



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 451

Arguente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino

Arguido: Instituto de Proteção e Defesa do Consumidor

Relator: Ministro Alexandre de Moraes

*Administrativo. Disposições das Leis estaduais nº 10.305/2015 e 10.438/2016, que versam sobre o Instituto de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado do Maranhão. Preliminares. Ausência de pertinência temática. Inobservância do requisito da subsidiariedade. Mérito. Inexistência de fumus boni iuris. As normas estaduais atacadas preveem expressamente a necessidade de concurso público para provimento dos cargos em exame. Impossibilidade de análise das atribuições efetivamente exercidas pelos cargos comissionados em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Possibilidade da edição de decreto para regulamentar atribuições já estabelecidas em lei. Precedentes dessa Suprema Corte. Ausência de periculum in mora. Manifestação pelo não conhecimento da arguição e, quanto ao pedido de medida cautelar, pelo seu indeferimento.*

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

A Advogada-Geral da União vem, em atenção ao despacho proferido pelo Ministro Relator em 19 de maio de 2017, manifestar-se quanto à presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

## I – DA ARGUIÇÃO

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN, tendo por objeto o artigo 1º da Lei nº 10.305, de 04 de setembro de 2015, bem como os “‘anexos’ da Lei 10.305/2015, introduzidos pelo art. 2º c/c art. 3º, da Lei Estadual 10.438/2016” (fl. 76 da petição inicial), ambas do Estado do Maranhão. Eis o teor das normas impugnadas:

### **Lei nº 10.305/2015.**

Art. 1º Fica criado o Instituto de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON, autarquia com personalidade jurídica de direito público, vinculado à Secretaria de Estado dos Direitos Humanos e Participação Popular - SEDIHPOP, que se regerá por esta Lei e pelos seus Estatutos, a serem aprovados por Decreto.

### **Lei nº 10.438/2016.**

Art. 2º Ficam transferidos para o Instituto de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON/MA os cargos comissionados e as funções gratificadas da estrutura da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos e Participação Popular – SEDIHPOP, conforme disposto nos anexos I e II desta Lei.

Art. 3º Ficam criados os cargos comissionados dispostos no Anexo III desta Lei, os quais passam a compor a estrutura do PROCON/MA.

(...)

### ANEXO I CARGOS COMISSIONADOS

DENOMINAÇÃO	SÍMBOLO	QTD
DIRETOR DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR	ISOLADO	01

SECRETÁRIA EXECUTIVA	DAS-3	01
ASSESSOR JURÍDICO	DAS-1	02
CHEFE DA ASSESSORIA JURÍDICA	DANS-2	01
ASSESSOR ESPECIAL III	DANS-3	01
ASSESSOR SÊNIOR	DAS-1	04
GESTOR ADMINISTRATIVO-FINANCEIRO	DGA	01
ASSESSOR JÚNIOR	DAS-2	01
SUPERVISOR ADMINISTRATIVO	DANS-3	01
AUXILIAR DO SERVIÇO DE PROTOCOLO	DAI-1	01
AUXILIAR DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES OFICIAIS	DAI-1	02
ENCARREGADO DO SERVIÇO DE RECURSOS HUMANOS	DAS-2	01
ENCARREGADO DO SERVIÇO DE MATERIAL, PATRIMÔNIO E TRANSPORTES	DAS-2	01
SUPERVISOR FINANCEIRO	DANS-3	01
AUXILIAR TÉCNICO	DAI-3	01
ENCARREGADO DO SERVIÇO DE EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA E FINANCEIRA	DAS-2	01
SUPERVISOR DE TECNOLOGIA	DANS-3	01
AUXILIAR TÉCNICO	DAI-3	01
ENCARREGADO DO SERVIÇO DE SUPORTE EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO	DAS-2	01
PRESIDENTE DA COMISSÃO SETORIAL DE LICITAÇÃO	DANS-1	01
ASSESSOR SÊNIOR	DAS-1	02
GESTOR DE ORIENTAÇÃO E ASSISTÊNCIA AO CONSUMIDOR	DGA	01
ASSESSOR JÚNIOR	DAS-2	01
SUPERVISOR DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR	DANS-3	01
COORDENADOR DO PROCON	DAS-2	01

