



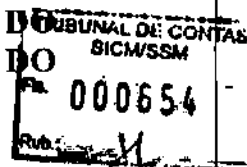
Júlio César de Carvalho Pacheco

TRIBUNAL DE CONTAS RS



021720-0299/13-9

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.



PROCESSO Nº 8435-02.00/12-3
PROCESSO DE CONTAS DE GESTÃO - EXERCÍCIO DE 2012
EXECUTIVO MUNICIPAL DE COXILHA/RS

CLEMIR JOSÉ RIGO, ex-Administrador do Município de Coxilha/RS, por seu procurador infrafirmado, conforme instrumento de procuração em anexo, vem à presença de Vossa Excelência, tempestivamente, apresentar os

ESCLARECIMENTOS

aos apontes constantes no Relatório de Auditoria dessa Colenda Corte, relativos ao Processo de Contas de Gestão do exercício de 2012, conforme prevê o inciso III do artigo 48 do Regimento Interno do Tribunal de Contas, na forma a seguir aduzida:

I. PRELIMINARMENTE

Preliminarmente, cumpre seja registrado que a chefia do Poder Executivo do Município de Coxilha/RS executou suas funções públicas, em



2012, e nos demais exercícios, na estrita observância dos princípios constitucionais atinentes à Administração Pública.

As ações governamentais sempre foram pautadas pela legalidade, pela legitimidade e pela economicidade, bem como em atendimento aos demais princípios constitucionais que regem a atuação do Gestor.

As finanças públicas do Município atenderam imperiosamente as determinações da Lei de Responsabilidade Fiscal, no que tange às despesas e às receitas e especialmente na aplicação dos percentuais constitucionais.

A gestão fiscal, que representa o cumprimento da Lei Complementar 101/2000, igualmente atendeu aos preceitos legais, não havendo descumprimento de tão importante norma que prevê o equilíbrio das contas públicas.

Isto demonstra a execução de ações de governo planejadas e transparentes.

Aliados a tais misteres, cumpre sejam observadas as considerações a seguir suscitadas, na forma de composição e harmonização das decisões dessa Colenda Corte de Contas.

A razoabilidade, juntamente com a composição das dificuldades na atuação do Gestor e, ainda, harmonizando tais circunstâncias com as orientações dessa Corte, mas, principalmente, com as normas constitucionais, devem pautar o que ora se mostra à discussão.

II. RELATÓRIO DE AUDITORIA

1. AGENTES POLÍTICOS

1.1. Prefeito e Vice - Indenização de Períodos de Férias Anteriores à do Último Ano do Mandato

Com relação ao terço constitucional de férias, Excelências, requer-se seja levado em consideração o fato de que se trata de uma verba de indenizatório.



Há de se salientar, ainda, o fato de o Prefeito Municipal tem o direito constitucional – mesmo sendo agente político a gozar férias anuais, e por esta razão, tem também o direito à indenização de um terço.

Atualmente, na Corte de Contas, aquele servidor ou membro que não consegue gozar a licença-prêmio tem ressarcido em pecúnia a falta de oportunidade em usufruir de tal direito, compensando-o com valores. E não é somente aquela última concessão, mas todas as que não puderam ser usufruídas. **É uma justa decisão – a nosso ver – justa e conforme a lei.**

Trata-se do Parecer nº 9/2010, da lavra do então Auditor Substituto de Conselheiro, atualmente Conselheiro da Corte, Pedro Henrique Poli de Figueiredo, que assim concluiu:

Há circunstâncias na vida funcional que levam o agente público a deixar de usufruir de tal direito, seja por condição decorrente de situação premente, impostergável que impõe a sua permanência, seja por simples conveniência da Administração ou falta de oportunidade ou planejamento para o seu exercício. Em qualquer caso em que deixa de ser possível o gozo das férias, ocorre como consequência a realização de uma contraprestação laboral em período cujo descanso estaria assegurado. Assim, a Administração se beneficia do trabalho do agente naquele período, sendo que este sofre o dano decorrente do trabalho sem contraprestação pecuniária adicional. Estabelece-se uma relação de vantagem indevida por parte da Administração contraposta com o dano sofrido pelo agente que não usufruiu das férias quando poderia tê-lo feito.

(...)

a) há direito à indenização por férias e licenças-prêmio não gozadas, tendo em vista a proibição do enriquecimento sem causa;

b) as parcelas pagas têm natureza alimentar, não ficando sujeitas à exigência de precatório, se analisadas em juízo;

c) o caráter indenizatório leva à não incidência do imposto de renda e proventos de qualquer natureza;

(...) (grifo nosso)

Diante deste parecer, entendemos que não seja mais cabível tal aponte, vez que consolidada tal possibilidade. E, ainda mais, em relação àquele que, podendo, não usufruiu desse descanso, entregando a sua energia em período que deveria ter se afastado, mas não o fez, por total inviabilidade do serviço, pois, aqui, se trata do Gestor máximo do Poder Executivo Municipal.



Assim, se têm, agora, por força da Orientação Técnica proferida nos autos do Processo nº 8619-02.00/11-9, a Corte, entendido viável o exercício do direito a férias dos agentes políticos, e o conseqüente pagamento do terço constitucional, nenhum reparo pode haver no ato administrativo que indeniza os mesmos, inclusive, além do último ano do mandato, por força da negativa em se usufruir, em evidente impossibilidade de serviço, do descanso anual remunerado.

Há que ser dada interpretação consoante o que decidido no referido processo, pois, se se mantêm o direito às férias, por qual motivo não pode ser indenizado pela falta de sua utilização no período regular?

Cabe esclarecer novamente a matéria, demonstrando a total legalidade no pagamento do terço constitucional, principalmente pelo que dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 7º, incisos VIII e XVII:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

Este artigo é auto-aplicável e as garantias previstas pela Carta da República independem de regulamentação ou de normatização ordinária para serem aplicadas.

O benefício abrange a todos aqueles que exercem um determinado tipo de atividade laboral, independentemente de sua natureza, tipificação, vinculação ou qualquer outra ramificação que seja inerente ao exercício do trabalho.

Se fosse a intenção do legislador em vedar ou excluir os benefícios aos agentes políticos eletivos, certamente o teria feito em norma específica, o que jamais ocorreu.

Portanto, inexistente dispositivo violado. Ao contrário, a Constituição Federal assim prevê e assim autoriza.

