



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO**

Promotoria de Justiça Cível de Guarapari

**EXMA. SRA. JUIZA DE DIREITO DA FAZENDA PÚBLICA
ESTADUAL, MUNICIPAL, REGISTROS PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE GUARAPARI**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, por seu Promotor de Justiça, no uso de sua atribuição legal e constitucional, vem, respeitosamente, à presença de V. Ex^a., com fulcro no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, e nas Leis Federais números 7.347/85 e 8.429/92, propor a presente

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA c/c ARGÜIÇÃO INCIDENTAL DE
INCONSTITUCIONALIDADE c/c PEDIDO DE
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**

em face do **Município de Guarapari**, pessoa jurídica de direito público interno, representada pelo Prefeito Municipal, Edson Figueiredo Magalhães, com sede administrativa na Prefeitura Municipal de Guarapari, Rua Alencar Moraes de Rezende nº 100 – Jardim Boa Vista – Guarapari/ES, **Jedson Marchesi Maioli**, brasileiro, solteiro, Procurador Adjunto, com endereço profissional na Procuradoria do Município, sito a Rua Alencar Moraes de Rezende nº

100 – Jardim Boa Vista – Guarapari/ES; **Roberto Simões**, Assessor Jurídico da Procuradoria Administrativa, com endereço profissional na Procuradoria do Município, sito a Rua Alencar Moraes de Rezende nº 100 – Jardim Boa Vista – Guarapari/ES; **Marcelo de Andrade Passos**, Assessor Jurídico da Procuradoria Legislativa e Patrimonial, com endereço profissional na Procuradoria do Município, sito na Rua Alencar Moraes de Rezende nº 100 –Jardim Boa Vista – Guarapari/ES; **Bruno Bornacki Salim Murta**, Assessor Jurídico da Procuradoria Fiscal, com endereço profissional na Procuradoria do Município, sito na Rua Alencar Moraes de Rezende nº 100 –Jardim Boa Vista – Guarapari/ES; **Silvano Silva**, Assessor Jurídico da Procuradoria Cível e Criminal, com endereço profissional na Procuradoria do Município, sito na Rua Alencar Moraes de Rezende nº 100 –Jardim Boa Vista – Guarapari/ES; **Thiago Gobbi Serqueira**, Assessor Jurídico da Procuradoria Trabalhista, com endereço profissional na Procuradoria do Município, sito na Rua Alencar Moraes de Rezende nº 100 –Jardim Boa Vista – Guarapari/ES; **Danielly de Oliveira Nazário**, Assessora Jurídica da Orientação e Defesa do Consumidor, com endereço profissional na Procuradoria do Município, sito na Rua Alencar Moraes de Rezende nº 100 –Jardim Boa Vista – Guarapari/ES, pelos fatos e razões adiante expostos:

I - DOS FATOS

Foi encaminhada para a 5ª Promotoria de Justiça especializada na defesa do patrimônio público, uma representação formulada por candidatos aprovados no concurso para ingresso na carreira de PROCURADOR MUNICIPAL de Guarapari (001/2009), Thiago Brandão Boghi, Alfredo Alcure Neto, Renato Bodart Pessanha, Gabriela Fardin Perim Bastos e Rafael Santos de Almeida (fls. 06/136), onde requerem que o Ministério Público ***“analise a legalidade da estrutura da Procuradoria Geral do Município”***, ressaltando : a) o respeito ao princípio constitucional da impessoalidade; b) ocupação ilegal de assessores jurídicos comissionados; c) não observância do preenchimento de cargos de Procuradores Municipais por candidatos aprovados no concurso público 001/2009.

Com base no artigo 37 da Constituição Federal/88 e seu inciso V, questionam o artigo 3º da Lei Complementar 003/2006 e afirmam que ***“cabe a nomeação de cargo em comissão para o chefe da Procuradoria Geral do Município, como de fato ocorreu com a ocupação pelo advogado Fausto Antônio Possato.***

No entanto, o preenchimento, na Procuradoria, das funções nos outros órgãos que deveria ser com servidores ocupantes de cargo efetivo, o Procurador Municipal, vem sendo preenchido por comissionados conforme provas em anexo.

Mesmo que seja algo patente o requerente acredita que seja importante destacar que a função de assessoria jurídica do Município é função inerente de um Procurador Municipal”.

Esclarecem que o concurso realizado para Procurador Municipal (Edital 001/2009) já foi homologado, não existindo nenhum impedimento na nomeação dos candidatos aprovados.

Destacam que há **“previsão orçamentária para contratação de 6 procuradores jurídicos, conforme anexo I e III da Lei Complementar 003/2006”**, relatando ao final que **“os assessores acima mencionados exercem a função de representantes jurídicos do Município, que faz parte da função de um Procurador Municipal”**.

Concluem que **“Constatando-se a ilegalidade, que se promovam às medidas legais cabíveis para EXONERAÇÃO dos assessores jurídicos e NOMEAÇÃO dos candidatos habilitados no concurso 001/2009”**.

Foi, então, aberto no âmbito da 5ª Promotoria de Justiça Cível de Guarapari, o INQUÉRITO CIVIL 13/09 (anexo) com finalidade de “apurar a possível prática de ato de improbidade administrativa por parte dos agentes públicos em manterem procuradores e assessores comissionados, quando existe recente concurso público homologado, com candidatos à espera de nomeação, bem como, a constitucionalidade do artigo 3º da Lei Complementar Municipal 003/2006” (Portaria 13/09).

Foi encaminhado ofício (OF/PCGU/5ªPJC/Nº504/09) ao Procurador Geral do Município, Dr. Fausto Antônio Possato, com finalidade de prestar informações sobre os fatos narrados na representação (fls. 141).

Em resposta, o Procurador Geral do Município, Dr. Fausto Antônio Possato encaminhou o ofício OF./PGM Nº 150/2009, junto com documentos, informando em síntese que **“Os cargos comissionados a que se refere o ofício em epígrafe**

são de assessores jurídicos e procurador adjunto, cujos cargos foram criados pela Lei Complementar nº 003/2006, que dispõe sobre a estrutura administrativa do Município de Guarapari.

A Lei Complementar nº 012/2008, criou novos cargos em provimento em comissão de Assessor Jurídico na Secretaria Municipal do Trabalho, Assistência e Cidadania- SETAC, Secretaria Municipal de Educação – SEMED, e na Secretaria Municipal de Saúde- SEMSA...”

Quanto ao Edital do Concurso Público nº 001/2009, publicado na imprensa oficial em 13/02/2009, este contemplou 02 (duas) vagas para “Procurador Municipal, cujo pedido de convocação foi encaminhado ao Gabinete do Exmo. Sr. Prefeito”.

