



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 14ª REGIÃO

PROCESSO: 0000666-49.2015.5.14.0005

CLASSE: RECURSO ORDINÁRIO

ÓRGÃO JULGADOR: 1ª TURMA

ORIGEM: 5ª VARA DO TRABALHO DE PORTO VELHO/RO

RECORRENTE(S): COMPANHIA DE AGUAS E ESGOTOS DE RONDONIA CAERD

ADVOGADO(S): THIAGO COSTA MIRANDA

RECORRIDO(S): SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDUSTRIAS URBANAS RO

ADVOGADO(S): KAROLINE COSTA MONTEIRO

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA CESARINEIDE DE SOUZA LIMA

I - DANO MORAL COLETIVO. EXISTÊNCIA DE PROVAS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Existindo provas nos autos de ocorrência de lesão a direito da coletividade, deve-se condenar o ofensor no pagamento de indenização por dano moral coletivo, ante a gravidade das lesões quanto à inobservância de normas constitucionais.

II - CRIAÇÃO DE CARGOS COMISSIONADOS. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. DESCUMPRIMENTO DE TAC. Tendo a CAERD, ao arrepio da Constituição Federal, deixado de contratar mediante aprovação em concurso público e mesmo após fiscalizações e celebração de compromisso junto ao MPT, continuado a criar cargos comissionados para preencher as vagas dentro daquela instituição, necessário se faz tomar providências para a moralização da Administração Pública, utilizando-se de todos os meios cabíveis para isso, tendo em vista que a situação perdura por vários anos.

## 1 RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo reclamada Companhia de Águas e Esgotos de

Rondônia (CAERD) contra a sentença de Id. 017a799, na qual a magistrada de primeiro grau declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 3.778/2016, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na reclamação trabalhista, reconhecendo a nulidade de todos os contratos de trabalho originados do preenchimento dos empregos em comissão criados pela referida lei e condenou a reclamada nas obrigações de fazer e de pagar descritas em sentença.

A reclamada intenta demonstrar que não houve descumprimento do TAC; que a Lei Estadual nº 3.778/2016 não é inconstitucional e que inexistente dano moral coletivo.

O Sindicato reclamante opôs contrarrazões pedindo pelo não provimento do recurso ordinário.

O Ministério Público do Trabalho manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito (Id ff22589).

## 2 FUNDAMENTOS

### 2.1 CONHECIMENTO

As partes foram intimadas da sentença em 21/9/2016 e reclamada apresentou suas razões recursais em 29/9/2016, portanto, tempestivamente.

Representação processual regular (Id 13c83da).

Custas e depósito recursal devidamente recolhidos (Id 2795054 e c954c7e).

Contrarrazões em ordem.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, decide-se conhecer do recurso ordinário.

### 2.2 MÉRITO

#### 2.2.1 DO CONTROLE DIFUSO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A CAERD, ora recorrente, afirma que o Sindicato autor se limitou a requerer o cumprimento da obrigação de fazer contida no Termo de Ajustamento de Conduta - TAC nº 020/2002, firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a CAERD, visando a observância de contratação de novos empregados por meio de concurso público, como exige a Constituição Federal, contudo, o juízo "a quo", sob o fundamento de que a constitucionalidade da Lei 3.778/2016 se tratava de questão prejudicial para o julgamento do mérito da demanda, entendeu por declarar, de ofício, a inconstitucionalidade do ato.

De acordo com a recorrente, não haveria a necessidade de afastar preliminarmente a Lei nº 3778/2016, pois, não há interdependência entre os dois atos.

Assevera que o Sindicato autor buscou, na verdade, por meio da Ação Coletiva, uma substituição da Ação Direta de Inconstitucionalidade, de modo que seu julgamento se desse por meio de um Juiz singular ao invés de ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal, como manda a Constituição Federal.

Aduz que a criação da Lei n. 3.778/2016 nada mais é do que o cumprimento de uma das cláusulas contidas no TAC, a qual não veda a criação de cargos comissionados, desde que respeitados os ditames da Constituição Federal.

Assim, sob o argumento de que para avaliar o cumprimento do TAC não havia necessidade de prévia análise da constitucionalidade da Lei Estadual nº 3.778/2016, pede a reforma da decisão para que a sentença seja declarada nula de pleno direito, tendo em vista a usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Importante destacar que o pedido do sindicato autor não consiste exclusivamente em obter a declaração de não cumprimento do TAC firmado entre a CAERD e o MPT, como afirma a recorrente. O sindicato busca, na verdade, que as contratações de novos servidores se dê por meio de concurso público, conforme estabelece a Constituição Federal e conforme obrigação contida no TAC em comento, e, para isso, requereu, na época, que fosse suspensa a análise do projeto de lei pela Assembleia Legislativa, que deu origem posteriormente a Lei 3.778/2016, bem como que a CAERD se abstivesse de contratar cargos comissionados de livre nomeação, por afronta a CF/88, logo, a matéria abrange, sim, o julgamento da inconstitucionalidade da lei que visava dar caráter de legalidade à contratação de vários cargos comissionados.

Quanto à alegação de que teria havido usurpação da competência do STF, esta não pode prevalecer.

Ressalte-se que quando o presente feito veio concluso para a análise do recurso ordinário, detectou-se a necessidade de se levar a matéria à apreciação do Tribunal Pleno deste Regional, em respeito às regras estabelecidas no Regimento Interno desta Corte, motivo pelo qual esta Relatora suscitou, de ofício, a arguição de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 3.778/2016, por entender que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seguida pela do Superior Tribunal de Justiça, é firme no sentido de admitir o controle difuso de constitucionalidade em sede de Ação Civil Pública, em relação a lei ou ato normativo, quando a questão é posta na causa de pedir, e não no pedido, sem efeito "erga omnes", não se ferindo, dessa forma, a sua competência constitucional.

Conforme visto em parágrafo anterior, a inconstitucionalidade da lei não foi alvo do pedido do Sindicato autor, tendo a parte requerido que a CAERD se abstivesse de contratar cargos comissionados e suscitado a suspensão da análise do projeto de lei que criava vários novos cargos nesta situação, logo, a inconstitucionalidade suscitada de ofício teve por base os fundamentos jurídicos extraídos da pretensão do demandante (causa de pedir), sem a análise da qual não seria possível se fazer cumprir a CF/88 e, conseqüentemente, o TAC n. 020/2002.