COORDENADOR DO PROCON	DAS-2	01
COORDENADOR DO PROCON	DAS-2	01
SUPERVISOR DE CONCILIAÇÃO	DANS-3	01
SUPERVISOR DE ASSUNTOS INTERESTADUAIS	DANS-3	01
GESTOR DE FISCALIZAÇÃO, ESTUDOS E PESQUISAS	DGA	01
SUPERVISOR DE FISCALIZAÇÃO	DANS-3	01
SUPERVISOR DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	DANS-3	01
SUPERVISOR DE PESQUISA DE MERCADO DE CONSUMO	DANS-3	01
TOTAL		39

ANEXO II  
FUNÇÕES GRATIFICADAS

DENOMINAÇÃO	SÍMBOLO	QTD
Secretária	FG-3	01
Assistente	FG-2	04
TOTAL		05

ANEXO III  
CRIAÇÃO DE CARGOS COMISSIONADOS

DENOMINAÇÃO	SÍMBOLO	QTD
ASSESSOR JURÍDICO	DANS-3	02
ASSESSOR DE COMUNICAÇÃO	DANS-3	01
ASSESSOR TÉCNICO	DANS-3	09
COORDENADOR DE POSTO AVANÇADO	DANS-3	18
ASSESSOR ESPECIAL I	DANS-1	01
ASSESSOR SÊNIOR	DAS-1	02

Inicialmente, a autora defende sua legitimidade para o ajuizamento da presente arguição, bem como aduz que o ato atacado disporia de “*coeficiente mínimo de abstração e generalidade*” (fl. 26 da petição inicial). Assevera, também, que não haveria outro instrumento de controle concentrado capaz de sanar a suposta lesão ao Texto Constitucional.

No mérito, após esclarecer que o objeto da arguição corresponde à Lei estadual nº 10.305/2015 (fl. 20 da petição inicial), sustenta que, em contrariedade ao disposto em seu artigo 13, parágrafo único<sup>1</sup>, os agentes fiscais do Instituto de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado do Maranhão não teriam sido devidamente aprovados em concurso público, mas ocupariam cargos de provimento em comissão, em suposta afronta ao artigo 37, inciso V, da Constituição Federal<sup>2</sup>. Com o intuito de comprovar o alegado, anexa aos autos a cópia de atos de nomeação publicados na imprensa oficial daquele ente federado.

Ademais, a arguente assevera que a lei estadual mencionada somente teria criado cargos comissionados, sem especificar as atribuições de assessoramento que poderiam justificar sua existência como cargos de livre

---

<sup>1</sup> “Art. 13. Os servidores do Instituto serão admitidos sob o regime estatutário. Parágrafo único. O pessoal do Instituto será admitido mediante concurso público, na forma da legislação em vigor.”

<sup>2</sup> “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:

(...)

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;”

nomeação, o que afrontaria o postulado do concurso público.

Nessa linha, afirma “*que todas as funções na autarquia Interessada – e não somente ‘atribuições de direção, chefia e assessoramento’ – são exercidas por servidores nomeados em cargos de comissão, em notável descumprimento do princípio da aprovação prévia em concurso público*” (fl. 43 da petição inicial).

Salienta, também, que as atribuições da autarquia de fiscalizar e aplicar sanções somente poderiam ser desempenhadas por servidores públicos efetivos, em observância ao artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal<sup>3</sup>. A esse respeito, entende que, “*enquanto ‘o pessoal do Instituto’ não for efetivamente admitido mediante concurso público (...), deve ser declarada suspensa, por inconstitucionalidade, a atribuição genérica de ‘fiscalizar a execução das leis de defesa do consumidor e aplicar as respectivas sanções’ (art. 4º, X, da Lei Estadual 10.305/2015<sup>4</sup>).*” (fl. 45 da petição inicial).