O Representante/concursado Alfredo Alcure Neto juntou Certidões de atividades jurídicas do fórum de Guarapari, comprovando o exercício de atividade jurídica dos assessores (fls. 265/268).

Juntou ainda a Lei 2989/2009, que dispõe sobre o Plano de Cargos e Vencimentos dos Servidores Públicos da Administração Direta do Poder Executivo do Município de Guarapari, Estado do Espírito Santo, a qual criou **50 cargos de Procurador Municipal** (Profissional na Área Jurídica- fls. 287), tendo como atividades: Representar e defender o Poder Executivo Municipal juridicamente, procedendo a defesa dos interesses do Município. Prestar assessoria jurídica no Município- fls. 308.

O representante/candidato Renato Bodart Pessanha juntou às fls.318/320 ofício do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil/ES, Dr. Antônio Augusto Genelhu Junior, encaminhado ao Prefeito Municipal de Guarapari, com cópia para a Promotoria de Justiça de Guarapari, Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Espírito Santo e Ministério Público do Estado do Espírito Santo, solicitando a nomeação dos candidatos concursados, afirmando que ***“constatada a existência de cargos comissionados que exerçam qualquer das funções típicas do cargo efetivo de Procurador Municipal, resta demonstrada a necessidade de pessoal para o desempenho da atividade em apreço” (fls. 320).***

Diante de todas as ponderações dos representantes e da resposta do Procurador Geral do Município, não

há outra solução a não ser submeter à apreciação do Poder Judiciário, face questionamentos de cunho Constitucional e Administrativo.

**II – DO DIREITO E DA ARGÜIÇÃO
INCIDENTAL DE
INCONSTITUCIONALIDADE DO
ARTIGO 3º DA LEI COMPLEMENTAR
Nº 003/2006 E DA LEI
COMPLEMENTAR 12/2008.**

**DA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA
SIMETRIA:**

A Constituição da República, quando trata da Advocacia Pública, o faz no artigo 131 e 132, assinalando:

"Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

...

Artigo 132- Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

A Constituição Estadual do Estado do Espírito Santo, ao regular a Procuradoria Geral do Estado, disciplina em seu artigo 122:

"Art. 122 - A Procuradoria-Geral é o órgão que representa o Estado, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe ainda, nos termos da Lei Complementar, as atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo Estadual.

§ 1º- A Procuradoria-Geral tem por chefe o Procurador-Geral do Estado de livre nomeação pelo Governador dentre advogados maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º-o ingresso nas classes iniciais da carreira de Procurador far-se-á mediante concurso público de provas e títulos"

Já a Lei Orgânica do Município de Guarapari **não** regulou a estrutura administrativa da Procuradoria do Município, deixando um campo vago e vasto para a implementação de ações e elaborações de Leis Complementares Municipais, que ferem princípios básicos do direito Constitucional e Administrativo.

Conforme resposta do Sr. Procurador Geral do Município de Guarapari, Dr. Fausto Antônio Possato Almeida ao ofício do Ministério Público, a Procuradoria Geral e respectiva Assessoria, são reguladas pela **Lei Complementar 003/2006**, que assim estatui:

Lei Complementar 003/2006

Artigo 3º- A Procuradoria Geral do Município tem como objetivo promover a defesa, em juízo ou fora dele, dos direitos e interesses do Município, e compõe-se dos seguintes órgãos:

I- Procurador Geral;

II- Procurador Adjunto;

III- Colegiado;

IV- Assessoria da Procuradoria Administrativa

V- Assessoria da Procuradoria Constitucional, Legislativa e Patrimonial;

VI- Assessoria da Procuradoria Fiscal;

VII- Assessoria da Procuradoria Cível e Criminal;

VIII- Assessoria da Procuradoria Trabalhista;

IX- Apoio Administrativo.

Se não bastasse a Lei Complementar Municipal 003/2006 ter criado **06 cargos comissionados** na função de **assessor jurídico** da Procuradoria Geral do Município, nova Lei Complementar foi aprovada e sancionada (**Lei Complementar nº 12/2008**), agora criando mais **03 cargos de Assessor Jurídico**, na Secretaria Municipal do Trabalho, Assistência e Cidadania - SETAC, Secretaria Municipal da Educação - SEMED e Secretaria Municipal da Saúde - SEMSA, conforme se vê abaixo:

Lei Complementar 012/2008

"Artigo 1º- Fica criado, no âmbito da estrutura administrativa da Secretaria Municipal do Trabalho, Assistência e Cidadania - SETAC, constante da Lei Complementar nº 003/2006, de 29 de novembro de 2006, o Cargo de Provimento em Comissão de Assessor Jurídico de Orientação e Defesa do Consumidor, as referências e os valores encontram-se conforme anexo I, integrante desta Lei

Art.2º- Ficam criados, no âmbito das estruturas administrativas; da Secretaria Municipal da Educação SEMED e da Secretaria Municipal da Saúde-SEMSA, constante da Lei Complementar nº 003/2006, de 29 de novembro de 2006, o Cargo de Provisão em Comissão de Assessor Jurídico, os quantitativos e os valores encontram-se especificados no anexo II, integrante desta Lei.

Desta forma, o Município de Guarapari possui **09 cargos comissionados** de assessor jurídico em sua estrutura administrativa.

Conforme mesmo relata o Procurador Geral do Município de Guarapari, ***“Quanto ao Edital do Concurso Público nº 001/2009, publicado na imprensa oficial em 13/02/2009, este contemplou 02 (duas) vagas para ‘Procurador Municipal’, cujo pedido de convocação foi encaminhado ao Gabinete do Exmo. Sr. Prefeito”.***

Tal pedido de convocação dos candidatos aprovados foi encaminhado para o Prefeito Municipal em data de 10 de setembro de 2009, ou seja, 08 dias após a abertura do Inquérito Civil 013/2009, e 07 dias após o encaminhamento do ofício requisitando as informações ao Sr. Procurador Geral.

Entretanto, até a presente data, não há informações de nomeação dos aprovados no concurso público para o Cargo de Procurador do Município.

O princípio da simetria é caracterizado pela obediência às normas de organização previstas na Constituição Federal por todos os entes da Federação, neles se incluindo, obviamente, o **Município**.

O Município de Guarapari, ao invés de adequar a Lei Orgânica Municipal aos preceitos estabelecidos na Constituição Estadual e Constituição da República, no que diz respeito à organização da Advocacia Pública, em obediência ao princípio da simetria, labora em flagrante inconstitucionalidade criando cargos de assessores jurídicos, como comissionados, deixando de reproduzir no texto interno o que foi objeto de criação do Legislador Estadual e Constituinte.