O Prefeito Municipal e seu Vice são ocupantes dos cargos eletivos nas 24 horas do dia, não percebendo qualquer remuneração adicional a título de horas extras ou por jornada de trabalho em feriados e finais de semana. Portanto, nada mais justo e legal do que ser tratado de forma igualitária aos demais trabalhadores do País.



O apontamento do relatório entendeu que a falta de lei específica e expressa dispondo sobre a possibilidade do pagamento do terço constitucional contraria o princípio da legalidade, eis que somente é autorizado ao Poder Público fazer aquilo cuja literalidade da norma assim determine.

Veja-se que tal entendimento deve ter uma premissa obrigatória até mesmo quanto à constatação da suposta ilegalidade. É necessário que o fiscal aponte, com clareza e objetividade, qual o dispositivo legal ou constitucional estaria sendo arranhado ou mesmo contrariado, o que não está presente no referido relatório.

Contudo, o fato de não estar contido especificamente qual a disposição legal violada não decorre de mero lapso ou da simples generalização do aponte. O fato inequívoco é que inexistente violação a qualquer dispositivo de natureza constitucional ou infraconstitucional a ser considerado como violado.

Isto porque, como se não bastassem várias decisões dessa própria Corte de Contas no sentido da legalidade e possibilidade dos pagamentos ora analisados, no final de 2008, o próprio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também se posicionou favorável, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. PREFEITO MUNICIPAL. 13º SUBSÍDIO E FÉRIAS ANUAIS. FIM DE MANDATO. CONVERSÃO DAS FÉRIAS EM PECÚNIA. 1. Constitucionalidade do 13º subsídio e das férias com 1/3 de acréscimo. 1.1. O fato de o art. 39, § 4º, da CF, que define o subsídio como parcela única, excluída toda outra espécie remuneratória, ordenar seja observado, ainda, o art. 37, XI, que define o teto remuneratório como remuneração mensal, nele incluindo as vantagens pessoais e as de qualquer outra natureza, leva à conclusão de que o veto a acréscimo ao subsídio se restringe às espécies remuneratórias recebidas mensalmente, isto é, em caráter ordinário e que tem como vertente direta a função ou o tempo de serviço, como são os adicionais, e o serviço ou o servidor, como são as gratificações. 1.2. Dessarte, não há, na atualidade, veto constitucional a que os agentes políticos, como servidores públicos lato sensu (CF, art. 39, § 3º), recebam férias, com o acréscimo de pelo menos 1/3, e o denominado 13º salário (rectius, subsídio). São direitos autônomos, é dizer, não têm como vertente direta o tempo de serviço ou a função, nem o serviço ou o servidor. 1.3. Considerando que tais direitos se acham garantidos pela Carta Magna, em normas auto-aplicáveis, assim como os relativos à aposentadoria e à pensão, independem de lei específica.



2. *Conversão das férias em pecúnia. Admite-se a conversão das férias em pecúnia, mesmo sem previsão legal, apenas quando o gozo é materialmente impossível, como acontece quando o período aquisitivo coincide com o do último ano do mandato do Prefeito Municipal. Não se admite a conversão relativamente a períodos em que não há tal coincidência e não há prova de que, por algum motivo extraordinário, não foi possível gozá-las, presumindo-se não tê-las usufruído por opção pessoal.* 3. *Dispositivo. Apelação parcialmente provida. (Apelação Cível Nº 70024880221, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 19/11/2008)*

Também pode ser trazida a argumentação, a previsão do § 4º, do artigo 39, da Carta da República, onde se verifica não haver exclusão ou indicação específica da retirada de tais direitos sociais aos agentes políticos.

Em termos comparativos, ainda, o disposto no parágrafo anterior, estende expressamente as férias com seu um terço a mais, a “*todos os servidores ocupantes de cargo público*”, não fazendo qualquer restrição a servidor eleito e nem a servidor que seja agente político.

Dizem os textos referidos:

Art. 39.(...)

§ 3º - Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

§ 4º - O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

Nesse sentido, cabe transcrever parte do voto do Desembargador Irineu Mariani, na Apelação Cível nº 70024880221, sobre à auto-aplicação do dispositivo constitucional:

Dessarte, não há, na atualidade, veto constitucional a que os agentes políticos, como servidores públicos lato sensu (CF, art. 39, § 3º), recebam férias, com o acréscimo de pelo menos 1/3, e



o denominado 13º salário (rectius, subsídio). São direitos autônomos, é dizer, não têm como vertente direta o tempo de serviço ou a função, nem o serviço ou o servidor.

E considerando que tais direitos se acham garantidos pela Carta Magna, em normas auto-aplicáveis, assim como os relativos à aposentadoria e à pensão, independem de lei específica.

O entendimento aqui sufragado traz o que a Corte já vem aplicando, no sentido de que os agentes políticos têm direito a férias, independentemente de lei específica, mas não à sua indenização? Mas com qual fundamento? A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, tendo em conta a disposição constitucional, concede esse direito a todos, de maneira indistinta! A indicação no relatório da r. Auditoria retira de qual dispositivo constitucional essa distinção para o direito a férias e o não pagamento da indenização pela sua não concessão? Do mesmo dispositivo que, aqui, diz que necessita de lei específica e anterior, qual seja, o inciso XVII do artigo 7º da Constituição Federal?

Não se há de compreender que o mesmo dispositivo, que assegura direitos, sem distinguir os beneficiários, seja bipartido por interpretação restritiva que não é autorizada, vez que ampliativa; a hermenêutica sistemática que deve ser, aqui, adotada.

Ora, mesmo não havendo previsão local para pagamento de férias não gozadas aos agentes políticos, a Constituição Federal é auto-aplicável e garante o direito à respectiva indenização!

Esta situação já foi, pela Corte de Contas mesmo, afastada, apenas fazendo uma leitura dinâmica e pouco reflexiva da decisão proferida na Orientação Técnica antes mencionada:

Com efeito, trago a título exemplificativo que, de uma divergência de inicialmente quatro ilustres julgadores (ADI nº 70032922551), quanto à decretação de inconstitucionalidade de norma instituidora desses benefícios aos agentes políticos municipais (julgamento em agosto de 2010), passou-se, recentemente (janeiro de 2012) a onze votos dissonantes (ADIs nºs 70038566675 e 70039243225) no tocante a este mesmo posicionamento.