Por fim, a arguente alega que seria necessário conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 1º da Lei nº 10.305/2015, de modo a exigir que os estatutos mencionados nesse dispositivo legal sejam veiculados mediante lei em sentido formal, e não por meio de decreto, como previsto em seu texto,

---

<sup>3</sup> “Art. 37. (...)”

*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;”*

<sup>4</sup> “Art. 4º Para a consecução de seus objetivos, deverá o Instituto:

(...)”

*X - fiscalizar a execução das leis de defesa do consumidor e aplicar as respectivas sanções;”*

em atendimento ao artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “a”, da Constituição<sup>5</sup>.

Com esteio em tais argumentos, a arguente formula os seguintes pedidos:

01) Cautelarmente, seja concedida liminar para determinar que seja conferida interpretação conforme o texto constitucional ao art. 1º, parte final, da Lei Estadual 10.305/2015, para que onde se lê “decreto”, se entenda “lei de iniciativa do chefe do poder executivo”;

02) Suspensão liminar da eficácia dos “anexos” da Lei 10.305/2015, introduzidos pelo art. 2º c/c art. 3º, da Lei Estadual 10.438/2016, determinando, ainda, a imediata exoneração dos respectivos servidores comissionados que não exerçam atribuições de direção, chefia e assessoramento devidamente especificadas em lei própria, de iniciativa do chefe do executivo;

02.1) Seja determinado à autarquia interessada que se abstenha de atribuir o exercício do poder de polícia administrativa a ocupantes de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração, em face da apontada violação do texto constitucional (art. 37, II e V) e, por consequência, determinado que adote providências necessárias à efetivação do princípio do concurso público, em prazo razoável de 180 dias;

No julgamento do mérito, seja confirmada a liminar requerida e conferida interpretação conforme o texto constitucional ao art. 1º, parte final, da Lei Estadual 10.305/2015, para que onde se lê “decreto”, se entenda “lei de iniciativa do chefe do poder executivo”, e ainda:

4.1) Seja confirmada a determinação de observância e efetivação do princípio do concurso público (art. 37, II, da Constituição) e em cumprimento ao art. 13, parágrafo único, da Lei Estadual 10.305/2015, no prazo de 180 dias, no âmbito da autarquia interessada, dando-se ciência às autoridades competentes para tanto;

4.2) Seja confirmada a suspensão liminar do exercício do poder de polícia por ocupantes de cargo em comissão e em decorrência da inconstitucionalidade seja declarada a nulidade dos atos de polícia

---

<sup>5</sup> “Art. 61. (...)”

§ 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;”

administrativa praticados por comissionados da autarquia interessada investidos na função de agentes fiscais;

4.3) Seja confirmada a suspensão liminar da eficácia dos “anexos” da Lei 10.305/2015, introduzidos pelo art. 2º c/c art. 3º, da Lei Estadual 10.438/2016, declarando sua inconstitucionalidade material, confirmando, ainda, a exoneração dos respectivos servidores comissionados que não exerçam atribuições de direção, chefia e assessoramento devidamente especificadas em lei própria, de iniciativa do chefe do executivo. (Fls. 75/76 da petição inicial).

O processo foi despachado pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes, que, nos termos do § 2º do artigo 5º da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, solicitou informações prévias à autoridade requerida, à Assembleia Legislativa e ao Governador do Estado do Maranhão, assim como determinou a oitiva da Advogada-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

Em atendimento à solicitação, a Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão informou que as leis impugnadas tiveram regular trâmite legislativo.

Por sua vez, o Governador estadual sustentou, preliminarmente, a ilegitimidade ativa da arguente, por ausência de pertinência temática, bem como a inviabilidade da instauração do controle concentrado de constitucionalidade para impugnar ofensa meramente reflexa ao Texto Constitucional. Ainda em sede preliminar, afirmou a inobservância do princípio da subsidiariedade, dada a possibilidade de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para questionar a validade de lei estadual.

