

Comarca de Angélica
Promotoria de Justiça

MPMS

Ministério Público
MATO GROSSO DO SUL

INQUÉRITO CIVIL Nº 06.2018.00002686-0

NOTICIANTE: Ministério Público Estadual.

INTERESSADO: Município de Angélica/MS, Almir Fagundes.

OBJETO: Apurar eventual cedência do Vereador Almir Fagundes, pela Secretaria Estadual de Educação, para prestar serviços ao Município de Angélica.

RECOMENDAÇÃO Nº 0003/2019/PJ/AIC.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO**, por meio da Promotoria de Justiça da Comarca de Angélica/MS, com fundamento no art. 129, II, III e IX, da CF/88, no art. 27, IV, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), na Resolução CNMP nº 164/2017, que disciplina a expedição de recomendações pelo Ministério Público brasileiro e, por fim, com fulcro no art. 44 da Resolução nº 15/2007/PJ e,

CONSIDERANDO que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do art. 127, *caput*, da CF/88;

CONSIDERANDO que o art. 129, *caput* e III, da CF/88 dispõem que:

"[...] Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos";

CONSIDERANDO que o art. 2º da CF/88 contemplou o princípio da separação dos poderes, o qual a doutrina define como:

"[...] A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislação; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; **(b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação.** Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica da manifestação do Poder. [...]; (SILVA, José Afonso – Curso de Direito Constitucional Positivo – 37ª Edição - Editora Malheiros – pág. 111)".

CONSIDERANDO que o art. 37, XVI, da CF/88 dispõe que:

"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:

[...]

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas";

CONSIDERANDO que o art. 38, I a III, da CF/88 dispõem que:

"Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

I - tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;

II - investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

III – investido no mandato de vereador havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;

CONSIDERANDO que o art. 29, IX, da CF/88, dispõe que:

"[...] Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

[...]

IX - proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto nesta Constituição para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado para os membros da Assembleia Legislativa";

CONSIDERANDO que o art. 27, I, alínea "a" e II, alínea "a" e "b", da Lei Orgânica do Município de Angélica/MS dispõem:

"[...] ART. 27 - É vedado ao Vereador:.

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com o Município, com suas autarquias, fundações ou empresas públicas, sociedade de economia mista ou com suas empresas concessionárias de serviço público, salvo quando o contrato obedecer as cláusulas uniformes;

b) aceitar cargo, emprego ou função, no âmbito da Administração pública direta ou indireta do Município, salvo mediante aprovação em concurso público, observado o disposto nesta Lei Orgânica.

II - desde a posse:

a) ocupar cargo, função ou emprego

remunerado na administração Pública direta ou indireta do Município; e que seja exonerável ad nutum, salvo o cargo de Secretário Municipal, desde que se licencie do exercício do mandato;

b) exercer outro cargo efetivo federal, estadual ou municipal; [...]".

CONSIDERANDO que a jurisprudência dos tribunais pátrios tem assentado que a cedência/cessão de servidor público é ato administrativo discricionário. Nesse sentido:

"APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. CEDÊNCIA. DESVIO DE FUNÇÃO NÃO CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO QUE DETERMINOU O RETORNO DO SERVIDOR À AUTARQUIA DE ORIGEM. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INDEVIDA. 1. Caso concreto em que não há como reconhecer a configuração de eventual desvio de função, nomeadamente porque o cargo paradigma apresentado pertence exclusivamente ao quadro de servidores do DMAE, ao passo que o autor integra os quadros de autarquia diversa, o DMLU. É irrelevante, nestas circunstâncias, o fato de o "Operador de Máquinas Especiais", cargo próprio ao DMAE, ser mais bem remunerado. **2. A cedência é ato administrativo de caráter discricionário, cuja revogação dá-se segundo critérios de conveniência e de oportunidade. Ademais, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não é necessária motivação do ato administrativo que determina o retorno do servidor à entidade de origem.** 3. Não havendo ilicitude na conduta da Administração, não se caracteriza o dever de indenizar, consoante dispõe o art. 927 do Código Civil de 2002. 4. Sentença de improcedência na origem. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70067370825, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 27/07/2016).