Nesses casos, o STF admite o controle difuso de constitucionalidade, ainda que por meio de Ação Civil Pública, sem falar em usurpação de competência, conforme se vê das transcrições abaixo:

**EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de se admitir o controle difuso de constitucionalidade em ação civil**

pública desde que a alegação de inconstitucionalidade não se confunda com o pedido principal da causa. Precedentes. 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (arts. 17 e 18, Lei nº 7.347/1985). 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, em caso de unanimidade da decisão. (RE 910570 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 18-05-2017 PUBLIC 19-05-2017)

**E M E N T A:** RECLAMAÇÃO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE - QUESTÃO PREJUDICIAL - POSSIBILIDADE - INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PRECEDENTES - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina. (Rcl 1898 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 05-08-2014 PUBLIC 06-08-2014)

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - IMPLEMENTO E ESPÉCIES.** Descabe confundir o controle concentrado de constitucionalidade com o difuso, podendo este último ser implementado por qualquer Juízo nos processos em geral, inclusive coletivo, como é a ação civil pública - precedentes: Recursos Extraordinários nº 424.993/DF, relator ministro Joaquim Barbosa, e 511.961/SP, relator ministro Gilmar Mendes, acórdãos publicados, respectivamente, no Diário da Justiça eletrônico de 19 de outubro de 2007 e 13 de novembro de 2009. (Rcl 8605 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 06-11-2013 PUBLIC 07-11-2013)

Dessa feita, não há falar em nulidade do julgado.

Nega-se provimento.

## 2.2.2 DOS FUNDAMENTOS CONTIDOS NA SENTENÇA PARA A DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL

A recorrente se insurge contra a sentença proferida em primeiro grau buscando sustentar a legalidade da Lei Estadual n. 3.778/16.

Aduz que a lei em questão não teve por finalidade convalidar eventuais vícios existentes na Resolução nº 005/DIREX/2014, uma vez que esta resolução, ao ver da recorrente, não possuía quaisquer vícios e, portanto, inexistia a necessidade de edição de qualquer ato administrativo para convalidá-la.

Afirma que todos os cargos que atualmente os empregados efetivos exercem não foram criados por lei, mas simplesmente por ato administrativo (PCCS) editado pelo diretoria executiva devidamente homologado pelo Ministério do Trabalho e Emprego e com base nessa alegação questiona por que os cargos comissionados deveriam ser criados por lei.

Defende que a parte final dos incisos II e V do Art. 37 da CF/88 permite concluir que a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá contratar pessoas por meio de cargos comissionados, desde que os cargos a serem preenchidos sejam de direção, chefia e assessoramento e justifica que a lei rechaçada criou cargos nos moldes previstos na Constituição Federal.

Ademais, asseve que a CAERD dispõe atualmente, em sua estrutura, de 722 empregos efetivos e apenas 93 empregados comissionados, ou seja, pouco mais de 10% dos empregados são comissionados, em uma perfeita adequação de proporcionalidade.

Da análise dos argumentos apresentados pela recorrente, vê-se que esta parece querer fazer menoscabo desta Justiça Especializada ao tentar dar caráter de legalidade aos atos que criou para amparar a contratação de cargos comissionados e tentar enquadrá-los na exceção prevista na CF/88.

É fato público e notório que a regra, estabelecida pela Lei Maior, é a contratação mediante concurso público. A exceção, como o próprio nome diz, será realizada somente em caráter excepcional, devidamente justificado e somente para cargos de chefia, direção e assessoramento, o que não quer dizer que todo cargo de chefia, direção e assessoramento possa ser preenchido livremente por nomeado para cargo em comissão, mas excepcionalmente e justificadamente, esses cargos podem vir a ser preenchidos desta maneira.

A CAERD interpôs tutela cautelar antecedente, sob o nº 0000389-14.2016.5.14.0000, por meio da qual buscava dar efeito suspensivo ao presente recurso ordinário para suspender o cumprimento das obrigações de fazer até o término do presente feito. Naquela demanda, a recorrente alegou, na petição inicial (Id 2536485), que "Exonerar os empregados seria sinônimo de paralisação TOTAL das obras que já estão sendo executadas e a interrupção dos processos licitatórios em andamento. Mais do que isso seria o mesmo que desconsiderar a importância de tais projetos para o Estado como um todo. Como exemplo temos o Contrato para implantação de Estação de tratamento de Esgoto em Porto Velho com o custo de aproximadamente R\$ 484.000.000,00 (quatrocentos e oitenta e quatro milhões). A equipe do PAC, atualmente, é essencial para o acompanhamento da execução desta obra que beneficiará 50% da cidade" e que "Caso se mantenha a decisão de exoneração, o setor jurídico definitivamente deixará de existir na companhia", uma vez que hoje o setor é composto por apenas um empregado efetivo e 9 assessores jurídicos comissionados.

Ainda que a empresa justifique que no processo seletivo realizado convocou 14 candidatos para as vagas relativas ao setor jurídico, mas só três teriam tomado posse, não tendo permanecido na companhia posteriormente, as alegações não podem prevalecer para legalizar a presente condição, uma vez que o MPT, em 2002, já teria detectado a situação, tendo firmado TAC, pelo qual a recorrente se comprometeu a preencher os cargos daquele setor exclusivamente por aprovados em prévio concurso público a partir de 02.01.2003 e, ainda que o primeiro certame não tivesse sido frutífero, passados mais de 14 anos, houve tempo suficiente para realizar vários outros concursos para preenchimento dessas vagas.

Relevante destacar que, mesmo tendo sido firmado TAC em 2002 para que a CAERD passasse a realizar suas contratações nos moldes da CF/88, apenas em 2012 realizou concurso público, não havendo

notícias nos autos de nenhum outro certame realizado após esse período.

Vê-se que a própria recorrente admitiu nos termos da peça inicial dos autos n. 0000389-14.2016.5.14.0000 a condição que prevalece na empresa hoje. Caso se tratasse apenas de cargos de direção, chefia e assessoramento, em casos excepcionais, a demissão desses empregados não geraria o alegado prejuízo.