Quanto ao mérito, sustentou a constitucionalidade da lei estadual impugnada. Argumentou, a propósito, que, embora o concurso público seja a regra para a contratação de pessoal na Administração Pública direta e indireta, a



própria Constituição Federal permite a nomeação para cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração.

Após destacar que a Lei nº 10.305/2015 prevê a necessidade de concurso público, esclareceu o Governador maranhense que, “*como informado pelo PROCON-MA no documento em anexo, ao contrário do que tenta aduzir a autora, o quadro atual de servidores na entidade autárquica também tem grande quantidade de servidores efetivos*” (fl. 18 das informações prestadas).

O Chefe do Poder Executivo estadual aduziu, ainda, que a interpretação sustentada pela arguente no sentido de que o quadro de pessoal da autarquia deveria ser exclusivamente preenchido por servidores concursados não se compatibilizaria com o Texto Constitucional, que expressamente excepciona os cargos comissionados da regra do concurso público.

O Instituto de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado do Maranhão não apresentou as informações solicitadas no prazo legal.

Na sequência, vieram os autos para manifestação da Advogada-Geral da União.

## **II – PRELIMINARES**

### *II.1 – Da ausência de pertinência temática*

Inicialmente, cumpre registrar que a autora não logrou demonstrar sua legitimidade para o ajuizamento da presente arguição de descumprimento de

preceito fundamental, uma vez que não atende ao requisito da pertinência temática.

Com efeito, segundo a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal, a legitimidade ativa das confederações sindicais, no controle abstrato de constitucionalidade, está condicionada ao preenchimento do requisito da pertinência temática, ou seja, da relação de pertinência específica entre o objeto da ação e as atividades institucionais da autora. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ENTIDADE SINDICAL. LEGITIMAÇÃO ATIVA ESPECIAL. PERTINÊNCIA TEMÁTICA ENTRE O CONTEÚDO DO ATO IMPUGNADO E A FINALIDADE INSTITUCIONAL DA ENTIDADE SINDICAL. AUSÊNCIA. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. À falta de estreita relação entre o objeto do controle e os interesses específicos da classe profissional representada, delimitadores dos seus objetivos institucionais, resulta carecedora da ação a confederação sindical autora, por ilegitimidade *ad causam*. Agravo regimental conhecido e não provido.

(ADI nº 5023 AgR, Relatora: Ministra Rosa Weber, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 16/10/2014, Publicação em 06/11/2014).

Na espécie, a autora sustenta que as normas estaduais hostilizadas, ao supostamente permitirem a fiscalização da execução de leis de defesa do consumidor por servidores sem vínculo efetivo com a autarquia requerida, violariam o artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal.

Desse modo, constata-se que os comandos da lei hostilizada não detêm relação direta com os objetivos institucionais da autora. Com efeito, extrai-se do artigo 3º de seu Estatuto Social que a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino foi constituída para “(...) *estudo, defesa e*

*coordenação dos interesses culturais, econômicos e profissionais da categoria e das atividades compreendidas no Grupo dos Estabelecimentos Particulares de Ensino, regendo-se por este Estatuto (...)*” (fl. 9 do documento eletrônico nº 3).

Assim, em consonância com a jurisprudência dessa Suprema Corte, evidencia-se a ilegitimidade da autora para instaurar o controle concentrado de constitucionalidade em face das normas sob invecitiva, que tratam da organização de autarquia voltada à proteção e defesa dos consumidores de formal geral.

Feitas essas considerações, conclui-se que a presente arguição não merece conhecimento.

## *II.II – Da inobservância do requisito da subsidiariedade*

Ademais, o conhecimento da presente arguição também encontra óbice no princípio da subsidiariedade, previsto pelo artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, *in verbis*:

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º **Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.** (Grifou-se).