Deve-se ter em mente que a autonomia administrativa e política dos municípios não permite a elaboração de Leis Orgânicas e LEIS COMPLEMENTARES em completo descompasso com a Constituição Federal, em flagrante inconstitucionalidade.

Há no Supremo Tribunal Federal, uma **PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE nº 18**, tendo como proponente a União dos Advogados Públicos Federais do Brasil – UNAFE, tendo constado no edital publicado no dia 10 de dezembro de 2008 no Diário de Justiça Eletrônico:

"PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 18 EDITAL, com prazo de 20 (vinte) dias, para ciência e eventual manifestação de interessados, nos termos da Resolução nº 388-STTF, de 5 de dezembro de 2008, na forma abaixo:
A SECRETÁRIA JUDICIÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, FAZ SABER aos que este edital virem ou dele tiverem conhecimento que neste Tribunal se processam os autos da Proposta de Súmula Vinculante nº 18, em que é proponente a União dos Advogados Públicos Federais do Brasil – UNAFE, que visa à edição de súmula vinculante com a seguinte sugestão originária de verbete: "O exercício das funções da Advocacia Pública, na União, nos Estados e nos Municípios, nestes onde houver, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988" (grifo nosso)..

A Associação Nacional de Procuradores Municipais – ANPM, peticionou ao Supremo Tribunal Federal pugnando pelo seu ingresso como "animus curiae" na discussão da Proposta de Súmula Vinculante nº 18, e no dia 30 de junho de 2009, o Ministro Ricardo Lewandowski ***"reconheceu que a proposta apresentada pela UNAFE era 'suficiente fundamentada e instruída'. Com a posição favorável dois dos três membros da Comissão de jurisprudência admitiram que o PSV da UNAFE deveria ser julgado no mérito. Antes de Lewandowski, a***

Ministra Ellen Gracie já havia dado seu aval ao seguimento do processo para julgamento ([http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1037843/proposta-de-sumula-vinculante-relacionada-a-advocacia-pública](http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1037843/proposta-de-sumula-vinculante-relacionada-a-advocacia-publica), acesso em 24/09/09 às 16:10).

Na petição de ingresso como "animus curiae", a Associação Nacional dos Procuradores Municipais-ANPM, argumenta de forma clara:

"Por outro lado, os procuradores municipais devem ser organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases.

A determinação vem expressa no art. 132 da Constituição, a par de constar nas disposições referentes à administração pública, notadamente o art. 37, II. É certo que o art. 132, CF, não inclui expressamente os procuradores municipais. Todavia, o princípio da simetria, amplamente reconhecido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e a interpretação sistemática da Constituição excluem qualquer possibilidade de que os advogados públicos dos municípios possam advir exclusivamente de cargos comissionados ou funções de confiança.

A observância do princípio da simetria para os Municípios tem previsão no art. 29 da Constituição, segundo o qual esses entes federados regem-se por lei orgânica, "atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado". A respeito, registrou VALÉRIO CÉSAR MILANI E SILVA, em sede doutrinária:

"O Município não pode, em total contra-senso ao que determina a Constituição Federal, criar sua advocacia pública essencialmente com servidores comissionados, pois estaria se afastando do modelo constitucionalmente desenhado e adotando um modelo

assimétrico e inconstitucional.

O modelo a ser seguido é o constitucional, que impõe o ingresso na carreira da advocacia pública por meio de concurso público de provas e títulos e que deve ser reprisado nas Leis Orgânicas municipais, em atenção ao princípio da simetria e ao regime principiológico da administração pública.” (2)

Os “princípios estabelecidos nesta Constituição” inserem-se na categoria de “normas centrais federais”, na classificação de RAUL MACHADO HORTA (3), e se irradiam para os entes federados.

Um desses princípios é a estruturação da carreira de procurador, prevista no art. 132, CF, específica e literalmente para os procuradores dos Estados e do Distrito Federal, e que se dirige aos Municípios por força da expressão “princípios estabelecidos nesta Constituição”, constante do art. 29, CF.

Entre as múltiplas funções de consultoria e defesa dos interesses dos Municípios, a cobrança de tributos exemplifica a exclusividade de atuação dos procuradores, já que somente pode ocorrer “mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (art. 3º, CTN). Isso significa que se trata de atividade típica do poder de império estatal e, portanto, indelegável a particular. Corrobora, a propósito, o capítulo I do título VI da Constituição, que revela a titularidade exclusiva dos entes da federação para exercer a competência tributária, desde os “princípios gerais” (4) até as “limitações” recíprocas do poder de tributar (5) e a “repartição das receitas tributárias (6), passando pela discriminação taxativa e específica dos impostos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (7) . O art. 7º do Código Tributário Nacional, por sua vez, estabelece a

indelegabilidade da competência tributária.

(<http://www.anpm.com.br/principal.asp?page=areas.asp&page2=noticias1.asp&id=187&estado=0&page3=noticias>, acesso em 24/09/09).

Em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL do Estado do Amapá, que criou cargos de SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO E PROCURADOR DE ESTADO CHEFE, em comissão, de livre nomeação e exoneração, por violação ao artigo 37, incisos II e V, ante a ausência do caráter de assessoramento, chefia ou direção, conforme se vê na ementa anexa, com inúmeros precedentes:

ADI 2682 / AP - AMAPÁ
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. GILMAR MENDES
Julgamento: 12/02/2009 **Órgão Julgador:**
Tribunal Pleno

Publicação

DJe-113 DIVULG 18-06-2009 PUBLIC 19-06-2009
EMENT VOL-02365-01 PP-00024

Parte(s)

REQTE.: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL
ADV.: MAURÍCIO GENTIL MONTEIRO E OUTRO
REQDO.: GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAPÁ
REQDO.: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO
AMAPÁ
INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS
PROCURADORES DE ESTADO - ANAPE
ADV.(A/S): RONALD CHRISTIAN ALVES BICCA E
OUTRO(A/S)

Ementa

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Expressão "preferencialmente" contida no art. 153, § 1º, da Constituição do Estado do Amapá; art. 6º da Lei Complementar 11/1996, do Estado do Amapá, na parte em que conferiu nova redação ao art. 33 da Lei Complementar 6/1994 do mesmo Estado; e redação originária do art. 33, § 1º, da Lei Complementar 6/1994, do Estado do Amapá. 3. Rejeitada a preliminar de inépcia da petição inicial. A mera indicação de forma errônea de um dos artigos impugnados não obsta o prosseguimento da ação, se o requerente tecer coerentemente sua fundamentação e transcrever o dispositivo constitucional impugnado. 4. Provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração pelo Governador, dentre advogados, dos cargos de Procurador-Geral do Estado, Procurador de Estado Corregedor, Subprocurador-Geral do Estado e Procurador de Estado Chefe. Alegada violação ao art. 132 da Constituição Federal. A forma de provimento do cargo de Procurador-Geral do Estado, não

prevista pela Constituição Federal (art. 132), pode ser definida pela Constituição Estadual, competência esta que se insere no âmbito de autonomia de cada Estado-membro. Precedentes: ADI 2.581 e ADI 217. Constitucionalidade dos dispositivos impugnados em relação aos cargos de Procurador-Geral do Estado e de seu substituto, Procurador de Estado Corregedor. Vencida a tese de que o Procurador-Geral do Estado, e seu substituto, devem, necessariamente, ser escolhidos dentre membros da carreira. 5. Viola o art. 37, incisos II e V, norma que cria cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, o qual não possua o caráter de assessoramento, chefia ou direção. Precedentes. Inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados em relação aos cargos de Subprocurador-Geral do Estado e de Procurador de Estado Chefe. 6. Ação julgada parcialmente procedente.