Desse último julgado extraio, por oportuno, manifestação de voto do Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, inaugurando a divergência, naquele feito, verbis: Tenho, de tempos para cá, alterado entendimento, na compreensão de não se poder retirar inequívoco direito social aqueles que trabalham durante doze meses e, por conseguinte, têm direito à gratificação natalina.



Como também, tendo direito a férias, nenhum óbice constitucional ou legal há quanto a não receberem o respectivo terço. Aliás, decisões nossas, em sentido diverso, tem subido ao Supremo Tribunal.

O que levou a Procuradoria de Justiça a mudar a orientação. Há de se ter alguma lógica: julgarmos procedente essas ADIs remanescentes alcançando alguns municípios, enquanto, em relação aos demais, irá se manter o décimo terceiro. Ou, quem sabe, aqueles municípios já atingidos por julgamentos de ADIs elaboram nova legislação, reintroduzindo o décimo-terceiro e terço de férias. Então, mantendo-se a orientação restritiva, cria-se um descompasso lógico e grave injustiça.

De sorte que, com a devida vênia, pelas mesmas razões que no processo 23, estou me reportando ao voto do Des. Mariani e julgando improcedente.

Também do mesmo julgado, trago à colação o pronunciamento do Des. Irineu Mariani, in verbis: Dessarte, não há, na atualidade, veto constitucional a que os agentes políticos, como servidores públicos lato sensu (CF, art. 39, § 3º), recebam férias, com o acréscimo de pelo menos 1/3, e o denominado 13º salário (rectius, subsídio). São direitos autônomos, é dizer, não têm como vertente direta o tempo de serviço ou a função, nem o serviço ou o servidor.

Nesses termos, rogando vênia, julgo improcedente o pedido.

Por estas razões, o princípio da legalidade deve ser invocado sim, especialmente quanto à autorização expressa da Constituição Federal, cujo texto é auto-aplicável, independentemente da existência de lei municipal ou não, que autorize seja indenizado o agente político que não goza de suas férias constitucionalmente asseguradas, por evidente enriquecimento sem causa.

Ademais, cumpre ressaltar que não se trata de interpretação sistemática aquela que, ao elencar como detentores de tais direitos apenas os servidores públicos, o que, por força conceitual, retiraria os agentes políticos da sua percepção e indenização, o que é equivocado, pois tal forma hermenêutica decorre de interpretação restritiva, restringindo o alcance apresentado pela expressão literal da norma constitucional.

Se tivesse sido aplicada interpretação sistemática, estariam todos os agentes políticos percebendo tais acréscimos pecuniários, que se destacam daquelas vantagens que não podem ser pagas em face do conceito de subsídio, vez que direitos e não vantagens, assegurados constitucionalmente a todos os trabalhadores em geral.

Não é, também, factível que se utilize daquela regra que estende tais direitos aos demais servidores públicos para realizar comparativo conceitual



restritivo, indicando que, se os agentes políticos não são servidores públicos, não podem ter, em face do manto do disposto no § 3º do artigo 39 da Constituição Federal, os direitos ao décimo terceiro e ao adicional de férias, e, via de consequência, à indenização pela inviabilidade de gozo deste último.

Décimo terceiro é remuneração e, sendo isto, é devido, na forma de subsídio, que é a contraprestação pecuniária definida pelo § 4º do artigo 39 aos agentes políticos.

E o terço de férias é indenização, não se trata de vantagem ou acréscimo pecuniário decorrente do labor, seja *pro tempore*, seja *pro faciendo*.

E, se não gozadas, devem ser indenizadas, seja o período em que não puderam ser utilizadas como descanso.

Trata-se de ressarcimento pelo acúmulo de trabalho, que será premiado com o respectivo descanso com maior comodidade financeira, pelo fornecimento da energia à Administração.

E, se não gozados, quaisquer períodos, devem, também, ser indenizados, à vista do que a Corte já constatou, nos Pareceres nº 9/2010 e 23/2011.

Consolidado na jurisprudência pátria a natureza indenizatória do terço constitucional de férias e sua consequente exclusão, por exemplo, do salário de contribuição, o que, desde já, demonstra que não há qualquer pertinência na vinculação do terço de férias ao subsídio percebido pelos agentes políticos ou que este é devido apenas aos servidores públicos, não alcançando aqueles.

Por qual fundamento, novamente restritivo de direitos, a indenização pelo não gozo de tal direito?

Assim, não se pode restringir aos agentes políticos o direito à indenização pela falta de oportunização do gozo às férias, que não se encontram dentro do conceito estipulado no § 4º do artigo 39 da Constituição Federal.

Ainda, para corroborar a tese da constitucionalidade dos aludidos pagamentos, cumpre frisar que a Constituição Federal, através do artigo 7º, inciso XVII, garante aos trabalhadores urbanos e rurais o gozo de férias anuais remuneradas, com o acréscimo de 1/3 sobre a remuneração mensal. Também, a aplicação da determinação supra, aos trabalhadores urbanos públicos, na forma do disposto no artigo 39, § 3º, da Carta da República.



Assim, da simples leitura das normas constitucionais, vê-se que o direito constitucional garantido no inciso XVIII do artigo 7º da Constituição Federal foi albergado também constitucionalmente aos trabalhadores públicos, sem exceção.

Resta, então, claro, que se trata de direito de todos os trabalhadores urbanos públicos o previsto no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal.

Ainda na esteira constitucional, para efetivamente firmar a posição da Administração Pública Municipal de Coxilha, no que trata ao direito de todos os trabalhadores públicos deste Município, incluindo, nestes, os agentes políticos eletivos, deve-se trazer à baila o disposto nos incisos III e IV do artigo 1º da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

A Carta Republicana, através do seu artigo 1º, determinou a diretriz básica, fundamental, da Democracia, para dizer e determinar que a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho têm soberania absoluta e primazia especial no ordenamento jurídico pátrio vigente.

E, sendo assim, não poderá o legislador infraconstitucional ou outro órgão negar guarida a esta norma fundamental do ordenamento jurídico pátrio.

Não bastasse isso, a igualdade determinada também em princípio fundamental, consoante o disposto no artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.



Assim, o tratamento igualitário, sem distinção de qualquer natureza, deve ser aplicado, em especial na Administração Pública, pois que, pelo fato dos agentes políticos eletivos terem forma especial, através do sufrágio eleitoral, para trabalharem na Administração Pública não poderão ter vetados direitos constitucionais albergados a todos os trabalhadores, sem exceção, direitos claramente ditos como sendo dos trabalhadores públicos (artigo 7º, inciso XVIII, combinado com o artigo 39, § 3º).