Ao interpretar referido dispositivo de lei, esse Supremo Tribunal Federal concluiu que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente pode ser utilizada no caso de não existir outro meio processual eficaz

para sanar a suposta lesão a preceito fundamental de forma ampla, geral e imediata. Veja-se:

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Medida Cautelar. 2. Ato regulamentar. Autarquia estadual. Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará - IDESP. Remuneração de pessoal. Vinculação do quadro de salários ao salário mínimo. 3. Norma não recepcionada pela Constituição de 1988. Afronta ao princípio federativo e ao direito social fundamental ao salário mínimo digno (arts. 7º, inciso IV, 1º e 18 da Constituição). 4. Medida liminar para impedir o comprometimento da ordem jurídica e das finanças do Estado. 5. Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade. Densidade normativa ou significado específico dos princípios fundamentais. 6. Direito pré-constitucional. Cláusulas de recepção da Constituição. Derrogação do direito pré-constitucional em virtude de colisão entre este e a Constituição superveniente. Direito comparado: desenvolvimento da jurisdição constitucional e tratamento diferenciado em cada sistema jurídico. A Lei nº 9.882, de 1999, e a extensão do controle direto de normas ao direito pré-constitucional. 7. **Cláusula da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias. Inexistência de outro meio eficaz para sanar lesão a preceito fundamental de forma ampla, geral e imediata. Caráter objetivo do instituto a revelar como meio eficaz aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante. Compreensão do princípio no contexto da ordem constitucional global.** Atenuação do significado literal do princípio da subsidiariedade quando o prosseguimento de ações nas vias ordinárias não se mostra apto para afastar a lesão a preceito fundamental. 8. Plausibilidade da medida cautelar solicitada. 9. Cautelar confirmada. (ADPF nº 33 MC, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 29/10/2003, Publicação em 06/08/2004; grifou-se).

Como visto, a presente arguição tem por objeto disposições constantes da Lei nº 10.305/2015 do Estado do Maranhão. A propósito, confira-se o seguinte excerto da petição inicial (fl. 20; grifou-se):

Assim, em síntese, pode-se esquematizar o objeto da presente

arguição de descumprimento de preceito fundamental do seguinte modo: **o ato questionado é a Lei Estadual 10.305/2015**, que dispõe sobre a criação do Instituto de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado do Maranhão - PROCON/MA e o exercício do poder de polícia por ocupantes de cargo em comissão, os quais não possuem atribuições definidas na norma que os criou (cargos).

Com efeito, o controle de constitucionalidade de lei estadual posterior à Constituição de 1988 pode ser adequadamente realizado mediante o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Lei Maior, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Desse modo, havendo outro meio eficaz para sanar, de forma ampla, geral e imediata, a lesividade supostamente decorrente das normas estaduais questionadas, resta evidente o não atendimento ao requisito da subsidiariedade, o que também implica a inviabilidade da presente arguição.

### **III – DA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR**

#### *III.I – Do fumus boni iuris*

Conforme relatado, a requerente sustenta que as disposições questionadas violariam o artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal, porquanto permitiriam que ocupantes de cargos em comissão exercessem

atribuições distintas das atividades de direção, chefia ou assessoramento, em especial a função consistente em “*fiscalizar a execução das leis de defesa do consumidor e aplicar as respectivas sanções*” (artigo 4º, inciso X, da Lei nº 10.305/2015).

Como cediço, a Carta Maior assegura ampla acessibilidade a cargos e empregos públicos aos brasileiros que atendam às exigências legais, por meio da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (artigo 37, incisos I e II, da Constituição<sup>6</sup>).

Segundo Hely Lopes Meirelles<sup>7</sup>, o concurso público representa “*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, fixados de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF*”.

De outro lado, o Texto Constitucional excepciona da regra geral do concurso público as hipóteses de nomeação para cargos em comissão e funções de confiança, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (artigo 37, inciso II, parte final, e inciso IX, da Carta Republicana<sup>8</sup>).

---

<sup>6</sup> “Art. 37. (...)”

