



CÂMARA MUNICIPAL DE BARIRI

BARIRI - ESTADO DE SÃO PAULO

PARECER JURÍDICO Nº 19/2021

Objeto: Projeto de lei nº 31/2021.

Autoria: Chefe do Poder Executivo Municipal

Interessados: Componentes da Comissão de Justiça e Redação.

(I) Do relatório

Trata-se consulta acerca do conteúdo da propositura *supra* citada, a fim de que se avalie a sua constitucionalidade e legalidade.

(II) Do direito

II - FUNDAMENTAÇÃO

a) Da competência legislativa

No que toca à competência para legislar, consigne-se não haver vício de constitucionalidade, vez que a matéria *sub examen* pode ser trabalhada na instância municipal em razão do interesse local, tal qual prescreve o art. 30, inciso I da Constituição Federal vigente, com esteio no *princípio do interesse predominante*.

b) Da espécie normativa

Entendo que a matéria está corretamente veiculada via projeto de lei ordinária, vez que a Lei Orgânica do Município, em seu artigo 35, ao se referir às matérias que devem ser enviadas ao Poder Legislativo via Lei Complementar, trouxe um rol exaustivo, o qual não contempla a criação de cargos públicos, sejam eles efetivos, sejam eles comissionados.



CÂMARA MUNICIPAL DE BARIRI

BARIRI - ESTADO DE SÃO PAULO

De mais a mais, a expressão "regime jurídico dos servidores" denota o conjunto de direitos e deveres e não a criação do cargo em si.

c) Da iniciativa do projeto de lei

Os projetos de lei a serem principiados pelo Alcaide, de forma exclusiva e taxativa, estão previstos no artigo 39 da Lei Orgânica do Município.

Quanto a essa temática em questão, isto é, a instituição de fundo municipal, trata-se de matéria de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, presente nos incisos I e II do aludido dispositivo. Veja:

Art. 39- Compete privativamente ao Prefeito a iniciativa dos projetos de lei que disponham sobre:

I - criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;

II - criação, estruturação e atribuições dos órgãos da administração pública;

III - regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria dos servidores (negrito).

d) Do conteúdo material da proposta

De um modo geral, a proposta em comento visa, além da reestruturação do gabinete, substituir o cargo em comissão de "Assessoria de Gabinete" por "Chefe de Gabinete". Para tanto, listou as atribuições, dispôs acerca do regime de trabalho – dedicação integral, como sói acontecer nos casos de cargos comissionados –, e mencionou a escolaridade mínima exigida. Enfim, regulamentou-o.

Antes de adentrar aos pormenores, cabe esclarecer o que vem a ser um cargo em comissão. Segundo Carvalho Filho:

"Os cargos em comissão, ao contrário dos tipos anteriores, são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante.



CÂMARA MUNICIPAL DE BARIRI

BARIRI - ESTADO DE SÃO PAULO

Por isso é que na prática alguns os denominam de cargos de confiança. A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração" (art. 37, II, CF)¹.

Após a definição, o referido autor assim destaca acerca da natureza das atividades realizadas pelos ocupantes de cargos em comissão:

"No que se refere aos cargos em comissão, impõe-se observar – já antecipamos – que, de acordo com o art. 37, II, CF, suas funções limitam-se às de chefia, direção e assessoramento, funções essas que, em virtude de especificidades funcionais, ostentam certo destaque nos quadros de servidores. Assim, a lei não pode criar cargos dessa natureza para funções permanentes ou de rotina administrativa, próprias das carreiras regulares e dos cargos efetivos. O desvio de finalidade da lei com essa configuração qualifica-a como inconstitucional, evidenciando indesejável burla ao mandamento constitucional"² (negrito).

Conquanto os cargos em comissão estejam previstos nos incisos II e V do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, exclusivamente para as funções de direção, chefia e assessoramento, eles devem consubstanciar verdadeira exceção à regra do concurso público.