E

E M E N T A - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO - CESSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO - DEVOLUÇÃO AO ÓRGÃO DE ORIGEM - ATO DISCRICIONÁRIO - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DO ARTIGO 300, CAPUT, DO CÓDIGO DE

PROCESSO CIVIL/2015 - TUTELA DE URGÊNCIA NÃO CONCEDIDA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. O instituto da cessão, previsto no artigo 93 da Lei nº 8.112/90, trata-se de ato discricionário da Administração Pública, através do qual dispõe de servidor de seu quadro próprio para ter exercício em outro órgão. Caracterizada a discricionariedade, não há falar em obrigatoriedade na manutenção do servidor cedido no quadro funcional do órgão cessionário, mormente quando foram apresentados argumentos para a devolução ao órgão de origem. Ausente a probabilidade do direito, prevista como requisito no artigo 300, caput, do Código de Processo Civil/2015, impossibilitada está a concessão da tutela de urgência pretendida pelo requerente. Recurso conhecido e não provido. (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1405395-22.2016.8.12.0000, Sidrolândia, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, j: 06/09/2016, p: 08/09/2016)".

E

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. RECURSO. CESSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. PRORROGAÇÃO. INVIABILIDADE.

1. Se os efeitos de decisão que põe fim a cessão administrativa de servidor estavam em plena vigência, inexistindo circunstância capaz de suspendê-los, não prospera o pleito de prorrogação do termo final, sob a justificativa de que se aguardava a apreciação de requerimento formulado a destempo e sem efeito suspensivo.

2. A cessão de servidor público possui finalidade restrita às hipóteses legais e configura ato discricionário dos Órgãos Públicos envolvidos.

3. Recurso administrativo não provido. (TJDFT - Acórdão n.990610, PAD005602016, Relator: GETULIO DE MORAES OLIVEIRA CONSELHO ESPECIAL NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS, Data de Julgamento: 27/01/2017, Publicado no DJE: 01/02/2017. Pág.: 235).

CONSIDERANDO que a doutrina define poder discricionário:

"[...] Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entra várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e

oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade. (FILHO, José dos Santos Carvalho – Manual de Direito Administrativo – 25ª Edição – Editora Atlas – pág. 49)".

CONSIDERANDO que o art. 4º, *caput*, da Lei 8.429/92,
dispõe que:

"Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos".

CONSIDERANDO que o art. 11, I, da Lei 8.429/92,
dispõe que:

"Art. 11 - Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência";

CONSIDERANDO que a doutrina define a violação aos
princípios administrativos como:

"[...] Ante a natureza e a importância dos interesses passíveis de serem lesados pelos ímprobos, afigura-se louvável a técnica adotada pelos arts. 4º e 11 da Lei n. 8.429/1992, preceitos em que a violação aos princípios regentes da atividade estatal, ainda que daí não resulte dano ao erário, consubstanciará ato de improbidade. Deve-se observar, ainda, que referidos dispositivos da Lei n. 8.429/1992 apresentam-se como verdadeiras normas de integração de eficácia da Constituição da República, pois os princípios por eles tutelados há muito foram consagrados nesta. (GARCIA,

Emerson e; ALVES, Rogério Pacheco – Improbidade Administrativa – 8ª Edição – Editora Saraiva – pág. 416-417)".

CONSIDERANDO que a jurisprudência dos tribunais pátrios tem assentado que caracteriza ato de improbidade administrativa a acumulação indevida de cargo público por Vereador. Nesse sentido:

"[...] "Se por mais não fosse, a Constituição Estadual, em seu artigo 111, IX, com a alteração introduzida pela EC n. 38, preceitua que se aplicam as proibições e incompatibilidades no exercício da vereança similares, no que couber, ao disposto na Constituição Federal para os membros do Congresso Nacional e, nesta Constituição, para membro da Assembleia Legislativa. "Tal entendimento é compartilhado por Hely Lopes Meirelles que assinala ser 'expressamente vedado ao Vereador o exercício de cargo em comissão exonerável ad nutum nos casos já previstos na Constituição da República para os Deputados Federais e Senadores (art. 54, I, b, e II, b), conforme o disposto no art. 29, IX, da mesma CF'. "Assim, ainda que haja compatibilidade de horário entre os cargos ocupados, é vedada a acumulação por se tratar de cargo demissível 'ad nutum'" (STF, RE N. 597849/SC, Rel. Ministro Eros Grau, j. 24-6-2010). (TJSC, Apelação Cível n. 2014.045689-1, de Chapecó, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 29-09-2015);