Contudo, prejuízo maior está em se dar legalidade a atos de contratações imorais e em afronta ao que preconiza a Constituição Federal, como também entendeu a juíza de primeiro grau, motivo pelo qual, esta magistrada decidiu por arguir, de ofício, o incidente de inconstitucionalidade da Lei n. 3.778/2016, o que foi acolhido pela Turma e apreciado pelo Tribunal Pleno desta Corte nos autos n. 0000138-59.2017.5.14.0000, culminando na seguinte decisão:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE CRIA CARGOS EM COMISSÃO NO ÂMBITO DA CAERD. NÃO COMPROVAÇÃO DE CHEFIA, ASSESSORAMENTO OU DIREÇÃO DAS FUNÇÕES. VÍCIO MATERIAL. É inconstitucional a Lei Estadual nº 3.778/2016 que criou cargos em comissão no âmbito da CAERD, uma vez que não se comprovou o caráter de chefia, assessoramento ou direção das funções, além da inobservância de outros preceitos estabelecidos pela Constituição Federal, incidindo em vício material insanável.

E sem a necessidade de maiores digressões quanto à evidente irregularidade da norma, utiliza-se dos argumentos proferidos naqueles autos para fundamentar o motivo de se ter considerado inconstitucional a lei em comento e, conseqüentemente, a criação de cargos comissionados da forma pretendida. "In verbis":

A Lei Estadual nº 3.778/2016, que dispõe sobre a criação de cargos em comissão de direção, chefia e assessoramento no âmbito da CAERD, possui o seguinte teor:

Art. 1º Ficam criados os cargos comissionados constantes do Anexo Único desta Lei, o que visa regularizar situação já existente, objeto do acórdão nº 18/2015 Pleno, do Tribunal de Contas do Estado e abrigar a equipe técnica responsável pela gestão dos contratos do PAC Saneamento - Programa de Aceleração do Crescimento.

Art. 2º As despesas decorrentes da criação dos cargos serão suportadas pelas dotações orçamentárias da CAERD, sendo de sua inteira responsabilidade os custos com todas as despesas.

Art. 3º Aos profissionais nomeados para o exercício de cargos de confiança, demissíveis "ad nutum", compete a execução de atividades técnicas, segundo as necessidades da estrutura organizacional, sob forma de estudos, pesquisas, levantamentos de dados, avaliações, pareceres e informações, controle de legitimidade dos atos administrativos e a elaboração de relatórios e outros documentos de interesse geral da Companhia de Águas e Esgotos do Estado de Rondônia - CAERD.

Art. 4º Consoante permissivo legal, os cargos em comissão poderão ser ocupados por servidores pertencentes ao quadro da CAERD ou não. Em caso de servidor nomeado para cargos em comissão é facultado optar pelo vencimento e demais vantagens de seu cargo efetivo, acrescido da gratificação de representação do cargo em comissão, conforme artigo 65, §1º, da Lei Complementar nº 68, de 1992, utilizado por analogia. Ficam reservados dois cargos da classe I para Procuradores

do Estado de Rondônia para exercerem as atribuições precípua de Procurador no âmbito da CAERD.

Art. 5º Os cargos em comissão serão providos por ato do Diretor(a) Presidente, por meio de portaria de nomeação, consoante o disposto no art. 34, V, do Estatuto Social vigente.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

O Anexo Único mencionado na redação supra apenas divide os cargos criados em 5 classes, de "A" a "E", e especifica a quantidade e valores de cada um. Ressalte-se que ali estão sendo criados 93 cargos em comissão.

A regra geral acerca dos princípios básicos da Administração Pública e do provimento de cargo ou emprego público está inserta no art. 37, II, da Constituição Federal:

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;

A investidura em cargo público deve se dar por meio de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, que é a maneira estabelecida para garantir a aplicação das regras constitucionais visando o cumprimento dos princípios da impessoalidade, isonomia, moralidade e legalidade, de forma a se evitar condutas inapropriadas, imorais e antiéticas quando do preenchimentos de vagas de cargos públicos.

A criação e, conseqüente, nomeação para cargos em comissão é exceção à regra e por se tratar de situação apartada da norma comum, deverá ser muito específica e clara quanto à necessidade de sua existência, preenchendo requisitos básicos e sendo pautada nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além de depender de previsão legal.

O inciso V do art. 37 da CF estabelece que "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", ou seja, são exclusivamente destinados a funções de maior fideducía.

Na obra "Direito Administrativo Brasileiro", 42ª Ed, 2016, Ed. Malheiros, pág. 525, os autores Hely Lopes Meirelles e José Emmanuel Burle Filho trazem os seguintes ensinamentos acerca do tema:

Cargo em comissão - É o que só admite provimento em caráter provisório. São declarados em lei de livre nomeação (sem concurso público) e exoneração (art. 37, II), destinando-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (CF, art. 37, V). Todavia, pela EC 19, o preenchimento de uma parcela dos cargos em comissão dar-se-á unicamente por servidores de carreira, nos casos, condições e

percentuais mínimos previstos em lei (art. 37, V). Portanto, nestas hipóteses o provimento não será totalmente livre, como ocorre com os não servidores, isto é, os sem vínculo efetivo anterior à nomeação. A lei ali referida será de cada entidade política, mas, especialmente na fixação dos percentuais mínimos, deverá observar o princípio da razoabilidade, sob pena de fraudar a determinação constitucional, no sentido de uma parte dos cargos em comissão ser provida de forma totalmente livre e outra, parcialmente, diante das limitações e condições previstas nessa lei. A instituição de tais cargos é permanente, mas seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função, mesmo porque a exerce por confiança do superior hierárquico; daí a livre nomeação e exoneração. Nestas hipóteses, a nomeação, embora livre, fica condicionada à observância dos requisitos previstos na lei federal, estadual, distrital ou municipal.

Neste campo, o legislador deve ter presente, sempre, advertência e alerta do STF no sentido de que "a criação de cargo em comissão em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso" - ou, por extensão, agora, da exigência de um percentual mínimo para os servidores de carreira, isto é, concursados.

No texto acima, há ainda uma nota nos seguintes termos "STF: os cargos com "atribuições meramente técnicas" não têm "o caráter de assessoramento, chefia ou direção", como exige o art. 37, V, da CF (ADI 3.706). Na ADI 4.261 julgou-se inconstitucional a criação de cargos em comissão de assessor jurídico (com vários precedentes)."