Assim, dentre todos os elementos aduzidos, as atribuições previstas ao cargo comissão de "Chefe de gabinete" merecem maior cautela em sua análise, pois são elas que, a rigor, definem o caráter comissionado. Por isso que a nomenclatura, seja de "diretor", seja de "assessor", pouco diz a respeito da natureza do cargo exercido. O que se deve analisar, portanto, são as atribuições que compõem o cargo em comissão. Ademais, não custa registrar que o cargo a ser excluído – assessor de gabinete – foi tido por inconstitucional pelo Órgão Especial justamente por não ostentar verdadeiramente atividades inerentes de agente um servidor comissionado.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2016, p. 654.

² Ibidem, p. 657.



CÂMARA MUNICIPAL DE BARIRI

BARIRI - ESTADO DE SÃO PAULO

Segundo Marçal Justen Filho, eminente

administrativista:

“Portanto, a Constituição permite apenas a criação de cargos em comissão com atribuições que apresentem um cunho de confiança diferenciado. Apenas pode ser adotado para funções de chefia e outras, que pressuponham uma margem de autonomia para investidura e demissão por parte da autoridade superior”³.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou nos seguintes termos:

“Art. 37, II e V. Criação de cargo em comissão. Lei 15.224/2005 do Estado de Goiás. Inconstitucionalidade. É inconstitucional a criação dos cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, tais como os cargos de Perito Médico Psiquiátrico, Perito Médico Clínico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação. Ofensa ao artigo 37, II e V da CF/88. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XI, XII e XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV do art. 16-A da Lei 15.224/2005 do Estado de Goiás, bem como do Anexo I da mesma lei, na parte em que cria os cargos em comissão mencionados” (ADI 3.602/GO; pleno; rel. Min. Joaquim Barbosa; j. em 14.04.2011) (negrito).

Com relação à “especial relação de confiança”, trata-se de elemento de intrincada definição. A própria doutrina consultada, em especial José dos Santos Carvalho Filho, Marçal Justen Filho, Hely Lopes Meirelles e Alexandre Mazza não aduzem minimamente uma definição acerca da necessária relação de confiança.

Do ponto de vista dos Tribunais, o acórdão que julgou inconstitucional o cargo de assessor de gabinete, na ADI nº 2136605-21.2020.8.26.0000, acerca desse ponto, assim dispôs:

“A especial relação de confiança se institui com o servidor que estabelece as diretrizes políticas (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2003618-26.2017.8.26.0000, Órgão Especial, Relator Desembargador Carlos Bueno) e não com aquele

³ Curso de Direito Administrativo. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 942.



CÂMARA MUNICIPAL DE BARIRI

BARIRI - ESTADO DE SÃO PAULO

que atua de forma puramente profissional ou como executor de ordens e tarefas, a exemplo do que se verifica em relação aos ocupantes dos cargos hostilizados, não bastando o conteúdo abrangente e padronizado adotado pela norma local” (p. 1.515).

Com efeito, se se observar as atribuições do cargo de assessor de gabinete, a ser extinto pela propositura, nota-se que as atribuições são genéricas e padronizadas, constituindo situações de rotinas administrativas, as quais podem ser realizadas por um servidor efetivo. Para aclarar ainda mais a situação, o quadro a seguir propicia uma comparação entre as atuais e as novas atribuições dos cargos em comissão de assessor e chefe de gabinete:

Assessor de gabinete	Chefe de gabinete
Organizar compromissos do prefeito (reuniões, entrevistas, visitas, solenidades, etc);	Assessorar o Prefeito Municipal na organização, supervisão e coordenação das atividades administrativas, bem como nas relações com parlamentares, outras autoridades municipais, estaduais e federais e munícipes;
Recepcionar visitantes;	Assessorar o Prefeito Municipal no planejamento, na organização, na supervisão e na coordenação das atividades da Prefeitura;
Anotar ditados de cartas, relatórios e outros documentos;	Assessorar na comunicação entre o planejamento e a iniciativa das Diretorias Municipais quanto à implementação das decisões;
Redigir e providenciar a digitação da correspondência pessoal e confidencial do Prefeito;	Analisar expedientes e processos, despachando-os e encaminhando as respostas aos solicitantes sob a ótica das decisões de governo;
Acompanhar o andamento dos expedientes da exclusiva competência do Prefeito, bem como do processo legislativo;	Assessorar e planejar a agenda política do Prefeito Municipal em coordenação com os Diretores Municipais;
Participar de reuniões (pauta, ata, etc);	Assessorar e planejar, em conjunto com os demais Assessores, as atividades de organização do protocolo nas solenidades oficiais, recepcionando autoridades e visitantes, visando o cumprimento da programação estabelecida;
Representar o Prefeito em compromissos e cerimônias;	Executar outras atividades correlatas.
Executar outros trabalhos correlatos.	

