade em si, entrelaçando-se, em certa medida, com a problemática da corrupção. A prática realizada pela autoridade de nomear parentes próximos, para a composição da máquina administrativa, sobrepõe o interesse particular ao público, desvirtuando a finalidade da estrutura governamental. Daniel Sarmento e Cláudio Pereira analisam que:

Infelizmente, nossas relações sociais e políticas ainda mantém características antirrepublicanas: o patrimonialismo, o clientelismo, o “jeitinho” e a cultura de privilégios para governantes e elite. Não é incomum que governantes tratem a “coisa pública” como bem particular, e que ponham seus interesses, ou os do seu grupo ou partido político, à frente do interesse da coletividade. (...) O engajamento cívico da cidadania no combate a essas mazelas ainda não é regra, mas exceção. Nesse quadro, uma dose de republicanismo na teoria constitucional se faz necessária, como remédio para certas disfunções da vida pública do país.¹³

Buscando prevenir as nomeações inconstitucionais, o verbete sumular n. 13 mitigou a discricionariedade administrativa quanto à livre indicação. Trata-se de previsão que cerceia favorecimentos pessoais e troca de favores, evitando o controle da máquina pública por um determinado grupo social/familiar.

Na esteira da Súmula Vinculante n. 13, a elaboração de lei ordinária para disciplinar a composição dos cargos comissionados reduziria abusos praticados pelos agentes públicos e políticos.

¹³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 2. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 218.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Cumprе esclarecer que, à luz do art. 61, §1º, II da CF¹⁴, a criação de cargos e funções no âmbito da administração pública é de iniciativa do Presidente da República. Compete, portanto, ao Chefe do Poder Executivo a elaboração de projeto de lei que regulamente os cargos comissionados.

É de notório conhecimento que o Presidente editou o Decreto n. 9.021/2017, que alterou o Decreto n. 5.497/2005, o qual, por sua vez, estabelece percentuais mínimos desses cargos que devem ser ocupados por servidores de carreira no âmbito do Poder Executivo Federal.

A nova redação promoveu as seguintes alterações: i) no que concerne aos cargos DAS 1, 2 e 3, o percentual que deve ser ocupado exclusivamente por servidores efetivos reduziu de 75 para 50%; ii) quanto ao DAS 4, manteve-se o percentual de que 50% das vagas disponíveis devem ser ocupadas por efetivos; iii) por fim, os DAS 5 e 6, que antes eram posições de livre nomeação, passaram a ser ocupados em 60% por servidores efetivos.

Verifica-se que a medida favorece o aumento de cargos comissionados ocupados por não concursados, pois as vagas DAS 1,2,3 são as mais numerosas no quadro da Administração, o que torna expressivo o decréscimo em 25% do número dos efetivos ocupando tais posições. A alteração normativa desprestigia o princípio do concurso público, em contrassenso ao projeto idealizado pelo legislador constituinte originário.

Ademais, em que pese a intenção de disciplinar a matéria, constata-se a inadequação do instrumento utilizado, haja vista que o decreto não se presta a usurpar competência conferida à lei, por força do art. 37, inciso V, da CF. Trata-se de matéria com reserva legal constitucionalmente prevista, cuja inovação normativa denota violação ao princípio da legalidade (art. 5º, CF).¹⁵

¹⁴ Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

¹⁵ Art. 5º. II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Bobbio correlaciona o conceito da legalidade com a presunção de legitimidade. Segundo o autor, as decisões coletivas devem ser tomadas com base em regras estabelecidas por “*indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias*”. No regime democrático, esse poder é conferido a um número muito elevado de membros do grupo¹⁶.

Tais membros configuram o Poder Legislativo, composto por representantes democraticamente eleitos, os quais genuinamente podem inovar na ordem jurídica. Trata-se de atribuição que não é conferida ao Decreto Presidencial. Consubstanciando-se nessa razão, infere-se que os Decretos ns. 9.021/2017 e 5.497/2005, ao criarem nova disposição normativa, ultrapassam seu poder regulamentar, carecendo de legitimidade.

Dessa forma, remanesce a necessidade de elaboração de lei a fim de sanar a omissão legislativa, fixando as condições e percentuais mínimos dos cargos comissionados a serem preenchidos por servidores efetivos, conforme mandamento constitucional, ante as violações aos princípios do concurso público (art. 37, II, CF), da isonomia (art. 5, *caput*, da CF), da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF), do interesse público, da proporcionalidade e republicano (art. 1º, parágrafo único, da CF).

Impõe-se, portanto, a estipulação de prazo de 18 (dezoito) meses para que projeto de lei versando sobre a matéria seja apresentado pelo Presidente da República e, por conseguinte, apreciado, debatido e aprovado pelo Congresso Nacional à trilha dos precedentes das ADIs 2240, 3316, 3489, 3689 e 3682.

Alternativamente, caso se entenda que a matéria não é de iniciativa do Presidente da República, este Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requer seja o Congresso Nacional diretamente compelido a elaborar e aprovar o projeto de lei, no prazo de 18 (dezoito) meses.

III – DA MEDIDA CAUTELAR

Ante o cumprimento dos requisitos do *fumus boni iuris e periculum in mora*, deve ser concedida a medida cautelar, por força do art. 5º, da Lei n. 9.882/99¹⁷.