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra "Curso de Direito Administrativo", 30ª ed., p. 309 e 310, ensina que:

Os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los com liberdade, a qual também pode exonerar "ad nutum", isto é, livremente, quem os esteja titularizando. Um porcentual deles, a ser fixado por lei, que até hoje não foi editada, terá de ser preenchido por quem seja titular de cargo de provimento efetivo (cf. Art. 37, V, da CF).

Anotar-se que é absolutamente inadmissível que titulares de cargo em comissão possam emitir "pareceres técnicos" e, se o fizerem, tais pareceres, conforme correta advertência de Carolina Zancaner Zockun, serão inaptos a oferecer suporte jurídico prestante para quem os siga.

Mas o brilhantismo dos ensinamentos se realça quando o autor acrescenta o seguinte comentário na nota de rodapé:

Estes cargos e as chamadas funções comissionadas são as grandes fontes dos escândalos encontrados no serviço público porque, quando seus ocupantes não provêm de carreiras públicas, carecendo de grandes compromissos com elas, são alheios aos freios que disto lhes resultariam. Ademais, porque, ainda quando recolhidos nestas carreiras, como lhes corresponde uma remuneração elevada em relação aos padrões correntes no Estado, quem os venha a ocupar tem grande interesse em conservá-los e, pois, em se evadir dos riscos da livre exoneração a que estão sujeitos, razão pela qual são manipuláveis à vontade por seus superiores, agentes políticos, de cuja boa vontade depende sua permanência, pelo que geralmente são proclives a satisfazer-lhes os propósitos, ainda quando incorretos. Ditos cargos deveriam ser reduzidas a um mínimo possível e, sobretudo, excluídos da possibilidade do exercício de inúmeras atividades que hoje desempenham para

diminuir os escândalos na Administração. É óbvio que quanto maior for o número de cargos em comissão, maior será a possibilidade de instrumentalizar a Administração Pública para servir a interesses oportunistas, a trocas de favores entre o Poder Executivo e os membros do Poder Legislativo, a fim de cooptá-los politicamente ou mesmo a possibilidade, não desprezível, dos partidos políticos ameaçarem perturbar, na esfera do Parlamento, o normal desempenho da atividade administrativa do governo se este não ceder a um clientelismo, aquinhoando seus próceres ou apaniguados com cargos e funções comissionadas no Executivo.

Ambos os doutrinadores mencionados dão destaque ao caráter transitório que deve ter o cargo em comissão e a necessidade de cumprimentos de requisitos essenciais para sua criação, sendo que o professor Celso Antônio Bandeira de Mello levanta outra tese pertinente ao tema, a inadmissibilidade de emissão de pareceres técnicos por titulares de cargos em comissão.

Ao desenvolver o tema a respeito dos atos administrativos em espécie, em função do conteúdo, o autor, ao adentrar na questão que envolve os pareceres técnicos, esmiuça sua tese, da qual destacamos o seguinte trecho, p. 447:

Entretanto, é fundamental assinalar que o pressuposto do que se vem de dizer, é o de que a autoridade administrativa não tenha qualquer possibilidade de interferência na manifestação do parecerista. Donde: se este ocupa cargo de provimento em comissão ou função de confiança, sendo, pois, suscetível de ser dele desligado ad nutum, é claro que não desfrutará da independência necessária para o opinamento técnico-jurídico. Em tal caso, seu parecer não respaldará a conduta do agente.

Em relação ao caso concreto, verifica-se que a Lei Estadual sob análise, logo no seu 1º artigo, estabelece que a criação daqueles cargos comissionados visa regularizar situação já existente junto ao TCE/RO e abrigar a equipe técnica responsável pela gestão dos contratos do PAC Saneamento - Programa de Aceleração do Crescimento.

Faz-se necessário lembrar que no Parecer nº 18/2015, o TCE conheceu a denúncia e a considerou procedente "em face da ilegalidade de se criar empregos comissionados, de livre nomeação e exoneração, por meio de resolução, como a deste caso, a Resolução de Diretoria nº 005/DIREX/2014, por violar o princípio da legalidade, o qual se submete a Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia Caerd, conforme art. 37, caput, da CF/88" (Doc de Id 726664b dos autos principais).

É possível verificar, por meio da Decisão Monocrática nº 214/GCFCS/2014 (Id 5f3de42 dos autos principais), que o órgão fiscalizador se ateu à análise da legalidade da forma de criação de empregos em comissão, entendendo que a prática não poderia ocorrer por meio de mero ato administrativo, independente de autorização legislativa, o que não implica dizer que a simples conversão da Resolução nº 005/DIREX/2014 em Lei Estadual sanaria eventuais irregularidades quanto à criação de cargo comissionados propriamente ditos.

Aliás, importante salientar que, como bem destacou a sentença, enquanto a Resolução nº 005/DIREX/2014 criaria 38 cargos em comissão de assessoramento superior, a Lei Estadual nº 3.778/2016 quase triplica essa quantidade, criando 93 cargos, dessa vez para abrigar a equipe técnica responsável pela gestão dos contratos do PAC.

A Lei Estadual deixa evidente, em sua redação, que infringe as normas gerais da Administração Pública e da Constituição Federal porque, ao contrário do que preconiza os incisos II e V do art. 37 da Carta Magna, não estipula os percentuais

mínimos para o necessário provimento por servidores de carreira, bem como não especifica as atribuições e nem demonstra o nível de fidúcia de cada cargo de confiança, deixando expresso que os cargos criados se destinam à composição de equipe técnica. Não há na lei qualquer indício que sugira que os cargos criados serão preenchidos por pessoas que atuarão na área de chefia e comando, como determina a lei maior. Tese esta reforçada pela redação contida no art. 3º da Lei Estadual que diz que "Aos profissionais nomeados para o exercício de cargos de confiança, demissíveis "ad nutum", compete a execução de atividades técnicas, segundo as necessidades da estrutura organizacional, sob forma de estudos, pesquisas, levantamentos de dados, avaliações, pareceres e informações, controle de legitimidade dos atos administrativos e a elaboração de relatórios e outros documentos de interesse geral da Companhia de Águas e Esgotos do Estado de Rondônia - CAERD", logo, atividades inerentes a uma equipe de forma geral e não a alguém que vá comandar uma equipe.

Ainda que de livre nomeação, os cargos comissionados devem ser providos com base nos critérios básicos previstos na norma constitucional.