*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;*”

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 30ª ed., 2005, São Paulo: RT, p. 419.

<sup>8</sup> “Art. 37. (...)”

Na espécie, merecem destaque os cargos em comissão, que, por sua natureza, são de ocupação temporária, baseada na relação de confiança entre seus titulares e a autoridade nomeante, destinando-se ao desempenho das atribuições de direção, chefia e assessoramento. Confira-se, a propósito, a redação do artigo 37, incisos II e V, da Lei Maior:

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

(...)

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

(...)

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;** (grifou-se).

Nesses termos, a Constituição Federal, com suporte em relevantes razões de interesse público, ressalva da regra do concurso público o regime dos cargos em comissão. Sobre o tema, confira-se o entendimento de Uadi Lammêgo Bulos, *verbis*:

Cargos em comissão são aqueles **providos através de livre nomeação**, sendo, também, exoneráveis *ad nutum*. Trazem a marca da transitoriedade, porque são ocupados em caráter passageiro por pessoa de confiança da autoridade competente, **prescindindo de concurso público** de provas ou de provas e títulos.<sup>9</sup> (Grifou-se).

---

*IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;”*

<sup>9</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 39/2002 – São Paulo: Saraiva, 2003, cit., p. 643.

Conforme se depreende da petição inicial, a arguente questiona a criação de cargos em comissão, no âmbito do Instituto de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado do Maranhão, para o desempenho de funções supostamente distintas daquelas previstas pelo artigo 37, inciso V, da Carta Republicana.

No entanto, não é possível extrair das normas impugnadas as conclusões sustentadas pela arguente. Pelo contrário, observa-se que a Lei nº 10.305/2015, em seu artigo 13, parágrafo único, declara expressamente a necessidade de que os servidores da autarquia sejam admitidos mediante concurso público. Veja-se:

Art. 13 – (...)

Parágrafo único - O pessoal do Instituto será admitido mediante concurso público, na forma da legislação em vigor.

Ademais, o diploma impugnado não contempla apenas cargos comissionados, mas também funções de confiança, que correspondem a atividades gratificadas exercidas, exclusivamente, por ocupantes de cargos efetivos. Importa, ainda, destacar que, em suas informações, o Governador do Estado do Maranhão afirmou que o quadro de pessoal da autarquia mencionada é formado tanto por servidores efetivos, como por ocupantes de cargos comissionados.

Nesse contexto, não há como concluir, conforme alegado pela arguente, que *“todas as funções têm sido, desde sua criação em setembro de 2015, exercidas por servidores nomeados para cargos em comissão, conforme se depreende da série de publicações oficiais, em anexo”* (fl. 39 da petição inicial).



Além disso, quanto aos referidos cargos comissionados, também existe a possibilidade de que sejam ocupados por titulares de cargos efetivos e, como ressaltado, é a sistemática constitucional, nos termos do inciso II do artigo 37 da Lei Maior, que permite o eventual vínculo, exclusivamente baseado na confiança, para o gerenciamento das políticas públicas.

Nesse contexto, considerando-se as disposições constitucionais referidas, não se pode taxar determinada lei de inconstitucional em decorrência, tão somente, de prever a criação de cargos em comissão. Ressalte-se, mais uma vez, que a lei sob inpectiva resguarda, de modo expresso, o postulado do acesso a cargo público mediante concurso.

De fato, a mera circunstância de os anexos das leis em exame criarem cargos comissionados não é suficiente para torná-las inconstitucionais. Conforme ressaltado, a Constituição Federal permite que o acesso a cargos comissionados seja efetivado sem a observância de concurso público. Aliás, essa Suprema Corte já decidiu, justamente, que a simples criação de cargos comissionados não implica violação ao artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal, consoante se infere da ementa abaixo transcrita:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA LEI N. 11.075/2004. CRIAÇÃO DE CARGOS E FUNÇÕES GRATIFICADAS NO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. POSSIBILIDADE DE FUSÃO DE PROJETO DE LEI EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI QUANDO PROPOSTOS PELA MESMA AUTORIDADE. A CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO E DE FUNÇÕES GRATIFICADAS IMPUGNADA FOI ACOMPANHADA DE ESTIMATIVA DE DESPESA E DA RESPECTIVA FONTE DE CUSTEIO E NÃO IMPORTA CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DO CONCURSO PÚBLICO E DA PROPORCIONALIDADE. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI nº 3942, Relatora: Ministra Cármen Lúcia,**

Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 05/02/2015, Publicação em 03/03/2015; grifou-se).