Decisão

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), julgou parcialmente procedente a ação direta, vencidos, em parte, os Senhores

Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, as Senhoras Ministras Ellen

Gracie e Cármen Lúcia. Plenário, 12.02.2009.

Indexação

- VIDE EMENTA.

- FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MINISTRO CEZAR PELUSO: ATO DAS

DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS (ADCT), PERMISSÃO,

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, ESCOLHA, NATUREZA DO CARGO,

PROCURADOR-GERAL.

- VOTO VENCIDO, MINISTRO MARCO AURÉLIO: NECESSIDADE, ESCOLHA,

PROCURADOR-GERAL, INTEGRANTE, CARREIRA. DESCABIMENTO, SUPREMO TRIBUNAL

FEDERAL, APLICAÇÃO, DISTINÇÃO, ESTADO-MEMBRO.

Legislação

LEG-FED CF ANO-1988

ART-00001 ART-00025 PAR-00001 ART-00037

INC-00002 INC-00005 ART-00131 "CAPUT"

PAR-00001 PAR-00003 ART-00132 "CAPUT"

PAR-ÚNICO ART-00235 INC-00008

CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED ADCT ANO-1988

ART-00011

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

TRANSITÓRIAS

LEG-FED LEI-009868 ANO-1999

ART-00012

LEI ORDINÁRIA

LEG-EST CES ANO-1991

ART-00135 PAR-00001 ART-00153 PAR-00001

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, AP

LEG-EST LCP-000006 ANO-1994

ART-00028 ART-00029 INC-00005 ART-00030

ART-00033 PAR-00001 REDAÇÃO ANTERIOR À LCP-

11/1996

ART-00033 PAR-00001 REDAÇÃO DADA PELA LCP-11/1996
LEI COMPLEMENTAR, AP
LEG-EST LCP-000011 ANO-1996
ART-00002 INC-00001 INC-00002 INC-00003
ART-00006
LEI COMPLEMENTAR, AP

Observação

- Acórdãos citados: ADI 217, ADI 1141, ADI 1269 MC, ADI 2427 MC, ADI 2581, ADI 3233, ADI 3706.
Número de páginas: 37.
Análise: 30/06/2009, FMN.

Desta forma, vê-se flagrante inconstitucionalidade no artigo 3º da Lei Complementar 003/2006 e Lei Complementar 012/2008, por afronta ao princípio da simetria.

DA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ACESSIBILIDADE AOS CARGOS PÚBLICOS MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO:

Estatui o artigo 37 da Carta

Magna:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou funcional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte:

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

II - A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei, de livre nomeação e exoneração.”

No mesmo sentido, a Constituição Estadual, em seu artigo 32:

“Artigo 32 - As administrações públicas, diretas e indiretas de quaisquer dos Poderes do Estado e do Município, obedecerão aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, finalidade e interesse público, e também aos seguintes:

(...)

II- a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas e de provas e títulos, de acordo com a natureza e 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”.

Da mesma forma, a **LEI ORGÂNICA MUNICIPAL**, no artigo 96, “caput” e seu inciso II assim determina:

“Artigo 96 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de quaisquer dos Poderes do Município, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, 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, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarada em lei, de livre nomeação e exoneração”.

A clara redação do texto constitucional somente afasta do ingresso através da estreita e salutar porta do concurso público o preenchimento dos cargos comissionados e a possibilidade em caso de necessidade excepcional e temporária do ente público.

Evidentemente que buscou o legislador constitucional coibir a prática tão comum, verificada, em regra, a cada quatro anos, em que o administrador público, pressionado pelo sistema de lideranças políticas locais a recompensar aqueles que colaboraram em sua campanha, cometendo atos ímprobos de

nomeação eterna de cargos comissionados sem critério técnico e sem concurso.

O saudoso HELY LOPES MEIRELLES, preleciona no mesmo sentido, ao afirmar, in "DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO", Ed. RT, 15ª Ed, pág. 370, que **"O concurso público é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da Constituição da República". Pelo concurso se afastam, pois, os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder, leiloando empregos públicos".**

A Associação Nacional de Procuradores Municipais-ANPM, quando do pedido feito ao Supremo Tribunal Federal como "*animus curiae*", manifestou que a **"atividade das procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios inclui-se entre as atividades típicas de Estado"**, juntando decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 881-Relator, Ministro Celso de Mello, publicado no DJ de 25/04/1997, nos seguintes termos:

**"ADI 881-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25/04/97
"O desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. A Constituição da República, em seu art. 132, operou uma inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura no cargo que exercem depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos."**

Em obediência aos preceitos Constitucionais, deveria a Lei Orgânica do Município de Guarapari estabelecer que somente através de CONCURSO PÚBLICO poderia haver o ingresso na carreira de Procurador Municipal.

Neste diapasão, as Leis Complementares Municipais impugnadas, ao distanciarem-se do modelo constitucional, criando a Procuradoria Municipal com 06 cargos comissionados (Lei Complementar 003/2006), além de mais 03 cargos comissionados em outras Secretarias Municipais (Lei Complementar 012/2008), tal ato traduz-se em inconstitucionalidade, por ferir o **princípio da acessibilidade** constitucional, que assegura isonomia entre candidatos que possuem a mesma formação acadêmica e técnica.

No caso concreto, objeto de análise nestes autos, os Representantes informaram que houve "***tentativa frustrada dos atuais assessores jurídicos em conseguir aprovação no concurso de Procurador do Município***" (fls. **54/60**), realizado pelo Município e homologado em data de 16 de janeiro de 2008: Marcelo de Andrade Passos (classificado em 45º), Bruno Bornacki Salim Murta (classificado em 139º), Danielly de Oliveira Nazario (classificada em 140º) e Thiago Gobbi Serqueira (classificado em 157º).