Segundo, ainda, as normas constitucionais, vimos, através do artigo 195, inciso I, alínea "a", que o agente político eletivo foi elevado, para fins previdenciários, como trabalhador público:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

(...)

Assim, na ordem constitucional, o agente político foi considerado trabalhador, para fins de tributação previdenciária; então, em respeito a todos os princípios constitucionais, em especial o da igualdade, deverá também assim ser tratado, para fins de estender direitos fundamentais do trabalho (artigo 7º, inciso XVIII).

Tratava-se de regular procedimento junto ao Município, visto que nunca restou apontada tal irregularidade, sendo, a auditoria, sempre informada acerca do pagamento de todos os direitos aos agentes públicos da Municipalidade, sejam políticos ou servidores em geral (estatutários e celetistas).

Isso posto, descabe a manutenção do apontamento.

1.2. Remuneração Vice-Prefeita – Pagamentos sem o Exercício de Atividade Permanente na Administração Municipal

Descabe a manutenção do aponte.



As prerrogativas clássicas do vice são substituir o titular, no caso de impedimento, e suceder-lhe, no caso de vaga. Essas prerrogativas de substituição e de sucessão geram no vice a expectativa de assumir o lugar do titular e exercer as respectivas atribuições do cargo.

Sob esta ótica, não se pode em boa técnica jurídica falar de “atribuições” do vice. Em verdade ele encontra-se “de prontidão”, no sentido de “prestes ou pronto a agir, a entrar em ação” no lugar do titular. Desta forma, terá funções a exercer quando estiver no exercício do cargo de titular, mas aí não as estará exercendo na qualidade de vice.

É devida remuneração ao vice pelo simples estado de prontidão em que ele se encontra, independentemente de qualquer contraprestação. A remuneração tem natureza indenizatória e visa a compensá-lo pelos gravames a ele infringidos, pois a condição de vice obriga-o a estar sempre alerta, próximo ao titular, pronto para fazer as suas vezes. A remuneração recebida pelo titular, por outro lado, tem natureza contraprestacional e está vinculada ao efetivo exercício das atividades do cargo.

A legislação, quando se refere aos vices, sempre enfatiza as suas atribuições de substituir e suceder o titular. Alguns exemplos:

Da Constituição Federal:

Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

(...)

Art. 79. Substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, no de vaga, o Vice-Presidente.

§ único. O Vice-Presidente da República, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei complementar, auxiliará o Presidente, sempre que por ele convocado para missões especiais.

Da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul:

Art. 79. O Poder Executivo é exercido pelo Governador de Estado, auxiliado pelos Secretários de Estado.

Art. 80. O Vice-Governador exercerá as funções de Governador nos casos de impedimento deste, bem como as funções que lhe forem atribuídas em lei ou delegadas pelo titular, e suceder-lhe em caso de vaga.

Note-se que os dois diplomas legais citados referem-se ao exercício do Poder Executivo pelo titular (Presidente da República e Governador), ajudado por seus auxiliares diretos (Ministros de Estado e Secretários de Estado), não



fazendo referência ao vice, o que claramente demonstra que ele não exercita nenhum poder enquanto não assumir o cargo de titular.

Outrossim, observa-se que os diplomas citados admitem que o vice exerça atividades enquanto aguarda a assunção ao cargo titular.

Contudo, tais atribuições são atividades impróprias de vice. A terminologia legal utilizada (auxiliar o titular, missões especiais, etc.) faz concluir que são funções de caráter estritamente político. Mesmo futuras atribuições que lhe sejam conferidas por lei não terão o condão de alterar a índole política de sua atuação.

A remuneração do vice é devida exclusivamente pela sua condição de substituto e sucessor legal do título, não estando vinculada ao exercício de incumbências diversas eventualmente atribuídas por lei ou pelo titular.

A remuneração do vice depende unicamente da condição de sobreaviso a que está sujeito, pronto para substituir ou suceder o titular, independentemente do cumprimento de outras atribuições.

Vejam que a Lei nº 273/1997, em anexo, diz com atribuições além daquelas originárias de Vice-Prefeito, objeto de requerimento pelo seu não exercício, e que, se exercidas, levariam ao pagamento de percentual maior do que aquele que foi pago pela Municipalidade.

No mesmo sentido, a Lei nº 749/2005, também reflete atividades que foram acrescentadas as originárias do mandato, e que foram acometidas formalmente pelo Gestor principal, e, mediante requerimento do Vice-Prefeito, deixaram de ser exercidas pelo mesmo.

Mas as originárias do mandato de Vice-Prefeito permaneceram.

Assim, se a legislação local atribuiu percentual pela participação, apenas como Vice-Prefeito, já que este detém atribuições decorrentes do sufrágio, como acima mencionado, não se há de exigir devolução de valores por que a mesma não realizou outras atividades, além daquelas na qual se elegeu.

Dessa forma, impõe-se o afastamento do aponte.

1.3. Concessão Indevida de Aumento Real aos Subsídios do Prefeito, Vice-Prefeita e Secretários Municipais



O presente apontamento determina a irregularidade quanto ao reajustamento dos subsídios dos agentes políticos municipais.

Não se pode concordar com esse entendimento visto que, em primeiro lugar, é necessário reconhecer que os Administradores são verdadeiros agentes de organização de serviço público diante de um emaranhado de normas e fatalidades que não podem ser vistas separadamente, condenando, por rasa análise, atuações probas, sérias e verdadeiras.

Em que pese o entendimento sufragado pela respeitável equipe de Auditoria, ele foi desenvolvido posteriormente à decisão proferida nos autos do Processo 8619-02.00/11-9, em que a Corte inaugurou entendimento no sentido da possibilidade de extensão de reajustes reais aos Secretários Municipais, vez que são servidores públicos *lato sensu*, podendo, assim, usufruir de acréscimos estipendiais nos mesmos índices e períodos destinados aos demais agentes públicos.

E, ao Prefeito e Vice-Prefeito, o percentual geral e anual.

Assim, o percentual de reajuste adicional, previsto na Lei Municipal nº 1.355/2012 (**doc. 1-A, anexo**) é plenamente extensível ao Prefeito, ao Vice-Prefeito e aos Secretários Municipais.