Em breve análise, pode-se dizer que as novas atribuições espelham algo mais próximo do previsto no citado acórdão, isto é, “o servidor que estabelece as diretrizes políticas”, sobretudo se considerar as funções relacionadas às negociações políticas com os parlamentares, o planejamento da

4



CÂMARA MUNICIPAL DE BARIRI

BARIRI - ESTADO DE SÃO PAULO

agenda política do Alcaide, além da relação do Prefeito com cada uma das Diretorias que compõem a Administração Pública Municipal.

Enfim, embora não se possa prever como os órgãos de controle enxergarão tais atribuições, entendo que as novas atribuições estão mais próximas do que o texto constitucional requer de servidor público comissionado.

De mais a mais, tenho para mim que a existência de um cargo como esse é razoável dentro da estrutura de uma Administração Pública. Basta observar que todos os cargos de comando nas mais diversas instâncias e Poderes (Ministros, Governadores de Estado, Presidente da República, Presidente de empresas estatais, etc), têm alguém para auxiliá-los, circunstância que, a meu ver, exige uma especial relação de confiança.

e) Das limitações impostas pela Lei Complementar

173/2020

É consabido que a norma em questão obstou a criação ou o aumento de gastos até o final do ano corrente, como compensação aos volumosos dispêndios no combate à pandemia de Covid-19.

Nesse sentido, seu artigo 8º traz o rol de restrições quanto aos gastos. Veja-se:

Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:

I - conceder, a qualquer título, vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a membros de Poder ou de órgão, servidores e empregados públicos e militares, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade pública;

II - criar cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa;

III - alterar estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e



CÂMARA MUNICIPAL DE BARIRI

BARIRI - ESTADO DE SÃO PAULO

de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares;

V - realizar concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV;

VI - criar ou majorar auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares, ou ainda de seus dependentes, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade;

VII - criar despesa obrigatória de caráter continuado, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º;

VIII - adotar medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do caput do art. 7º da Constituição Federal;

IX - contar esse tempo como de período aquisitivo necessário exclusivamente para a concessão de anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço, sem qualquer prejuízo para o tempo de efetivo exercício, aposentadoria, e quaisquer outros fins.

Portanto, a se considerar o inciso II, a criação de cargo é juridicamente viável, desde que não gere aumento de despesas. Logo, entendo necessário avaliar se, entre a extinção do cargo de assessor de gabinete e a criação do chefe de gabinete, a despesa será aumentada. Se a resposta for positiva, entendo que a proposta viola o inciso II do art. 8º da Lei Complementar 173/2020; do contrário, isto é, se diminuir ou se manter o mesmo patamar, opino pela legalidade. Como tais dados não foram, impossível responder efetivamente a questão.



CÂMARA MUNICIPAL DE BARIRI

BARIRI - ESTADO DE SÃO PAULO

(III) Da conclusão

Ante o exposto, opino pela constitucionalidade da propositura ora apreciada. Quanto à legalidade, especialmente em relação à Lei Complementar 173/2020, fica momentaneamente prejudicada pela ausência de dados.

Eis o parecer, *sub censura*.

Bariri, 11 de junho de 2021.


Câmara Municipal de Bariri

Pedro Henrique Carinhato e Silva
Procurador Jurídico
OAB/SP nº 356.521