¹⁶ Futuro da democracia- Bobbio – pág. 18

¹⁷ Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

O *fumus boni iuris* foi exaustivamente demonstrado na peça, pois se mostra patente a violação aos princípios do concurso público (art. 37, II, CF), da isonomia (art. 5, *caput*, da CF), da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF), do interesse público, da proporcionalidade e republicano (art. 1º, parágrafo único, da CF).

O *periculum in mora*, por sua vez, também está presente no caso em comento. A ausência de norma favorece o preenchimento desproporcional dos cargos comissionados por servidores não concursados, propiciando nomeações com desvio de finalidade.

A inexistência de lei estabelecendo as condições mínimas possibilita o preenchimento dessas vagas por pessoas desprovidas de *expertise* necessária ao desempenho da função, o que afronta o interesse público. Somente a regulamentação da matéria traria segurança jurídica aos administradores e administrados, impedindo a utilização da máquina estatal para perseguição de vantagens pessoais que não contribuem para o bom desenvolvimento das atividades administrativas.

Nesse contexto, a liminar deve ser concedida devido à urgência qualificada que enseja sua imediata apreciação e concessão *'ad referendum'* do Plenário, consoante precedentes dessa egrégia Suprema Corte, como por ocasião do julgamento da ADPF n. 130, *verbis*:

CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. LEI Nº 5.250, DE 09 DE FEVEREIRO DE 1967 - LEI DE IMPRENSA. LIMINAR MONOCRATICAMENTE CONCDIDA PELO RELATOR. REFERENDUM PELO TRIBUNAL PLENO. (...). 4. Verificação, desde logo, de descompasso entre a Carta de 1988 e os seguintes dispositivos da Lei de Imprensa, a evidenciar a necessidade de concessão da cautelar requerida: a) a parte inicial do § 2º do art. 1º (a expressão "a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem"); b) íntegra do § 2º do art. 2º e dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65; c) parte final do art. 56 (o fraseado "e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa"); d) §§ 3º e 6º do art. 57; e) §§ 1º e 2º do art. 60 e a íntegra dos arts. 61, 62, 63 e 64; f) arts. 20, 21, 22 e 23; g) arts. 51 e 52. 5. A suspensão da eficácia dos referidos dispositivos, por 180 dias (parágrafo único do art. 21 da Lei nº 9.868/99, por analogia),

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

não impede o curso regular dos processos neles fundamentados, aplicando-se-lhes, contudo, as normas da legislação comum, notadamente, o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal. 6. Medida liminar parcialmente deferida.

(ADPF 130 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 REPUBLICAÇÃO: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00228)

Por todo o exposto, demonstrada a presença dos requisitos autorizadores, deve ser concedida a medida cautelar para o fim de que o Presidente da República apresente, com a maior celeridade possível, projeto de lei fixando percentuais e condições mínimas para a investidura dos servidores de carreira nos cargos comissionados, conforme mandamento do art. 37, V, da CF. Ato contínuo, cumpre ao Congresso Nacional apreciar, promover eventuais alterações e aprovar o projeto apresentado com a máxima brevidade.

IV – DOS PEDIDOS

Pelo exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requer:

a) a notificação do **PRESIDENTE DA REPÚBLICA, do PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL e do PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS**, autoridades responsáveis pela omissão da norma impugnada, para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias sobre a medida cautelar, nos termos do art. 10, da Lei nº 9.868/99;

b) a concessão de medida cautelar, com base no art. 10, da Lei nº 9.868/1999, para que seja fixado prazo, desde logo, ao **PRESIDENTE DA REPÚBLICA** e ao **CONGRESSO NACIONAL** para que elaborem lei estabelecendo as condições e percentuais mínimos de cargos comissionados que devem ser ocupados por servidores de carreira no âmbito da Administração Pública, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal.

c) a notificação do **PRESIDENTE DA REPÚBLICA, do PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL e do PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS**, para que, como autoridades responsáveis pela omissão, manifestem-se sobre o mérito da presente ação, no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 6, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

d) por conseguinte, a oitiva da **Procuradora-Geral da República** e da **Advogada-Geral da União**, nos termos do art. 103, § 1º e § 3º, respectivamente, da Constituição Federal de 1988;

e) ao final, a **PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE MÉRITO** para que seja declarada a **INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO** do art. 37, inciso V, da Constituição Federal, estipulando o prazo de 18 meses para que o projeto de lei, a ser apresentado pelo Presidente da República, seja apreciado, debatido e aprovado pelo Congresso Nacional.

f) subsidiariamente, caso se entenda que a matéria não é de iniciativa do Presidente da República, ao reconhecer a **PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE MÉRITO**, seja o Congresso Nacional diretamente compelido a elaborar e aprovar projeto de lei, no prazo de 18 meses, fixando condições e percentuais mínimos dos cargos comissionados a serem ocupados por servidores de carreira.

Deixa-se de atribuir valor à causa, em face da impossibilidade de aferi-lo.

Termos em que, pede deferimento.

Brasília-DF, 23 de novembro de 2017.

Claudio Pacheco Prates Lamachia

Presidente Nacional da OAB

OAB/RS 22.356

Marcus Vinicius Furtado Coêlho

Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais

OAB/DF 18.958

Bruna de Freitas do Amaral

OAB/SP 339.012

Lizandra Nascimento Vicente

OAB/DF 39.992