Assim, veja-se a decisão proferida no Pedido de Orientação Técnica, contida no Processo nº 8619-02.00/11-9, em que essa Corte, felizmente, conseguiu alcançar a modernidade na interpretação da Constituição, tanto na autoaplicabilidade da mesma, relativamente ao direito ao décimo terceiro subsídio e do terço constitucional de férias aos agentes políticos, quanto da inevitável afastabilidade da observância do princípio da anterioridade no reajuste dos subsídios dos Secretários Municipais:

(...)

Sem embargo de os ver conceituados, corretamente, como agentes políticos – e nessa condição de serem remunerados por subsídio –, penso que não deva prosperar a tese restritiva quanto ao momento da fixação dos estípedios dos Secretários Municipais, especialmente se a esse respeito nada dispuserem as respectivas leis orgânicas locais.

É que, de um lado, inexistente expressa disposição da Constituição Federal a esse tanto, sendo a exigência temporal apenas disposta no artigo 11 da Constituição do Estado e, ainda assim, circunscrita às figuras de Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores. Destarte, somente reverenciando-se a autonomia municipal para lidar com o tema e, neste contexto, sendo identificada a exigência, é que se poderia cogitar do óbice



temporal em questão. (...)

Assim, a orientação traçada é de que o Ente deve atentar-se para o princípio da anterioridade no reajustamento dos subsídios do Prefeito e do Vice-Prefeito, e em nenhum momento, aos Secretários Municipais.

Nunca disse que não poderia haver o reajuste real ao Prefeito e ao Vice-Prefeito. Reajustamento não é fixação dos subsídios. E estes não podem ser irrealizáveis, face à transformação do poder aquisitivo da moeda.

Cumprido, pois, afastar o apontado.

2. ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL

2.1. Cargos em Comissão e Funções de Confiança Inconstitucionais – Burla à Regra Geral de Ingresso no Serviço Público por Concurso

Excelências, nesse ponto, faz-se necessário observar o tratamento que o Tribunal de Contas dá ao tema dos Cargos em Comissão – não para fazer qualquer tipo de comparativo, não é essa a intenção do gestor, em hipótese alguma – mas para demonstrar que esse parâmetro é utilizado como forma de tratar da melhor forma possível a questão dos CCs no âmbito local, buscando inspiração na estrutura do Tribunal de Contas, já que na prática, Vossas Excelências deverão concordar com isso, é muito tênue – por vezes – a distinção das funções e das atribuições de Chefia, Assessoramento e Direção.

Considerando as atribuições dos cargos em comissão do Município, vejam, agora, as atribuições, por exemplo, dos cargos em comissão da Corte, inscritas na Lei estadual nº 13.777/2011, constantes de seu Anexo III:

Atribuições no sentido de “...prestar serviços de *assessoria técnica e administrativa* em assuntos de alta complexidade ao Presidente e no âmbito do Gabinete e unidades gerenciais vinculadas”, acometidas ao Assessor Superior da Presidência da Corte de Contas, não é por demais genérica, e não afronta o disposto no § 4º do artigo 20 da Constituição Federal?

**ANEXO III
ATRIBUIÇÕES
(...)**

FGTC-11/CCTC-11

Assessor Superior da Presidência

Atribuições: prestar serviços de *assessoria técnica e administrativa* em assuntos de alta complexidade ao Presidente e no âmbito do Gabinete e unidades gerenciais vinculadas.



(...)

FGTC-10/CCTC-10

Assessor de Conselheiro

Atribuições: prestar serviços de assessoria técnica e administrativa em assuntos de alta complexidade ao Conselheiro e no âmbito do Gabinete e desempenhar outras atividades correlatas que lhe forem atribuídas.

FGTC-10/CCTC-10

Assessor de Procurador

Atribuições: assessorar os membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas em assuntos de natureza técnica e administrativa.

(...)

FGTC-10

Coordenador da Assessoria de Controle Interno

Atribuições: planejar, organizar, dirigir e controlar a implementação das atividades dos Núcleos, bem como propor políticas e diretrizes a eles relativas, além de desenvolver, implementar e melhorar continuamente o sistema de gestão e de controle interno do Tribunal de Contas, assegurando sua integridade; promover a disseminação do Sistema de Gestão pela Qualidade e seus resultados; gerenciar o processo de auditorias internas e o de elaboração e revisão do Planejamento Estratégico e assessorar o Conselho da Qualidade.

(...)

FGTC-6/CCTC-6

Assessor Administrativo V

Atribuições: prestar serviços de assessoria técnica e administrativa em assuntos de maior complexidade e desempenhar outras atividades correlatas que lhe forem atribuídas.

FGTC-6

Secretário de Diretor

Atribuições: realizar tarefas de secretaria e assessoramento de Direção.

(...)

CCTC-8

Secretário

Atribuições: realizar tarefas de secretaria e assessoramento.

Ainda, quanto às atribuições que são de natureza permanente, a Lei estadual nº 13.777/2011 assim discorre:

CCTC-9

Assessor de Comunicação Social

Atribuições: promover a informação interna e externa institucional; planejar e executar projetos e campanhas de informação junto à imprensa; promover uma maior integração da Instituição com a comunidade; planejar e coordenar



programas de divulgação, além de desempenhar outras atividades correlatas que lhe forem atribuídas.

FGTC-9/

CCTC-9

Assessor de Relações Públicas

Atribuições: assessorar os membros e representantes do Tribunal de Contas nas suas relações institucionais; preparar material informativo sobre a Instituição para debates, entrevistas e comunicados, além de desempenhar outras atividades correlatas que lhe forem atribuídas.

(...)

FGTC-9

Secretários da Primeira e Segunda Câmaras

Atribuições: cadastrar pautas, receber as pautas assinadas no prazo regimental, conferir e disponibilizar as pautas na Internet, preparar as sessões das Câmaras, secretariar as sessões de Câmara, certificar decisões, elaborar ata, preparar boletim para o Diário Oficial do Estado após a aprovação da ata, elaborar relatório das sessões e tarefas diversas.

(...)

FGTC-6/CCTC-6

Assessor de Perícia Médica

Atribuições: realizar atendimento assistencial e pericial do Centro de Perícias Médicas.