E

"[...] Não há falar em legalidade da acumulação do cargo de vereador com outro, comissionado, tão-só pelo princípio da simetria do artigo 38, inciso III, da Constituição de 1988, porquanto aludido dispositivo, segundo entendimento doutrinário, aplica-se ao cargo ou emprego de provimento efetivo, o que não é o caso dos autos. Leciona Hely Lopes Meirelles que "nos termos do artigo 38 da Carta Magna, continua sendo permitido o exercício conjunto da vereança com cargo, função ou emprego público, desde que haja compatibilidade de horários, caso em que se acumulará também a remuneração" (Direito Municipal Brasileiro, 14ª ed. São

Paulo: Malheiros, 2006. p. 627). Em igual norte são os ensinamentos de Celso Ribeiro Barbi, que, em comentários ao artigo 38, inciso II, da Magna Carta, consigna que "a primeira questão que se põe é saber a abrangência dos termos 'servidor público'. Filiamo-nos a Adilson Dallari e José Afonso da Silva, ambos sustentando um entendimento o mais lato possível para a expressão, é dizer, servidor público é quem trabalha profissionalmente e em caráter permanente [...]" Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 189). Mas a admitir-se, em tese, fosse vedado cumular a vereança com o exercício do cargo em comissão na Celesc, este exonerável *ad nutum*, quais seriam as consequências do descumprimento dessa vedação? Ora, o descumprimento da norma pelos textos normativos não redundaria na perda do cargo comissionado e, sim, na perda do cargo eletivo, como emerge dos preceitos legais aplicáveis à hipótese, a cuja leitura se remete o interessado. Deveras, se o objetivo da lei é assegurar a independência e autonomia do Poder Legislativo, sem interferência de outro poder, evitando que o parlamentar ou se torne um agente passível de ser corrompido, ou um possível corruptor, é dessa vida pública que deve ser afastado. Caso contrário, a garantia não serviria de nada. Não é desarrazoado afirmar que a situação do vereador tem a ver com a incompatibilidade com outro cargo municipal. Afinal, que relação de dependência justificaria a regra entre o Poder Executivo Estadual e o Legislativo Municipal? É óbvio que, na abrangência geral e ilimitada de poderes, a cooptação sempre poderá existir. Mas não foi esta a intenção do constituinte ao impor o princípio *sub iudice*. O raciocínio é corroborado pela melhor doutrina, segundo a qual "Não pode o Vereador aceitar, isto é, tomar posse de cargo (função ou emprego) remunerado, ou exercê-lo remuneradamente, também, (já o tinha, ocupa-o, mas não o exerce), no Município, nas suas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, nas fundações públicas municipais e nas concessionárias de serviços públicos municipais, cargos e empregos e funções públicas estes a que se possa aceder independentemente de concurso público. A expressão demissível *ad nutum* é incorreta; no Direito Administrativo, demissão é desinvestidura do cargo público em razão de punição. O correto é dizer - exonerável *ad nutum*. Esses impedimentos, em razão

das expressões similares, no que couber, no item IX do artigo 29, Constituição Federal, aplicam-se apenas no Município em que o Vereador se elegeu; nos Municípios vizinhos, não lhes pode alcançar o impedimento indigitado, desde que haja a compatibilidade de horários" (CASTRO, José Nilo, "Direito Municipal Positivo", Ed. Del Rey, p. 99). (TJSC, Apelação Cível n. 2008.016587-4, de Joaçaba, rel. Des. Vanderlei Romer, Primeira Câmara de Direito Público, j. 06-05-2008).

E

[...] Caracteriza ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública a acumulação do mandato de vereador com o exercício de cargo de provimento em comissão.

Com efeito, ao interpretar conjuntamente o disposto nos artigos 38, inciso III, 54 e 29, inciso IX, todos da Constituição Federal, conclui-se ser lícito ao indivíduo acumular o mandato de vereador com exercício de cargo público, desde que haja compatibilidade de horários e que o cargo seja de provimento efetivo; no entanto, tratando-se de cargo de provimento em comissão, torna-se inviável tal cumulação.

A vedação existe em razão do princípio da separação dos poderes, visto que a atuação livre e neutra exigida dos membros do Poder Legislativo poderia ser comprometida caso o parlamentar estivesse, ao mesmo tempo, subordinado a membro de outro Poder, por ocupar cargo demissível "ad nutum". [...] (TJMG - Apelação Cível 1.0313.11.002920-1/001, Relator(a): Des.(a) Geraldo Augusto, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/06/2016, publicação da súmula em 01/07/2016)";

CONSIDERANDO que a doutrina define o ato administrativo de cessão de servidores como:

[...] Cessão de servidores é o fato funcional por meio do qual determinada pessoa administrativa ou órgão público cede, sempre em caráter temporário, servidor integrante de seu quadro para atuar em outra pessoa ou

órgão, com o objetivo de cooperação entre as administrações e de exercício funcional integrado das atividades administrativas. Trata-se, na verdade, de empréstimo e temporário do servidor, numa forma de parceria entre as esferas governamentais. Avulta notar, porém, qual al ajuste decorre do poder discricionário de ambos os órgãos e do interesse que tenham na cessão; sendo assim não há falar em direito subjetivo do servidor à cessão[...]. (FILHO, José dos Santos Carvalho – Manual de Direito Administrativo – 25ª Edição – Editora Atlas – pág. 620).