Nesse sentido, colaciona-se as seguintes ementas da Suprema Corte:

Embargos de declaração em recurso extraordinário. Conversão em agravo regimental, conforme pacífica orientação da Corte. Lei distrital que criou cargos em comissão para funções rotineiras da Administração Pública. Impossibilidade. 1. A decisão ora atacada reflete a pacífica jurisprudência da Corte a respeito do tema, a qual reconhece a inconstitucionalidade da criação de cargos em comissão para funções que não exigem o requisito da confiança para seu preenchimento. 2. Esses cargos, ademais, deveriam ser preenchidos por pessoas determinadas, conforme descrição constante da aludida lei. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual é negado provimento. (RE 376440 ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DA DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES CORRESPONDENTES. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE Nº 748.371. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA. 1. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais pela Municipalidade exige a descrição de suas respectivas atribuições na própria lei. Precedente: ADI 4.125, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe 15/2/2011. 2. Os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, quando debatidos sob a ótica infraconstitucional, não revelam repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário Virtual do STF, na análise do ARE nº 748.371, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes. 3. A decisão judicial tem que ser fundamentada (art. 93, IX), ainda que sucintamente, sendo prescindível que o decisum se funde na tese suscitada pela parte. Precedente: AI-QO-RG 791.292, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 13/8/2010. 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: "Ação Direta de Inconstitucionalidade - Leis Complementares nºs. 38 (de 06 de agosto de 2008), 45 (de 27 de julho de 2009), 55 (de 15 de março de 2010), do Município de Buritama (Dispõem sobre 'criação de cargos de provimento em comissão'- Imprescindibilidade da descrição de atribuições para os cargos de assessoramento, chefia e direção - Afronta ao princípio da legalidade Inconstitucionalidade declarada - Ação julgada procedente". 5. Agravo regimental

DESPROVIDO. (RE 806436 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 1609-2014 PUBLIC 17-09-2014)

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI MUNICIPAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE CARÁTER DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA OU DIREÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE SERVIDOR NOMEADO E SUPERIOR HIERÁRQUICO. IMPOSSIBILIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. FIXAÇÃO DO MONTANTE DA REMUNERAÇÃO. RESERVA LEGAL. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 05.3.2012. Esta Corte entende que é inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuam caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandem relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico. Precedentes. Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a fixação do montante da remuneração de servidores públicos exige a adoção de lei formal e específica. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à conformidade entre o que decidido no acórdão recorrido e a jurisprudência desta Corte. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF - RE: 735788 GO, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 12/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-167 DIVULG 28-08-2014 PUBLIC 29-08-2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEI MUNICIPAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE CARÁTER DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA OU DIREÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE SERVIDOR NOMEADO E SUPERIOR HIERÁRQUICO. INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROVÉRSIA ACERCA DA NATUREZA DAS FUNÇÕES EXERCIDAS PELOS OCUPANTES DOS CARGOS EM COMISSÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICOPROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPRESCINDIBILIDADE DE REINTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 279 E 280 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I Esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que é inconstitucional a criação de cargos em comissão que não tenham caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandem relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico. Precedentes. II - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo Tribunal de origem quanto à natureza das funções exercidas pelos ocupantes dos cargos em comissão, necessário seria o reexame do conjunto fático probatório constante dos autos, bem como a análise de normas infraconstitucionais locais, o que inviabiliza o extraordinário, a teor das Súmulas 279 e 280 do STF. Precedentes. III - Agravo regimental improvido. (STF - ARE: 753415 RS, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 29/10/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 12-11-2013 PUBLIC 13-11-2013)

Tendo em vista o que já foi apontado, é de essencial importância, também destacar alguns dos mais relevantes pressupostos teóricos de Hans Kelsen - um dos maiores filósofos do direito: jurista e professor que também foi juiz da Corte Constitucional da Áustria - presentes em sua obra, "Teoria Pura do Direito", 6ª Ed, 1998, Ed. Martins Fontes, pág. 155, 156, 157 e 166 que, com efeito, disserta a respeito da estrutura escalonada da ordem jurídica, levando-se em consideração à Constituição:

Já nas páginas precedentes por várias vezes se fez notar a particularidade que possui o Direito de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se de forma a que uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida.

Mas também é possível que seja determinado ainda - em certa medida - o conteúdo da norma a produzir. Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porquê e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais [...] Da Constituição em sentido material deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento designado como "Constituição" que como Constituição escrita - não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos. Estas determinações representam a forma da Constituição que, como forma, pode assumir qualquer conteúdo e que, em primeira linha, serve para a estabilização das normas que aqui são designadas como Constituição material e que são o fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica estadual. [...] A Constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos. No primeiro caso, geralmente apenas existe uma promessa de leis a fixar e não qualquer obrigação de estabelecer tais leis, pois, já mesmo por razões de técnica jurídica, não pode facilmente ligar-se uma sanção ao não-estabelecimento de leis com o conteúdo prescrito. Com mais eficácia, porém, podem ser excluídas pela Constituição leis de determinado conteúdo. O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir. E eficaz quando pelo estabelecimento de tais leis - v. g., leis que violem a chamada liberdade da pessoa ou de consciência, ou a igualdade - se responsabiliza pessoalmente determinado órgão que participa na criação dessas leis - chefe do Estado, ministros - ou existe a possibilidade de as atacar e anular. Tudo isto sob o pressuposto de que a simples lei não tenha força para derrogar a lei constitucional que determina a sua produção e o seu conteúdo, de que esta lei somente possa ser modificada ou revogada sob condições mais rigorosas, como sejam uma maioria qualificada ou um quórum mais amplo. Quer isto dizer que a Constituição prescreve para a sua modificação ou supressão um processo mais exigente, diferente do processo legislativo usual; que, além da forma legislativa, existe uma específica forma constitucional.