Pertinente às atividades burocráticas, administrativas, que, a princípio, não se coadunam com o trinômio constitucional, e que, ainda, bastante genéricas, ainda poderiam ser consideradas:

FGTC-3/CCTC-3

Assessor de Serviços de Perícia Médica

Atribuições: PRESTAR SERVIÇOS DE ACESSORIA ADMINISTRATIVA, REALIZAR O AGENDAMENTO DE CONSULTAS, controle de almoxarifado e desempenhar outras atividades correlatas que lhe forem atribuídas.

FGTC-2/CCTC-2

Assessor Administrativo II

Atribuições: prestar serviços de assessoria administrativa em assuntos de relativa complexidade e desempenhar outras atividades correlatas que lhe forem atribuídas.

FGTC-1/CCTC-1

Assessor Administrativo I

Atribuições: prestar serviços de assessoria administrativa em assuntos de pouca complexidade e desempenhar outras atividades correlatas que lhe forem atribuídas.



efetivo, em descompasso com o disposto no art. 37, inciso V, da Constituição Federal, convém reiterar que o dispositivo constitucional em tela determina que a cargos de provimento comissionado cabem apenas atribuições de direção, chefia e assessoramento, determinação que encontra eco no caput do art. 32 da Constituição do Estado. O significado destas exigências constitucionais é esclarecido por Adilson Abreu Dallari: Não é, portanto, qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiado o seu exercício a esta ou aquela pessoa, a dedo escolhida, merecedora de absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aqueles que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos seus titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior.

É inconstitucional a lei que criar cargo em comissão para o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza meramente profissional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior. (2)

Nesse sentido se orienta a jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Estado, como demonstra decisão unânime de seu Órgão Pleno, assim ementada:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE SÃO JERÔNIMO. LEI MUNICIPAL QUE DISPÕE SOBRE OS QUADROS DE CARGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS DO MUNICÍPIO. CARGOS EM COMISSÃO. ART. 32 DO CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

São inconstitucionais, por ofensa ao art. 32 da Constituição Estadual, os dispositivos de leis municipais que criam cargos em comissão, para o exercício de funções técnicas, burocráticas e de caráter permanente, cujo desempenho está absolutamente descomprometido com os níveis de direção, chefia e assessoramento. Vício material de inconstitucionalidade. Precedentes.

AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME. (3)

No caso dos autos, não se vê como as atribuições de Chefe de Central de Monitoramento possam ser enquadradas em qualquer das hipóteses constitucionais que autorizam o provimento em comissão. Trata-se de cargo com conteúdo eminentemente técnico e administrativo, sem qualquer exigência de um especial vínculo de confiança – que é exigível inclusive em relação às atribuições de chefia.

E não se argumente que a designação do cargo como “chefe” ou como “assessor” possa ter o condão de, por si só, implicar atendimento às exigências constitucionais destacadas. Como bem anota Márcio Cammarosano, ofende a ordem jurídica em vigor criar cargos em comissão que não consubstanciem competências de direção, chefia e assessoramento, ainda que a



denominação que lhes atribua seja própria de cargos daquela espécie, pois o que importa não é o rótulo, mas a substância de cada qual. (4)

Diversa é a conclusão no que tange aos cargos comissionados temporários de Assessor Técnico Especial, onde a denominação é adequada às funções, havendo plena razoabilidade na justificativa de que sua contratação destinou-se a assessorar os Vereadores na avaliação do Plano Diretor. E, divergindo do órgão técnico, não me parece que o meio utilizado – provimento em comissão - seja criticável. Neste aspecto, tenho que o aponte não procede. (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, o seguinte excerto:

Tipo Processo PROCESSO DE CONTAS - OUTROS
Número 001093-02.00/09-5 Exercício 2009
Data 17/08/2011
Publicação 13/10/2011 Boletim 1135/2011
Órgão Julg. TRIBUNAL PLENO
Relator AUD.SUBST.CON.S. ALEXANDRE MARIOTTI
Gabinete HELIO SAUL MILESKI
Origem LEGISLATIVO MUNICIPAL DE PALMEIRA
DAS MISSÕES

Aqui, cumpre lembrar que o assessoramento, tanto à Presidência, passando à Secretaria Executiva, culminando ao Parlamento - leia-se, aos Vereadores -, tem, nessa decisão, o autorizativo para que se rechace, totalmente, o que expressado no aponte da Auditoria.

Nessa linha, também, os seguintes julgados da Corte:

Tipo Processo PROCESSO DE CONTAS - OUTROS
Número 000725-02.00/10-1 Exercício 2010
Data 01/02/2012
Publicação 20/04/2012 Boletim 435/2012
Órgão Julg. TRIBUNAL PLENO
Relator AUD.SUBST.CON.S. CESAR SANTOLIM
Gabinete AUDITOR SUB. CONSELHEIRO 3
Origem LEGISLATIVO MUNICIPAL DE IRAÍ
(...)

Os itens 2.1 e 2.2 apontam a existência de cargos em comissão de Assessor Legislativo, Assessor Parlamentar e Assessor Jurídico sem atribuições estabelecidas na legislação e com fixação de remuneração por meio de instrumento legislativo



inadequado. Há sugestão de negativa de executoriedade da Resolução nº 04/2009, que alterou a Resolução nº 11/1993. Quanto à matéria em tela, importante referir o entendimento consolidado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria, inclusive da Corte, no sentido de que os cargos de provimento em comissão estão destinados às funções de chefia, assessoramento e direção. Em se tratando do Poder Legislativo, afiguram-se razoáveis as situações de comissionamento destacadas. É de se imaginar que os edis, para o adequado desempenho de suas atividades, demandem apoio de técnicos que, todavia, devem também partilhar das mesmas convicções político-partidárias do assessorado. Afasta-se a irregularidade, por este motivo. (grifo nosso)

Tipo Processo PROCESSO DE CONTAS - OUTROS
Número 003621-02.00/09-0 Exercício 2009
Data 21/09/2011
Publicação 10/11/2011 Boletim 1255/2011
Órgão Julg. TRIBUNAL PLENO
Relator AUD.SUBST.CONS. ALEXANDRE MARIOTTI
Gabinete AUDITOR SUB. CONSELHEIRO 3
Origem LEGISLATIVO MUNICIPAL DE SANTO
ÂNGELO

Os itens 1.4.1 e 1.4.2, acima mencionados como ensejadores de penalidade pecuniária, versam sobre a utilização irregular dos cargos em comissão de Chefe de Setor de Almoxarifado, Arquivo, Manutenção e Segurança Patrimonial, Assessor Parlamentar, Assessor de Mesa Diretora e Assessor de Comissões Permanentes.