No concurso referente ao Edital 001/2009, os atuais Assessores Jurídicos do Município sequer participaram do certame, indicando que várias oportunidades estão sendo concedidas para que os mesmos regularizem a situação inconstitucional em que se encontram.

O concurso homologado em 2009 (Edital 001/2009) contempla vários aprovados, não justificando a permanência no cargo de "assessores comissionados", exercendo de forma inconstitucional o cargo.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já entendeu como inconstitucional Lei Municipal da cidade de São José dos Campos **que criou cargos comissionados de procurador fiscal, procurador judicial, procurador do patrimônio imobiliário e sete cargos de procurador**, por violação do princípio constitucional adotado pela Constituição Estadual de investidura em cargos públicos somente por concurso público, como se vê na ementa a seguir:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Criação de um cargo de procurador fiscal; um cargo de procurador judicial; um cargo de procurador do patrimônio imobiliário e sete cargos de procurador, todos de comissão, de livre nomeação e

exoneração pelo Anexo III da Lei nº 3.959 de 21/3/91 do Município de São José dos Campos – Violação do princípio constitucional adotado pela Constituição Paulista de subordinar a admissão de servidores públicos a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos – Inconstitucionalidade declarada. (TJSP – Órgão Especial - ADI 58.623-0 – São Paulo – rel. Des. Paulo Shintate – j. 03.11.1999)”

A Exma. Sra. Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia Antunes Rocha, in “Princípios Constitucionais Dos Servidores Públicos”, Ed. Saraiva – 1999 – faz um exaustivo, lúcido e importante estudo sobre a advocacia pública, questionando até a escolha do PROCURADOR GERAL do Estado como cargo comissionado, inclinando-se para a escolha dentro dos cargos de Procuradores de carreira, como se pode ver às fls. 190:

"A garantia da escolha do procurador-geral do Estado entre os membros da carreira de procurador do Estado conforma, aliás, esse critério como o modelo que, sistemicamente, domina o cenário constitucional de todas as carreiras que compõem a comunidade jurídica pública. Um excelente jurista não pode ser chefe da carreira do Ministério Público. E nem o poderia, porque lhe faltaria a condição específica pretendida para o exercício das funções inerentes àquela instituição. Um brilhante advogado não pode ser escolhido pelo presidente da República para dirigir uma escola de Direito se não compõe a carreira acadêmica no grau específico. Porque, então para o exercício da advocacia pública se poderia supor a admissão de um critério tão diverso de tudo o mais constitucionalmente traçado? Não seria mais que hora de destinar aos amigos a amizade, de agradar os companheiros com prêmios, e não com cargos públicos, e de tornar a República uma coisa de todos, tratada impessoalmente em benefício do público, e não uma ação particular no espaço público? Quem sabe

o Estado Democrático de Direito não seja tão difícil se cada um for mais cidadão na cidade e menos amigo no poder? O comissionamento de cargos é um dever e não um prêmio a um amigo. A gestão pública não pode ser reduzida a uma ação entre amigos...Nem o de advogado, nem o de qualquer outro.”(grifo nosso).

Infelizmente, esta lucidez não fez parte da Administração Pública Municipal de Guarapari, que ao invés de prestigiar a Constituição da República e Constituição Estadual na estrutura administrativa da Procuradoria, preferiu um modelo de comissionamento, sem concurso público.

Como pontifica a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia Antunes Rocha, in obra citada, pág. 191, ***“Não se interprete o comissionamento como um arbítrio administrativo deixado ao cuidado do administrador público. Arbitrariedade administrativo é incompatível com o Estado de Direito. Assim, não há comissionamento conferido sem limites a quem quer que seja.”***

Apesar do mandamento constitucional, o que deveria ser apenas exceção, hoje é regra, porque os administradores costumam inchar os quadros do funcionalismo através de contratações comissionadas, sem concurso público, e de acordo com as suas conveniências, ou com as suas preferências partidárias, e os contratados vão eternizando no cargo em detrimento de concursados.

A natureza perene objetivando o interesse público municipal fica relegada a segundo plano, e a ausência de procuradores concursados na estrutura administrativa da Procuradoria afronta os princípios constitucionais.

Desta forma, vê-se também inconstitucionalidade flagrante no artigo 3º da Lei Complementar Municipal 003/2006 e Lei Complementar Municipal 012/2006, ao prestigiarem de forma contrária aos ditames constitucionais, o cargo comissionado de Assessor Jurídico, ao invés de Procurador Municipal mediante concurso de provas e títulos.

DA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, RAZOABILIDADE E EFICIÊNCIA :

Registre-se, ainda, que o comportamento do Município, de Chefe do Executivo e do Legislativo em criarem regras inconstitucionais, ao perpetuarem uma ilegalidade, além da afronta aos princípios da impessoalidade e da legalidade, transgridem, no plano ético-jurídico, um dos vetores fundamentais que regem o exercício da atividade estatal: **o princípio da moralidade administrativa.**

Certo é que os agentes públicos, de modo geral, têm a obrigação de se conduzir com observância, dentre outros, do princípio da moralidade administrativa no trato dos assuntos que lhe são afetos.

De acordo com Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, ***"de um modo geral, a moralidade administrativa passou a constituir pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública. Não se trata, contudo, da moral comum, mas sim da moral jurídica. E para a qual prevalece a necessária distinção entre o bem e o mal, o honesto e o desonesto, o justo e o injusto, o conveniente o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, o legal e o ilegal. Não obedecendo ao ato administrativo somente à lei jurídica"*** (in "O CONTROLE DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA", Ed. Saraiva, 1974, p. 207) – grifos nossos.

Marino Pazzaglini Filho e outros vão mais longe: ***"a imoralidade exsurge, pois, do próprio objeto do ato administrativo, quando este afronta a honestidade, a boa-fé, as normas de conduta aceitas como legítimas pelos administradores, a dignidade humana e a ética. Resulta de um confronto lógico entre os meios de que se vale o agente público e os fins colimados com o ato"*** (in "IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ASPECTOS JURÍDICOS DA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO", Ed. Atlas, 1998, p. 54) – grifos nossos.

As Leis Complementares Municipais objeto de impugnação, não contemplam o senso que se espera no trato com o erário, já que não é a sociedade que deve ser responsabilizada em pagar os custos com contratação sem concurso,

sendo cristalina a ausência de atendimento ao princípio Constitucional da moralidade, por ser inoportuna, ilegal, inconveniente.

Conforme leciona o Professor Marcelo Novelino, in "*Direito Constitucional*", Ed. Método, 2009, pág. 717, quando trata da Advocacia Pública, "***A defesa do Estado não se confunde com a defesa do governo, que é transitório***".