Ainda, com maestria, disserta o jurista a respeito da criação, aplicação, e observância do Direito, diante do caráter constitutivo da decisão judicial:

Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples "descoberta" do Direito ou juris-"dição" ("declaração" do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo. O tribunal que tem de aplicar as normas gerais vigentes de uma ordem jurídica a um caso concreto precisa de decidir a questão da constitucionalidade da norma que vai aplicar, quer dizer: se ela foi produzida segundo o processo prescrito pela Constituição ou por via de costume que a mesma Constituição delegue. Este fato, a averiguar pelo tribunal, é tanto um pressuposto da sanção a estatuir por ele no caso concreto como o fato, igualmente a apurar pelo tribunal, de ter sido cometido um delito. A proposição jurídica que descreve esta situação fática - por hipótese, no caso de aplicação de uma norma jurídico-penal de uma ordem jurídica democrática - diz: Se o parlamento constitucionalmente eleito, pelo processo determinado na Constituição, editou uma lei segundo a qual uma determinada conduta deve ser punida, como crime, de determinada maneira, e se o tribunal verifica que certo e determinado indivíduo praticou essa conduta, deve esse tribunal aplicar a pena prevista na lei. Desta formulação da proposição jurídica ressalta a posição que o chamado Direito constitucional - isto é, as normas que regulam a produção das normas jurídicas gerais - ocupa nos quadros de uma ordem jurídica. Essas normas não são normas autônomas, normas perfeitas, pois apenas determinam os pressupostos do ato de coerção estatuído pelas outras normas. Elas apenas operam em combinação com estas outras normas jurídicas. Por isso, a circunstância de as normas do Direito constitucional não estatuírem atos de coerção não é razão suficiente para - como por vezes se pensa - rejeitar a definição do Direito como ordem de coerção. Só através da verificação, efetuada na decisão judicial, de que uma norma geral a aplicar ao caso apresentado perante tribunal é vigente - e tal norma é vigente quando foi criada constitucionalmente -, se torna esta norma aplicável ao caso concreto e se cria, através dela, para este caso, uma situação jurídica que antes da decisão não existia.

Assim, levando-se em consideração a doutrina e a jurisprudência utilizada para sustentar o presente acórdão e, em especial, em observância estrita ao teor da lei sob análise, atesta-se que a norma não cumpre os requisitos constitucionais mínimos para a criação de cargos comissionados no âmbito da Administração Pública, não tendo ficado evidente o caráter de chefia, assessoramento ou direção dos cargos em comissão criados pela Lei Estadual nº 3.778/2016, bem como a ausência de limitações quanto às nomeações, seja pela quantidade ou pelos setores de atuação, pelo que se conclui pela inconstitucionalidade da norma sob julgamento por visível desrespeito aos preceitos estabelecidos pela Constituição Federal.

Oportuna a transcrição do seguinte trecho do Voto do Excelentíssimo Desembargador Shikou Sadahiro, Presidente desta Corte:

A apreciação de constitucionalidade ou não de norma a partir dos princípios constitucionais foi claramente pacificada no julgamento da ADC n. 12 - DF , de relatoria do Ministro CARLOS BRITTO:

**EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE "DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO**

ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça. (ADC 12, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-01 PP-00001 RTJ VOL-00215-01 PP-00011 RT v. 99, n. 893, 2010, p. 133-149)

O princípio da igualdade, com incidência no concurso público, foi destacado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI n. 1350, conforme ementa a seguir transcrita:

**E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL QUE PERMITE A INTEGRAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO QUADRO DE PESSOAL DE AUTARQUIAS OU FUNDAÇÕES ESTADUAIS, INDEPENDENTEMENTE DE CONCURSO PÚBLICO (LEI COMPLEMENTAR Nº 67/92, ART. 56) - OFENSA AO ART. 37, II, DA CARTA FEDERAL - DESRESPEITO AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO, ESSENCIAL À CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE - AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. O CONCURSO PÚBLICO REPRESENTA GARANTIA CONCRETIZADORA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE, QUE NÃO TOLERA TRATAMENTOS DISCRIMINATÓRIOS NEM LEGÍTIMA A CONCESSÃO DE PRIVILÉGIOS. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - tendo presente a essencialidade do postulado inscrito no art. 37, II, da Carta Política - tem censurado a validade jurídico-constitucional de normas que autorizam, permitem ou viabilizam, independentemente de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, o ingresso originário no serviço estatal ou o provimento em cargos administrativos diversos daqueles para os quais o servidor público foi admitido. Precedentes. - O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II). A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros. Precedentes. Doutrina.(ADI 1350, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2005, DJ 01-12-2006 PP-00065 EMENT VOL-02258-01 PP-00051 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 28-40)**

Por fim, o mesmo se pode dizer em relação ao princípio da moralidade administrativa, cuja violação decorreu do mesmo ato transgressor ao princípio da impessoalidade e da eficiência. Diversamente da moral comum, a administrativa torna jurídica a atuação ética na Administração Pública, tendo em vista que esta já não se satisfaz com o cumprimento formal da lei, sobretudo por se tratar de lei cuja constitucionalidade é questionada justamente por ir de encontro a valores democráticos, a exemplo da criação irregular de cargos em comissão no âmbito da CAERD em detrimento da realização do concurso público.

Para arrematar, convém trazer para reflexão, o seguinte pensamento do festejado jurista:

"Se, no entanto, ousar apresentar nesta altura o resultado do trabalho até agora realizado, faço-o na esperança de que o número daqueles que prezam mais pelo espírito do que pelo poder seja maior do hoje possa parecer; faço-o sobretudo com um desejo de que uma geração mais nova não fique, no meio do tumulto ruidoso dos nossos dias, completamente destituída de fé numa ciência jurídica livre, faço-o na firme convicção de que os seus frutos não se perderão para um futuro distante." (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Prefácio à primeira edição. Genebra, maio de 1934)

Acrescenta-se que o vício detectado refere-se ao conteúdo da norma e afronta a dispositivo constitucional, portanto, trata-se de inconstitucionalidade material, cujo vício é insanável.

Pelo exposto, nega-se provimento à pretensão da recorrente de dar ares de constitucionalidade à Lei Estadual n. 3.778/2016.

### 2.2.3 DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA FIRMADO ENTRE A CAERD E O MPT. AUSÊNCIA DE DESCUMPRIMENTO DO TAC.

A recorrente (CAERD) alega não ter descumprido o TAC 020/2002 firmado com o MPT, pois, conforme documentação acostada aos autos, realizou concurso público, cujo edital ofertou inicialmente 184 vagas para diversos cargos e, após 10 editais de convocação, foram efetivamente convocados 404 candidatos, ou seja, número maior do aquele inicialmente previsto no edital, de maneira que o cumprimento do TAC estaria "escancarado".