Sustentam os Gestores a legalidade da criação e utilização dos cargos comissionados apontados, discorrendo sobre as atribuições desempenhadas por seus titulares. Referem que seis cargos de provimento efetivo foram preenchidos em 2009 e que a Câmara de Vereadores abriu concurso público para preenchimento de mais cargos dessa natureza (fls. 335/339 e documentos de fls. 371/377).

Inicialmente, cumpre referir que falha análoga foi apontada no exercício de 2006 (Processo nº 7306-0200/07-9), sendo que o Tribunal Pleno, em sessão de 23-04-2008, deixou de negar executoriedade às leis municipais que versavam sobre a criação dos cargos em comissão de Assessor de Imprensa, Chefe de Setor de Serviços Gerais, Segurança e Patrimônio e de Assessor de Vereador, em face da tramitação da proposição que deu origem à Lei Municipal nº 3.127/2007, supostamente corretiva das impropriedades apontadas, julgando, ainda assim, irregulares tais comissionamentos, eis que suas atribuições se revelavam incompatíveis com as de direção, chefia e assessoramento exigidas no inciso V do artigo 37 da Constituição Federal. Contra essa decisão, foi interposto Recurso de Reconsideração (Processo nº 5036-0200/08-3), no qual o Tribunal Pleno, em sessão de 17-12-2008, reduziu o



valor da multa aplicada e manteve os demais termos da decisão atacada.

No exercício de 2007, a mesma inconformidade foi apontada no Processo nº 7521-0200/07-5, ocasião em que o Tribunal Pleno, em sessão de 19-08-2009, decidiu pela negativa de executoriedade à Lei Municipal nº 3.127/2007, na parte em que versava sobre a criação dos cargos em comissão de Assessor de Imprensa, Chefe de Setor de Serviços Gerais, Segurança, Patrimônio e Arquivo, Assessor da Mesa Diretora e Procurador Legislativo, cujas atribuições se revelavam incompatíveis com as de direção, chefia e assessoramento exigidas no inciso V do artigo 37 da Constituição da República, entendendo regular a criação do cargo em comissão de Assessor Parlamentar.

Interposto o respectivo Recurso de Reconsideração, Processo nº 9416-0200/09-0, o Tribunal Pleno, em sessão de 06-10-2010, reformou a decisão impugnada, afastando a multa imposta e restringindo a negativa de executoriedade da Lei Municipal nº 3.217/2007 somente à criação do cargo de Procurador Legislativo.

Por fim, foi novamente apontada no exercício de 2008 (Processo nº 7179-0200/08-1), a criação, através pela Lei Municipal nº 3.127/2007, dos cargos em comissão de Assessor de Imprensa e de Chefe de Setor de Serviços Gerais, Segurança e Patrimônio. O Tribunal Pleno, em sessão de 10-11-2010, à luz das decisões anteriores sobre a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.127/2007, decidiu, apenas, pela repercussão da falha no julgamento das contas do exercício.

Diante da evolução do tratamento dado à matéria pelo Tribunal Pleno, verifica-se, malgrado o entendimento pessoal deste Relator, que a constitucionalidade da criação dos cargos em comissão de Chefe de Almoarifado, Arquivo, Manutenção e Segurança Patrimonial (item 1.4.1), de Assessor da Mesa Diretora e de Assessor Parlamentar (item 1.4.2) pela Lei Municipal nº 3.127/2007 já restou decidida pela Corte. (grifo nosso)

Do exposto, o correto é lembrar que todas as atividades exercidas pelos cargos em comissão ou funções gratificadas são de natureza administrativa e permanente, tanto que se encontram diretamente vinculadas à estrutura organizacional em que se inserem. O diferencial é, tão somente, o provimento, que é *ad nutum* e não efetivo.

Ademais, a matéria ora analisada está assim disciplinada na Constituição Federal:

Art. 37 -
(...)



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

Com base em tal dispositivo, a doutrina e a jurisprudência, de forma unânime, têm fundamentado a vinculação dos cargos em comissão às funções de direção, chefia ou assessoramento.

Assim ensina o mestre Hely Lopes Meireles:

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 (CF, art.37, V).

Adilson Abreu Dallari, em comentários à Emenda Constitucional nº 19, assim dispôs:

No que diz respeito aos cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, os mesmos deverão ser ocupados, em parte, por servidores de carreira. Contudo, dispôs o legislador reformador que os casos, condições e percentuais mínimos a serem reservados, sejam regulamentados oportunamente por lei de cada ente federado. Nesta parte, a norma apresenta-se com eficácia relativa, dependente de complementação legislativa.

A nova disposição legal, ainda, em contrapartida à anterior, destinou às funções de confiança e aos cargos em comissão, apenas atribuições de direção, chefia e assessoramento, conseqüentemente vedada a criação de cargos em comissão e funções de confiança para o exercício de tarefas, exemplificativamente, meramente burocráticas ou operacionais.

Na realidade, o novo comando constitucional, neste particular, veio assentar entendimento majoritariamente consagrado na doutrina e jurisprudência pátrias quanto à natureza jurídica do cargo em comissão, no sentido de que 'é inconstitucional a lei que criar cargo em comissão para exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza puramente profissional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior'.



A doutrina refere que cargo em comissão é o criado por lei no quadro da Administração Pública, com estipêndio correspondente e com atribuições certas e específicas (direção, chefia ou assessoramento), a serem exercidas por pessoas da confiança da autoridade nomeante, podendo ser alguém estranho aos quadros do Poder Público.

E que, pela Emenda Constitucional nº 19, deverá a lei estabelecer quais as condições, os casos e o percentual de cargos em comissão que serão exercidos por servidores efetivos. Os demais poderão ser providos por outras pessoas que não sejam servidores.

Contudo, a análise ao tão citado dispositivo constitucional que limitaria as atribuições a serem exercidas pelos cargos em comissão, pode obter entendimento divergente.

O artigo 37, inciso V, da CF/88, prevê 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.

Observa-se que a determinação atinge apenas os cargos em comissão a serem exercidos por servidores, não por agentes alheios à Administração, de confiança do Chefe do Poder Executivo. O dispositivo não faz referência a todos os cargos comissionados, indistintamente.