Nesta linha de raciocínio, a criação de cargos comissionados de Assessores Jurídicos, ao invés de nomeação de concursados, atende única e exclusivamente aos interesses do governo transitório e não interesse público do Município, afetando grosseiramente o princípio da moralidade.

Da mesma forma, fere o princípio da razoabilidade, na medida em que não se consegue entender a perfeita adequação entre a criação e manutenção de cargos comissionados de Assessores Jurídicos (quando já se gastou recursos públicos com a complexa realização de concurso público, existindo advogados concursados qualificados esperando nomeação) com o fim almejado que se espera, racionalmente e de forma coerente, na atividade desenvolvida por advogados que sequer conseguiram êxito no certame anterior e sequer prestaram o último concurso. Não é razoável!

Neste sentido, posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATO NORMATIVO MUNICIPAL – CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO A SEREM LOTADOS NOS GABINETES DOS VEREADORES – DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS MOTIVOS GERADORES DA RESOLUÇÃO E O ATO EDITADO – LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE – VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – ARTS. 37, II, DA CF E 16 DA CE/89 – AÇÃO PROCEDENTE.

Ao lado dos cargos de provimento efetivo, possível é à Administração criar cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração. Todavia, se no exercício pelo Judiciário do controle dos atos discricionários, constata-se que ocorre inadequação entre o motivo

gerador do ato administrativo e o ato praticado, vale dizer, se o cargo em comissão criado não se enquadra entre aqueles que exigem absoluta confiança daquele com quem vai trabalhar e mais se adequa aos de provimento efetivo preenchido via concurso público, emergem violados os princípios constitucionais que balizam o preenchimento dos cargos públicos. (TJES - ADI 98.006701-4 - Blumenau - rel. Des. Alcides Aguiar - j. 07.03.01)."

Com base em tais argumentos, fica o princípio da eficiência comprometido, sendo este entendido como **"aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social".(Alexandre de Moraes, in "Direito Constitucional" - Ed. Atlas, pág. 317).**

A ausência de uma Procuradoria Municipal estruturada com Procuradores Municipais concursados, ao invés de comissionados, fere o princípio da eficiência, uma vez que fica ao sabor da interpretação do Chefe do Executivo, o que demonstra de forma insofismável a falta de atendimento ao interesse público.

Ante tais colocações, forçoso concluir que é inconstitucional o artigo 3º da Lei Complementar 003/2006 e Lei Complementar 012/2008.

**DA ILEGALIDADE DA ATUAÇÃO DOS
ASSESSORES JURÍDICOS COMO
PROCURADORES MUNICIPAIS.
AUSÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES DOS
CARGOS COMISSIONADOS**

A atribuição dada pela Constituição da República e Constituição Estadual para a defesa institucional da Administração Pública, sem apego aos vínculos político-partidários, e em atendimentos aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência, é única e exclusivamente do CARGO DE PROCURADOR.

Entretanto, como se vê nos documentos de fls. 36/53, os Assessores Jurídicos atuam judicialmente como PROCURADORES MUNICIPAIS.

O Supremo Tribunal Federal com base no princípio da simetria, tem entendido que a advocacia pública traduz prerrogativa de índole constitucional aos Procuradores do Estado, o que no âmbito municipal, vai refletir na atuação única do Cargo de Procurador Municipal:

"O desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. A Constituição da República, em seu art. 132, operou uma inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura no cargo que exercem depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos." (ADI 881-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-8-93, DJ de 25-4-97)

Além desta situação anômala verificada pelos Representantes, há que se verificar que a Lei Complementar Municipal nº 003/2006, NÃO ESPECIFICOU AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO COMISSIONADO DE ASSESSOR JURÍDICO, ficando estipulado no artigo 19:

"A estrutura e organização dos órgãos previsto no artigo 1º desta Lei, bem como as atribuições específicas e comuns aos servidores investidos em cargo de provimento em comissão serão reguladas por Regimento Interno através de ato próprio do Chefe do Poder

Executivo, dentro de 60 (sessenta) dias.(grifo nosso)".

O Procurador Geral do Município ao responder ao ofício desta Promotoria de Justiça, não juntou qualquer "REGIMENTO INTERNO" com a definição clara e específica das atribuições do cargo de Assessor Jurídico.

Deve ser salientado que mesmo que houvesse o tal "Regimento Interno", tal ato normativo estaria eivado de inconstitucionalidade, ferindo o artigo 37, II da Constituição da República e artigo 32, II da Constituição Estadual, por não haver LEI regulando as atribuições do Cargo Comissionado criado, impedindo a fiscalização de sua criação amoldar ao sistema legal, bem como, facilita o desvio de função, como o verificado no presente caso.

Neste sentido, julgados do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

'ADIN. LEI MUNICIPAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS NÃO ESPECIFICADAS PELA LEI. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. É inconstitucional a lei municipal que cria cargo em comissão sem, no entanto, definir suas atribuições, impossibilitando a verificação se de fato foram criados para o exercício das funções de direção, chefia ou assessoramento, previstas constitucionalmente. JULGARAM PROCEDENTE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70019027838, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 25/06/2007-grifo nosso).

No mesmo Estado do Rio Grande do Sul, vale destacar que na ADI 70020587267 o Tribunal entendeu como inconstitucional criação de cargos comissionados do Município de Pelotas, diante da "**falta de especificação das respectivas atribuições. Afronta aos arts. 19 "caput", inci. I e 32, ambos da Constituição Estadual. Cabível a criação de cargos em comissão somente com atribuições definidas de direção, chefia ou assessoramento.**"

Em sede de Embargos Declaratórios neste processo (Embargos de Declaração nº 70025104787- Órgão Especial- Rel. Desembargador Vasco Della Giustina), o Digno Desembargador Relator acolhendo os argumentos aduzidos pelo Ministério Público, asseverou:

"Entende o embargante que a Constituição Federal já definiu que os cargos em comissão têm as atribuições de direção, chefia e assessoramento, 'sendo que o município poderá criar os cargos com as mesmas atribuições(fl 416)', no entanto sabe-se que esta determinação constitucional não isenta o município de esmiuçar as atribuições de cada cargo criado, até porque criar cargos e nomeá-los como assessor, diretor ou chefe não os investe instantaneamente de constitucionalidade. A determinação da Lei Maior é no sentido de limitar a criação dos cargos em comissão somente nas hipóteses de direção, chefia e assessoramento, mas as atribuições destes cargos devem vir detalhadas na legislação, até para que se possa fazer uma análise de sua adequação às exigências constitucionais."