CONSIDERANDO que no bojo do inquérito civil nº 06.2018.00002686-0 está demonstrado que o Sr. Almir Fagundes está cedido da Secretaria de Estado de Educação para o Município de Angélica/MS, com ônus ao cedente, **para prestar serviços ao Executivo Municipal na função de Gestor de Projetos**, conforme ofício nº 058/2019 da Prefeitura Municipal de Angélica/MS;

CONSIDERANDO que no referido inquérito civil também restou demonstrado que o Sr. Almir Fagundes exerce o cargo eletivo de Vereador na Câmara Municipal de Angélica/MS, durante a legislatura de 2017 a 2020, conforme o ofício nº 085/2019/GAB/PRESIDÊNCIA/CÂMARA;

CONSIDERANDO que o ato de cedência do Vereador Almir Fagundes, por ser discricionário, viola o princípio constitucional da separação dos poderes, elencado no art. 2º do CF, **uma vez que o Vereador não pode ficar submetido ao Chefe do Executivo Municipal;**

CONSIDERANDO, ainda, o ato administrativo de cedência do Vereador Almir Fagundes, por ser discricionário, caracteriza acumulação indevida de cargo, uma vez que a sua estabilidade é afeta ao cargo de origem, pois, o referido ato pode ser revogado a qualquer momento pelo Chefe do Executivo Municipal;

RECOMENDA ao Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal de Angélica/MS, Roberto Cavalcanti, que:

1) no prazo de 5 dias (a iniciar a contagem após o primeiro dia útil do recebimento da presente recomendação), **promova a revogação** do ato administrativo de cessão firmado pela Prefeitura Municipal de Angélica/MS, que designou o Sr. Almir Fagundes, servidor público estadual, para prestar serviços junto ao Departamento de Esportes – Secretaria Municipal de Educação;

2) imediatamente, comunique a Secretaria Estadual de Educação acerca da revogação do ato, para que o servidor Almir Fagundes retorne às suas funções junto ao órgão cedente;

3) mantenha o ato administrativo de cedência do servidor Almir Fagundes, para fins de mantê-lo nas funções designadas para prestar serviços junto ao Departamento de Esportes da Secretaria Municipal de Educação, **apenas caso ele não esteja exercendo mandato de Vereador**;

4) imediatamente, promova a divulgação adequada da presente recomendação no Órgão de Imprensa Oficial do Município de Angélica/MS, o que faz com fundamento no art. 27, IV, da Lei nº 8.265/93.

RECOMENDA ao Excelentíssimo Vereador da Câmara Municipal de Angélica/MS, Sr. Almir Fagundes, que:

1) no prazo de 5 dias (a iniciar a contagem após o primeiro dia útil do recebimento da presente recomendação), caso não seja

revogada sua cessão pelo Chefe do Executivo Municipal, que promova **o seu afastamento** da função de Vereador, enquanto durar a sua cessão administrativa da Secretaria de Estado de Educação para o Município de Angélica/MS, para exercer as funções junto ao Departamento de Esportes da Secretaria Municipal de Educação;

2) imediatamente, promova a divulgação adequada da presente recomendação no Órgão de Imprensa Oficial do Município de Angélica/MS, o que faz com fundamento no art. 27, IV, da Lei nº 8.265/93.

Os destinatários deverão se pronunciar acerca do acatamento da presente Recomendação, **no prazo de 5 dias** (a iniciar a contagem após o primeiro dia útil do recebimento da presente recomendação), destacando-se que a ausência de manifestação importará em presunção de recusa ao seu cumprimento e, assim como o não acatamento, ensejará a adoção das medidas judiciais cabíveis, notadamente o ajuizamento de Ação Civil Pública pela prática de Ato de Improbidade Administrativa.

Angélica/MS, 13 de novembro de 2019.

DANIEL DO NASCIMENTO BRITTO

Promotor de Justiça em Subst. Legal
(assinado digitalmente)