Além de destacar que nomeou todos os candidatos aprovados, a CAERD assevera, quanto à criação de cargos comissionados, que nunca houve o compromisso de preencher os seus cargos exclusivamente mediante concurso público, podendo criá-los, desde que sem desvirtuamentos, em acordo com a parte final dos incisos II e V do art. 37, da CF88.

No TAC n. 020/2002, a CAERD firmou compromisso, por prazo indeterminado, perante o MPT, nos seguintes termos (Id 3b94f2a):

1. Compromete-se a preencher seus cargos observando rigorosamente os ditames da Constituição Federal, mormente o seu artigo 37, caput, incisos II e V, sem desvirtuamentos.
2. Quanto aos cargos relacionados à área jurídica, compromete-se a preenchê-los, a partir de 02.01.2003, exclusivamente por aprovados em prévio concurso público.

Parágrafo único. Para tanto, tomará previamente todas as medidas necessárias, de forma que possa adequar seu quadro até a data estipulada.

3. O descumprimento do presente TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA sujeitará a Companhia e seu gestor, solidariamente, à multa diária de R\$500,00 (quinhentos reais), por trabalhador encontrado em situação irregular, reversível ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), nos termos dos arts. 5º, §6º, e 13 da Lei 7.347/85.

Diante do texto supra transcrito, verifica-se que a CAERD se comprometeu, por prazo indeterminado, a preencher seus cargos observando rigorosamente as regras estipuladas na Constituição Federal e em relação aos cargos do setor jurídico, em especial, comprometeu-se a preenchê-los exclusivamente por meio de aprovação prévia em concurso público.

Conforme realçado nos tópicos anteriores, mesmo após a celebração do TAC, a CAERD demorou quase 10 anos para realizar concurso público, não havendo notícia nos autos de que tenha realizado outro certame do tipo após esse período.

A conduta destacada, por si só, demonstra o não cumprimento do acordo celebrado junto ao MPT.

A criação de cargos comissionados, em nenhum aspecto, poderia servir de base para justificar o cumprimento do TAC que visa justamente que a recorrente se limite a contratar por meio de concurso público. A tese da CAERD é absurda, desrespeitosa e afronta os órgãos do Judiciário envolvidos na causa.

Diante de tantos argumentos falaciosos, esta magistrada restringe-se a utilizar-se dos termos proferidos até o momento para firmar que a tese da CAERD não deve prevalecer e que o descumprimento do TAC é evidente, não merecendo reforma a sentença exarada em primeiro grau.

Nega-se provimento.

#### 2.2.4 DA INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL COLETIVO

A recorrente asseve que não há falar em dano moral coletivo uma vez que não praticou qualquer ato ilícito/inconstitucional e que não há provas dos reais prejuízos, nem dos ilícitos cometidos.

Sobre a matéria, sabe-se que o dano moral coletivo atualmente é instituto consolidado na doutrina e na jurisprudência pátria, plenamente aplicável no Direito do Trabalho, sendo possível a ofensa a determinada coletividade irradiar efeitos sobre toda a sociedade, atraindo a condenação por dano moral coletivo.

Xisto Tiago de Medeiros Neto (in *Dano moral coletivo*. 2ª ed., Ed. LTr, 2007, p. 137) conceitua o dano moral coletivo como "a lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões - grupo, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade."

Nesse compasso, é imperioso ressaltar que o dano moral coletivo se difere do individual, conforme leciona Enoque Ribeiro dos Santos:

(...) algumas diferenças fazem-se presentes entre o dano moral individual e o dano moral coletivo, quais sejam: o dano moral individual é eminentemente subjetivo e

para sua caracterização demanda, no plano fático, a constatação, pelo menos, em tese, do dano, da lesão, da angústia, dor, humilhação ou sofrimento do lesado, ao passo que o dano moral coletivo é de natureza objetiva, caracterizada como *damnum in re ipsa*, ou seja, verificável de plano pela simples análise das circunstâncias que o ensejaram.

(...)

Assim, enquanto o dano moral individual, de natureza subjetiva, fulcra-se no art. 186 do Código Civil, o dano moral coletivo, de natureza objetiva, tem por fundamento o parágrafo único, do art. 927, do mesmo Código Civil, de forma que não se exige, no plano fático, que haja necessidade de se perquirir sobre a culpabilidade do agente. Basta que se realize, no plano dos fatos, uma conduta empresarial que se vilipendie normas de ordem pública (...).

Empresas que forem flagradas pela ação fiscal do Ministério do Trabalho e Emprego, ou mesmo do Ministério Público do Trabalho, por meio de ações ou diligências, certamente poderão e deverão ser condenadas por dano moral coletivo em ações civis públicas ou por descumprimento de Termos de Ajuste de Conduta, por desrespeito a normas de ordem pública e direitos indisponíveis de trabalhadores, cujas lesões atinjam a ordem jurídica (...).

Verifica-se que, para a configuração do dano moral coletivo, no caso concreto, basta que haja a constatação de ilicitudes envolvendo direitos coletivos, difusos e eventualmente homogêneos para que toda a sociedade seja ultrajada. A condenação terá um caráter pedagógico, punitivo, exemplar e inibitório, no sentido de se evitar reincidências.

Portanto, para a efetiva constatação do dano moral coletivo não é necessária a ocorrência de efeitos subjetivos, como o constrangimento, a angústia, a humilhação ou eventual dor moral. Se estas vierem a ocorrer e a se manifestar no grupo ou comunidade atingida caracterizar-se-ão apenas como efeitos do ato lesivo perpetrado pelo infrator. (SANTOS, Enoque Ribeiro dos. "A natureza objetiva do dano moral coletivo no direito do trabalho", Revista LTr, ano 75, Dezembro/2011, pgs. 1.441/1.442)

No caso em análise, importante consignar que, embora o MPT tenha detectado a irregularidade das contratações dos empregados da recorrente, a situação perdurou além do que deveria.

Os prejuízos estão devidamente comprovados conforme fundamentação utilizada nos tópicos anteriores. É imoral a conduta praticada pela recorrente, buscando meios alheios à Constituição Federal para preenchimento de cargos sem justificativa plausível, mesmo que o MPT, na condição de órgão fiscalizador, diante das irregularidades detectadas, a tenha submetido à realização de pacto em que o compromisso consistia no simples cumprimento de normas constitucionais a que toda a Administração Pública é restrita.