Ainda nesta Julgado, consta a lição de Diógenes Gasparini, in *"Direito Administrativo"*- 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pág 263-4):

"Cabe dizer que a criação de cargo significa sua institucionalização, com denominação própria, quantidade certa, atribuições e correspondente estipêndio.

Alerte-se que, se o elemento (nome, padrão, referência, requisito de provimento, atribuição) foi instituído por lei, somente por ato igual pode ser modificado, se se tratar de cargo do Executivo, de suas autarquias e fundações públicas, do Judiciário ou das Cortes de Contas. Se se tratar de cargo legislativo, só podem ser modificados por resolução".

E não se diga que a Lei Complementar Municipal 012/2008 estipulou quais as atribuições eram as dos 3 Cargos Criados, uma vez que as atividades criadas, simplesmente constaram do ANEXO I, não fazendo parte integrante de qualquer artigo da lei, sequer sendo submetida a apreciação dos vereadores.

Mesmo que houvesse LEI criando atribuições de exercício de atividades de defesa do Município judicial e extrajudicialmente, da mesma forma estaria eivada de inconstitucionalidade, pois com base no princípio da simetria, conforme já assinalado nos itens anteriores, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a advocacia pública traduz prerrogativa de índole constitucional aos Procuradores do Estado, o que no âmbito municipal, vai refletir na atuação única do Cargo de Procurador Municipal.

Se vingar tal posicionamento equivocado do Município permitindo que ASSESSORES JURÍDICOS exerçam atividade privativa de PROCURADOR MUNICIPAL, os assessores dos Magistrados, dos Membros do Ministério Público, dos Desembargadores, poderão exercer as atribuições constitucionais que foram destinadas àqueles cargos, o que não se admite.

Não foi outro também o entendimento da Ordem dos Advogados do Brasil/ES que através de seu Presidente, Dr. Antonio Augusto Genelhu Junior, encaminhou ofício ao Prefeito Municipal de Guarapari, afirmando que os princípios constitucionais **"devem buscar a satisfação do interesse público, em detrimento dos interesses pessoais daqueles que ocupam o poder"**, culminando na solicitação de nomeação dos candidatos aprovados no concurso público, diante da **"existência de cargos comissionados que exerçam qualquer das funções típicas do cargo efetivo de Procurador Municipal" (fls. 320)**.

Desta forma, não há outro caminho para o Ministério Público a não ser questionar através do **controle difuso, "que não tem como objeto mediato a constitucionalidade da lei em tese, mas, antes, o julgamento de uma relação jurídica específica e concreta, que tem como premissa a constitucionalidade da norma incidente, in casu, a ser aferida via controle incidenter tantum"** (STJ - Recurso Especial nº489.225-DF – Rel. Ministro Luiz Fux, 24/junho/2003).

Esclarece ainda, que cópia do Inquérito Civil 13/09 e desta inicial serão encaminhados para o Exmo. Sr.

Procurador Geral de Justiça com finalidade de análise e eventual propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade para extirpar definitivamente tamanha agressão ao patrimônio público.

III- DA NECESSIDADE URGENTE DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA:

Processo Civil: Estatui o artigo 273 do Código de

***"Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação".***

Inicialmente, cumpre verificar que a verossimilhança das alegações encontra-se na própria situação fática apresentada nos presentes autos: a existência de 09 (nove) cargos comissionados de Assessor Jurídico criados por Leis Complementares Municipais (artigo 3º da Lei Complementar 003/2006 e Lei Complementar 012/2008), existindo CONCURSO PÚBLICO HOMOLOGADO, em completa afronta à Constituição da República e Estadual (princípio da simetria, princípio da acessibilidade aos cargos públicos, ofensa a princípios constitucionais previstos na Constituição Federal e Estadual, ausência de fixação de atribuições, bem como ilegalidade na defesa do Município pelos Assessores Jurídicos).

Não há no presente caso um mero juízo de plausibilidade ("fumus boni iuris"), mas a descrição concreta do prejuízo sofrido pelo erário municipal em contratar de forma comissionada Assessores Jurídicos, burlando a forma Constitucional colocada à disposição para ingresso no serviço público que é o CONCURSO PÚBLICO, destoando, ainda, do modelo Constitucional (Federal e Estadual) adotado na estrutura das Procuradorias

Estaduais e Federais (Cargo de Procurador do Município = concurso público).

Os fundamentos são relevantes diante da presença de provas contundentes da burla aos princípios Constitucionais, não havendo controvérsia sobre a existência de assessores comissionados atuando no lugar de Procuradores Municipais concursados.

E mais, a continuidade da ilegalidade apontada pode levar a questionamentos mais graves no Poder Judiciário, como a validade dos atos praticados pelos Assessores Jurídicos na defesa do Município em juízo, ante a ausência de atribuição específica em lei municipal, bem como, caracterizar-se em flagrante inconstitucionalidade, face o princípio da simetria, caracterizado pelo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da advocacia pública ser prerrogativa de índole constitucional aos Procuradores do Estado, o que no âmbito municipal, reflete na atuação única do Cargo de Procurador Municipal.

O prejuízo apontado não é só de ordem pessoal, ligada aos potenciais interessados que passaram no certame, mas também prejudicial à imagem da Administração Pública Municipal, que se transformou, ao longo de muitos anos, em local acolhedor de interesses políticos pessoais.

O “periculum in mora” é manifesto, já que os cofres municipais vêm arcando com um prejuízo mensal em manter Assessores Comissionados, que certamente alegarão a impossibilidade de devolução aos cofres públicos dos valores recebidos, já que houve contraprestação de serviço.

Também é facilmente perceptível o receio de ineficácia de se aguardar o desfecho final através de uma sentença, diante da complexa situação em que se encontra a Vara da Fazenda Pública, em que pese o esforço diuturno desta Magistrada, ficando sem reparação a constante lesão aos preceitos administrativos constitucionais.

Tal medida deve ser concedida “**inaudita altera pars**”, pois a exigência prevista no artigo 2º da Lei 8437/92, se afigura como inconstitucional, diante do Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, ao qual se deve levar toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal/88.