Confira-se, por oportuno, o seguinte excerto do voto condutor proferido pela Ministra Relatora Carmén Lúcia em tal ocasião:

**Assevera também o Autor que a criação de 435 (quatrocentos e trinta e cinco) cargos em comissão e funções gratificadas no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento desrespeitaria o “*princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso [e que] constitui[ria] arbitrariedade (...) substitui[r] a regra pela exceção, violando o art. 37, II, da Lei Maior*” (fls. 16-17).**

**Como apontado pelo Procurador-Geral da República, a criação dos cargos em comissão e das funções gratificadas não importa, por si só, em ofensa aos princípios do concurso público e da proporcionalidade.**

Primeiro, porque “*as funções de confiança só podem ser ocupadas por servidores de carreira, sendo-lhes facultada, também, a ocupação dos cargos em comissão (dos quais a Constituição da República determina lhes seja reservado percentual mínimo)*” (fl. 171).

Também porque, como salientado na Exposição de Motivos n. 49/2004 - MAPA, a criação desses cargos e funções no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento foi precedida “*de abrangente processo de consulta (...) e de um diagnóstico de auto-avaliação feito com base no Modelo de Excelência na Gestão Pública*” (fls. 71-72) e decorreu da necessidade de reorganização da sua estruturação organizacional para compatibilizá-la com as necessidades do setor produtivo. (Grifou-se).

Nota-se, destarte, que a arguente pretende transmutar a presente ação de controle concentrado de constitucionalidade em um processo de feição subjetiva, visando a fiscalizar os atos de nomeação realizados pela autarquia requerida, bem como as atribuições exercidas por cada um dos servidores daquele instituto. Tal providência é, entretanto, incompatível com a via eleita pela autora.

Nesse contexto, considerando-se, tão somente, o disposto nos artigos impugnados pela arguente, não se observa nenhuma incompatibilidade

com o suscitado artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal.

A autora pede, ainda, que seja conferida interpretação conforme a Constituição ao artigo 1º da Lei nº 10.305/2015, de modo que os estatutos mencionados nesse dispositivo sejam, necessariamente, veiculados mediante lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, em suposta observância ao disposto pelo artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, *in verbis*:

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;

A Constituição é expressa, no entanto, ao dispor que a reserva de lei mencionada somente se aplica à criação de cargos, funções ou empregos públicos, o que não impede a edição de decretos regulamentares para especificar as normas legais que versam sobre a instituição de autarquia e dos respectivos cargos. Aliás, o próprio Texto Constitucional permite que a organização da Administração Pública seja regulamentada mediante decreto, consoante se depreende do seu artigo 84, incisos IV e VI, alínea “a”, *in verbis*:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:  
(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

(...)

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não

implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

No presente caso, observa-se que as normas impugnadas são compatíveis com a Carta Republicana, uma vez que os cargos sob exame foram devidamente criados por lei, tendo sido autorizada a edição de decretos tão somente para a pormenorização das atribuições e atividades da autarquia requerida.

Cumprе ressaltar, a propósito, que, no mencionado julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3942, a Ministra Relatora Cármem Lúcia assentou a possibilidade da edição de decreto para especificar as atribuições de cargo comissionado criado por lei. Nesse sentido, veja-se o seguinte trecho do voto condutor do acórdão citado:

Como apontado pelo Procurador-Geral da República, a criação dos cargos em comissão e das funções gratificadas não importa, por si só, em ofensa aos princípios do concurso público e da proporcionalidade.