Passados quase 15 anos daquela fiscalização e da celebração do acordo, a recorrente simplesmente passou por cima da legalidade e continuou contratando cargos comissionados, demorando mais de 10 anos para realizar concurso público, vindo a alegar que este não foi frutífero da maneira esperada. Contudo, ao invés de realizar novo certame, decidiu criar, por meio de ato administrativo, mais cargos comissionados e, após ser contestada, visando legalizar seus atos, converteu a resolução em projeto de lei.

Afronta maior não há. Prova maior não há. As condutas praticadas pela recorrente nos últimos anos falam por si só. O dano moral coletivo está devidamente comprovado, uma vez que não só os

empregados efetivos da recorrente vêm sofrendo com esses desmandos, mas a sociedade, de forma geral, que tem pago o preço dessas irregularidades e, infelizmente, pagará o preço também para que se moralize a forma como se dá as contratações.

A CF/88 estabeleceu normas de contratação para a Administração Pública com o intuito claro de dar isonomia aos servidores, evitando qualquer tipo de privilégio, o que vem sendo claramente desrespeitado pela recorrente.

Nega-se provimento ao recurso.

## 2.2.5 DO DESLIGAMENTO DE TODOS OS DETENTORES DE CARGOS COMISSIONADOS

Os argumentos apresentados pela CAERD neste tópico já foram devidamente rebatidos quando da análise dos temas apresentados anteriormente.

Em relação ao pedido da reclamada para que fosse concedido pelo menos um prazo de 12 meses para a demissão dos trabalhadores, em função do tempo que demanda a realização de um concurso público, tem-se que o pedido não pode prosperar.

Conforme visto anteriormente, a conduta da recorrente perdurou por tempo demasiado. Em 2002 o MPT firmou TAC por ter verificado a situação que já existia naquela época no âmbito da companhia. De lá pra cá, pouco mudou.

A magistrada de primeiro grau determinou, por meio de sentença exarada em 19/9/2016 (Id 017a799), que a reclamada estava sendo condenada a "no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da intimação desta sentença, independentemente do seu trânsito em julgado, proceder ao desligamento de todos os trabalhadores contratados para ocupar os empregos criados pela Lei 3.778/2016", porém, com a interposição de recurso por parte da Caerd, houve necessidade de se suspender a referida determinação para que o Tribunal Pleno desta Corte decidisse, em **sede de incidente**, sobre a inconstitucionalidade ou não, da aludida lei, antes de se tomar qualquer medida.

Contudo, por tudo o que consta na fundamentação supra, vê-se que a reclamada veio tentando ganhar tempo e com isso poderia ter se preparado para regularizar sua situação, mas não o fez. Assim, não há falar em prazo exíguo ou tentar justificar as contratações amparadas por norma visivelmente inconstitucional.

Diante de toda a situação fática apresentada nos autos, decide-se determinar que: a) a partir da intimação do presente acórdão, independente do trânsito em julgado da demanda, a reclamada proceda ao desligamento de todos os trabalhadores ocupantes dos cargos em comissão criados pela Lei n. 3.778/2016, no prazo de 90 (noventa) dias, sendo 35% daqueles empregados nos 30 (trinta) primeiros dias, 30% até 60 (sessenta) dias da intimação, e os demais até o prazo final, ficando a critério da reclamada a escolha dos empregados que serão exonerados até o final de cada um dos prazos, sob pena de multa diária no valor de R\$100.000,00, limitada a 90 dias, em caso de descumprimento, b) a reclamada não deverá nomear

nenhum outro servidor por meio da Lei n 3.778/2016; e c) a reclamada deve comprovar, nos presentes autos, até 10 (dez) dias após o final de cada um dos prazos estipulados acima, o cumprimento da condenação relativa ao desligamento dos trabalhadores.

Condena-se a Presidente da CAERD ou quem vier a substituí-la, de forma solidária, pela multa em comento, caso descumprida a determinação.

Determina-se o envio de cópias dos presentes autos ao Ministério Público do Trabalho, ao Ministério Público Estadual e ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia para as providências que julgarem cabíveis.

### 2.3 CONCLUSÃO

Dessa forma, decide-se conhecer do recurso ordinário e, no mérito, negar-lhe provimento.

Ainda, condena-se a reclamada nas seguintes obrigações de fazer: a) a partir da intimação do presente acórdão, independente do trânsito em julgado da demanda, a reclamada deverá proceder ao desligamento de todos os trabalhadores ocupantes dos cargos em comissão criados pela Lei n. 3.778/2016, no prazo de 90 (noventa) dias, sendo 35% daqueles empregados nos 30 (trinta) primeiros dias, 30% até 60 (sessenta) dias da intimação, e os demais até o prazo final, ficando a critério da reclamada a escolha dos empregados que serão exonerados até o final de cada um dos prazos, sob pena de multa diária no valor de R\$100.000,00(cem mil reais), limitada a 90 dias, em caso de descumprimento; b) não nomear nenhum outro servidor por meio da Lei n 3.778/2016; e c) comprovar, nos presentes autos, até 10 (dez) dias após o final de cada um dos prazos estipulados acima, o cumprimento da condenação relativa ao desligamento dos trabalhadores.

Condena-se a Presidente da CAERD, ou quem vier a substituí-la, de forma solidária, pelo pagamento da multa arbitrada acima.

Determina-se o envio de cópias dos presentes autos ao Ministério Público do Trabalho, ao Ministério Público Estadual e ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia para as providências que julgarem cabíveis.

### 3 DECISÃO

ACORDAM os Magistrados integrantes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, à unanimidade, conhecer do recurso ordinário e, no mérito, negar-lhe provimento, condenando a reclamada a proceder ao desligamento de todos os trabalhadores ocupantes dos cargos em comissão criados pela Lei n. 3.778/2016, no prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de multa diária de R\$100.000,00(cem mil reais), Condena-se, ainda, a Presidente da CAERD, ou quem vier a substituí-la, a responder solidariamente pela referida multa; não nomear outro trabalhador por meio da lei em comento; e comprovar nos autos o cumprimento da determinação referente ao desligamento dos trabalhadores, nos termos do voto da Relatora. Sessão de julgamento realizada no dia 28 de julho de 2017.

Porto Velho-RO, 28 de julho de 2017.

(Assinado digitalmente)

MARIA CESARINEIDE DE SOUZA LIMA

## DESEMBARGADORA-RELATORA