Tal princípio é definido como cláusula pétrea, estando elencado entre os direitos e garantias fundamentais, e sua aceitação pelo Poder Judiciário representa um retrocesso, já que diminui o Poder de Cautela do Magistrado que fica vinculado à manifestação prévia do ente da Federação, caracterizando também uma afronta ao princípio da igualdade entre as partes, privilegiando o Município, em detrimento dos princípios constitucionais, prolongando o dano ao patrimônio público.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

"MEDIDA CAUTELAR - LIMINAR CONTRA O PODER PÚBLICO - LEI 9.437/92 - INCONSTITUCIONALIDADE QUESTIONÁVEL - CASO CONCRETO - SUJEIÇÃO - ENQUADRAMENTO "CIRCUNSTÂNCIAS CONDICIONANTES DO PRIVILÉGIO - DEPENDÊNCIA - ART. 804 DO CPC - INTELIGÊNCIA - "FUMUS BONI IURIS"- PERIGO DE PREJUÍZO EM RAZÃO DA DEMORA - PRESENÇA - CONCESSÃO "INAUDITA ALTERA PARS " - Nos termos do art. 804 do CPC o juiz tem amplitude de ação, podendo conceder liminarmente a medida cautelar com ou sem justificção prévia e sem ouvir o réu; justifica-se a concessão da medida liminar "inaudita altera pars", desde que presentes os requisitos para tal, quais sejam, o perigo de prejuízo em razão da demora e o "fumus boni iuris ".
- Além de ser questionável de inconstitucionalidade a Lei 8.437/92, que restringe a concessão de liminar em ação cautelar contra o Poder Público, uma vez que limita o exercício do direito de ação pelo cidadão e da garantia da prestação jurisdicional, estabelecendo inadmissível privilégio àquele Poder, a sujeição a ela depende de caso concreto a se enquadrar nas circunstâncias condicionantes com que tal privilégio foi posto pelo legislador ordinário." (Agravo n.º 131.065/5 - Belo Horizonte - Rel. Des. Schalcher Ventura - publicado no Diário do Judiciário - edição de 09 de setembro de 1.999 - pág. 01)

Ante o exposto, e com fundamento no art. 12 da Lei nº 7.347/85 c/c art. 273 do Código de Processo Civil (ANTECIPAÇÃO DE TUTELA) bem como diante do poder geral de cautela do Juiz nos moldes dos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil, requer o Ministério Público que seja concedida a antecipação de tutela com o fim de determinar o afastamento imediato dos Assessores Jurídicos Comissionados (Jedson Marchesi Maioli, Roberto Simões, Marcelo de Andrade Passos, Bruno Bornacki Salim Murta, Silvano Silva, Thiago Gobbi Serqueira Danielly de Oliveira Nazário), impondo-se cominação diária de R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais - considerando este valor como a soma dos vencimentos indicados por cargo comissionado) em caso de descumprimento da r. decisão, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas, eventualmente cabíveis. E para que não seja alegado pelo Município o prejuízo público com os afastamentos, que seja determinada a nomeação imediata dos candidatos aprovados no último concurso público para **PROCURADOR MUNICIPAL, no número correspondente à quantidade de cargos comissionados criados pelas Leis Complementares Municipais 003/2006 e 012/2008, num total de 09 (nove).**

IV- DOS PEDIDOS:

Estando comprovada, com razões de fato e de direito, a ilegalidade da manutenção dos cargos comissionados de Assessor Jurídico, requer o Ministério Público:

- a) seja a presente recebida, autuada e processada na forma do art. 19 da Lei 7347/85;
- b) seja dispensado o pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, à vista do disposto no artigo 18 da Lei nº 7.347/85, aplicado subsidiariamente;

- c) sejam as intimações do autor feitas pessoalmente, dado o disposto no artigo 236, § 2º, do CPC e no artigo 14 do Provimento nº 14/99, de 08/03/99, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Espírito Santo, com a redação que lhe foi dada pelo Provimento nº 15/99, de 14/04/99;
- d) a citação dos requeridos, já qualificados na exordial, para, querendo, contestarem o presente pedido, no prazo de quinze dias, sob pena de confissão e revelia, permitindo-se ao Oficial de Justiça utilizar-se da exceção prevista no art. 172, § 2º, do Código de Processo Civil (cópias da petição inicial para cada réu em anexo);
- e) a intimação dos terceiros interessados conhecidos pessoalmente (representantes-candidatos aprovados no concurso para o Cargo de Procurador Municipal), para, querendo manifestarem nos autos: Alfredo Alcure Neto – Av. Saturnino de Brito, 887 apto 1201 – Praia do Canto – Vitória/ES – CEP 29055-245; Thiago Brandão Boghi – Av. Saturnino de Brito, 915/402- Praia do Canto – Vitória-ES- CEP 29055-180; Renato Bodart Pessanha – Av. Rua Lenita Monteiro Cruz, 09 – Ilha do Frade – Vitória-ES- CEP 29057-100; Rafael Santos de Almeida- Rua Odette de Oliveira Latourt, 861/101- Jardim da Penha- Vitória-ES-CEP 29060-050; Gabriela Fardin Perim Bastos – Rua Professor Almeida Coresin, 125, sl.1606-1613- Enseada do Suá – Vitória-ES- CEP 29055-050; Bruno Bicudo Gonçalves- Rua Espírito Santo, 136 – Caju – Campos dos Goytacazes-RJ- CEP 28010-250 (cópias da petição inicial em anexo);

- f) a intimação dos demais interessados (concurados) por via editalícia, para, querendo, manifestarem nos autos;
- g) a apreciação do pedido de tutela antecipada constante dos autos, afastando os Assessores Jurídicos indicados nesta exordial, com a nomeação imediata dos aprovados no Concurso Público para o Cargo de Procurador Municipal;
- h) que seja declarada a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei Complementar Municipal nº 003/2006 e da Lei Complementar Municipal nº 012/2008 que criaram os cargos comissionados de Assessores Jurídicos, uma vez que afrontam o princípio Constitucional da Simetria (artigos 131 e 132 da CF/88 e artigo 122 da Constituição Estadual); princípio da acessibilidade aos cargos públicos (artigo 37, II da Constituição Federal/88 e artigo 32 da Constituição Estadual); ofensa aos princípios Constitucionais da moralidade, razoabilidade e eficiência (artigos 37 "caput da Constituição da República e artigo "caput" da Constituição Estadual; e ainda, ilegalidade na atuação de assessores jurídicos como Procuradores Municipais em Juízo (princípio da simetria);
- i) seja julgado procedente o presente pedido, exonerando definitivamente os Assessores Jurídicos, diante da inconstitucionalidade e ilegalidade da atuação como cargo comissionado na função de Procurador Municipal;

j) sejam os requeridos condenados ao pagamento das custas processuais.

Requer, finalmente, provar o alegado por meio de todas as provas admitidas em nosso ordenamento jurídico, especialmente documental, pericial, testemunhal, depoimento pessoal dos requeridos e outras que se fizerem necessárias no decorrer da instrução.

Dá-se à causa o valor de R\$ 14.000,00
(quatorze mil reais).

NESTES TERMOS
PEDE DEFERIMENTO.

Guarapari, 07 de outubro de 2009.

GENÉSIO JOSÉ BRAGANÇA
PROMOTOR DE JUSTIÇA