Primeiro, porque *“as funções de confiança só podem ser ocupadas por servidores de carreira, sendo-lhes facultada, também, a ocupação dos cargos em comissão (dos quais a Constituição da República determina lhes seja reservado percentual mínimo)”* (fl. 171).

(...)

**Ainda porque a Lei impugnada não especificou as competências e as atribuições dos cargos e das funções criadas e autorizou fosse essa definição feita por meio de Decreto (art. 3º da Lei 10.075/2004), o que não torna possível, nesse momento, “afirmar que os cargos e as funções criados não se enquadram entre aqueles que exigem absoluta confiança”** (grifou-se).

Desse modo, constata-se, em sede de cognição sumária, que os dispositivos impugnados são compatíveis com as normas constitucionais suscitadas pela arguente como parâmetros de controle.

### III.II – Do *periculum in mora*

Constata-se, ainda, a inexistência de *periculum in mora* acerca da pretensão da autora.

De fato, a arguente não comprovou a ocorrência de perigo da demora para justificar o deferimento do seu pleito cautelar. Além disso, observa-se que a Lei estadual nº 10.305 foi editada em 04 de setembro de 2015 e alterada em 20 de abril de 2016, de modo que eventual interferência na nomeação dos cargos comissionados da autarquia referida poderia implicar danos ao funcionamento da instituição e, por conseguinte, à proteção da sociedade diante das violações aos direitos do consumidor, o que caracteriza a existência de *periculum in mora* inverso.

A propósito, note-se que, em situação análoga, esse Supremo Tribunal Federal decidiu pelo indeferimento de pedido liminar formulado em ação direta de inconstitucionalidade em razão da irreparabilidade dos danos decorrentes da suspensão da lei então impugnada. Confira-se:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.542/01, do Estado do Rio de Janeiro, que obrigou farmácias e drogarias a conceder descontos a idosos na compra de medicamentos. **Ausência do *periculum in mora*, tendo em vista que a irreparabilidade dos danos decorrentes da suspensão ou não dos efeitos da lei se dá, de forma irremediável, em prejuízo dos idosos, da sua saúde e da sua própria vida. *Periculum in mora* inverso.** Relevância, ademais, do disposto no art. 230, caput da CF, que atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Precedentes: ADI nº 2.163/RJ e ADI nº 107-8/AM. Ausência de plausibilidade jurídica na alegação de ofensa ao § 7º do art. 150 da Constituição Federal, tendo em vista que esse dispositivo estabelece mecanismo de restituição do tributo eventualmente pago a maior, em decorrência da concessão do desconto ao consumidor final. Precedente: ADI nº

1.851/AL. Matéria relativa à intervenção de Estado-membro no domínio econômico relegada ao exame do mérito da ação. Medida liminar indeferida.

(ADI nº 2435 MC, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 13/03/2002, Publicação em 31/10/2003; grifou-se).


Destarte, conclui-se pela ausência do requisito do *periculum in mora*, impondo-se o indeferimento da medida cautelar pretendida.


#### IV – CONCLUSÃO

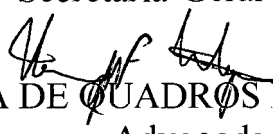
Ante o exposto, a Advogada-Geral da União manifesta-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental e, quanto ao pedido de medida cautelar, pelo seu indeferimento.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer em face do despacho proferido em 19 de maio de 2017, cuja juntada aos autos ora se requer.

Brasília, 27 de junho de 2017.

  
GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA  
Advogada-Geral da União

  
ISADORA MARIA B. R. CARTAXO DE ARRUDA  
Advogada da União  
Secretária-Geral de Contencioso

  
p/ ANDREA DE QUADROS DANTAS ECHEVERRI  
Advogada da União

**Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio**  
Diretor do Departamento de Controle  
Concentrado de Constitucionalidade