Desta forma, não pode ser utilizado o citado dispositivo para fundamentar a limitação dos cargos em comissão às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Ademais, o exercício do cargo em comissão, especialmente em Município de porte reduzido ou de médio porte, não se restringe exclusivamente ao previsto nas atribuições constantes da lei respectiva, pois este servidor público, em razão de sua relação de confiança com a Administração, acaba por executar inúmeras outras tarefas atinentes ou não ao seu cargo.

Desse modo, mesmo que não tenham sido definidas atribuições aos cargos em comissão, resta evidente, já pelas suas nomenclaturas, que cada uma das funções exercidas pelos servidores providos nessa condição tem relação com o trinômio direção-chefia-assessoramento, inexistindo, pois, desvio de finalidade nas suas criações.



Não há atividade pública que seja exclusivamente direcionada à direção, à chefia ou ao assessoramento. Em algum momento de suas atividades, os cargos em comissão exercem atividades também burocráticas, pois suas atribuições não permitem que, exclusivamente, as desempenhem tão-somente em circunstâncias de supervisão/coordenação, no caso da direção/chefia, ou eminentemente influenciando tecnicamente as decisões das respectivas autoridades, no caso do assessoramento.

Todas as atividades no serviço público são exercidas em face da burocracia inerente ao serviço público. A atividade pública é essencialmente burocrática.

O que deve ser verificado é se os cargos em comissão exercem atividades permanentemente burocrático-administrativas, ou se exerce atividades técnico-burocráticas, estas, inegavelmente, vinculadas ao trinômio direção-chefia-assessoramento.

Nessa linha, cumpre destacar que tanto os cargos em comissão em que não há especificadas na norma que os criou as respectivas atribuições, quanto aqueles nos quais não ficou bem definido que se tratam de atividades vinculadas ao trinômio direção-chefia-assessoramento, foram criados por lei, de competência do Poder Executivo, aprovados pelo Poder Legislativo.

Muito embora não esteja bem claramente nas normas que os criam, importante seja esclarecido, novamente, que se tratam de atividades técnicas que também atuam em funções administrativas vinculadas ao seu conteúdo ocupacional originário.

Assim, buscando a descrição das condições reais da norma interpretada, cumpre, razoavelmente, que se obtenha a mais favorável interpretação do que ela realmente desejava ao tempo de sua edição, e, dentre tais circunstâncias, trazê-la para a atualidade, o que, por si só, já se deduz das suas constitucionalidades.

Para tanto, não se pode, simplesmente, ler as normas reputadas inconstitucionais.

Elas devem ser examinadas à luz das circunstâncias históricas e fáticas do momento de sua edição, bem como, nesse momento, elevá-las à situação fática ocorrente, quando do provimento dos respectivos cargos: quais atribuições, efetivamente, vem sendo realizadas e quais servidores estão ocupando as vagas, qual sua qualificação, etc.



O exame, caso a caso, em face da antigüidade das normas, deve ser muito bem apropriado, para que não se cometam, aí sim, inconstitucionalidades.

De forma sintética, pode-se afirmar que a autonomia dos Estados e Municípios e do Distrito Federal configura-se, nas palavras de Alexandre de Moraes¹, "pela tríplice capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e auto-administração".

Desse modo, ainda conforme lições do autor, Estados e Municípios organizam-se respectivamente através de Constituições Estaduais e Leis Orgânicas (o que vale também para o DF), autogovernam-se através da escolha direta dos membros de seus Poderes Executivo e Legislativo locais e auto-administram-se através do exercício de suas competências administrativa, tributária e legislativa, expressamente conferidas pela Constituição Federal.

Sendo os entes federados autônomos entre si, sua coexistência só se torna possível por meio da repartição das respectivas competências, de acordo com a predominância do interesse (geral, regional ou local). Dessa forma, cada ente é independente na sua esfera de atuação e competência, não estando sujeito às ingerências um do outro.

Logo, as deliberações e especialmente as Leis criadas por qualquer dos entes federados devem ser absolutamente respeitadas, eis que demonstram e comprovam a competência que a própria Magna Carta lhes confere. E, tudo em absoluto acordo inclusive com a evolução histórica e doutrinária do próprio Direito Constitucional, seja local ou internacional.

Tem-se Leis, devidamente criadas pelo Poder Legislativo de um Ente Político autônomo e que, não está a frontalmente opor-se à Constituição Estadual.

Nesta moldura, o Poder Legislativo, dentro de suas prerrogativas constitucionais de legislar sobre matéria de interesse peculiar, aprovou dita legislação e autorizou o Executivo a efetivar a contratação.

O Município está constitucionalmente autorizado a organizar-se administrativamente, regendo sua política de pessoal, desde que através de lei. E foi exatamente o que ocorreu, ou seja, dois poderes devidamente constituídos para tal fim aprovaram as medidas necessárias ao enfrentamento de uma situação criada pela necessidade no quadro. Nada mais.

¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2004.



Portanto, a contratação realizada, deu-se em perfeita sintonia com as autorizações constitucionais que são entregues ao ente municipal, bem como seguiu os trâmites adequados.

Logo, diante deste contexto, não foram, EM HIPÓTESE ALGUMA, violados os dispositivos constitucionais citados:

“Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

(...)

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

(...)

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

(...)

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

(...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;” (grifamos)

Perceba-se com uma grande facilidade, que as atuações do PODER EXECUTIVO E DO PODER LEGISLATIVO do Município de Coxilha estão completamente coadunadas com os citados dispositivos constitucionais, na medida em que simplesmente exerceram seus papéis cuja essência remonta da própria carta federal.

Cargo Público é aquele criado por lei, com denominação própria, com estipêndio correspondente, previsto na estrutura organizacional e administrativa do ente, ocupado por um servidor, em número certo e pago pelos cofres públicos.



Quando a Lei Maior atribui competência sobre determinada matéria aos Municípios, temos as leis municipais, que são formuladas para regular essas matérias sobre as quais lhes foi atribuída competência. As leis municipais sempre devem estar em perfeita harmonia com as leis federais e estaduais, sob pena de inconstitucionalidade, tanto federal, quanto estadual, tendo vigência somente dentro dos limites territoriais do Município que as instituiu.

Dentro do atual ordenamento jurídico-constitucional, os Municípios possuem autonomia, atribuída expressamente, pela Constituição Federal: "*Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.*"

Já no inciso I do art. 30, é atribuída competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local. Estando o Poder Público Municipal apto a legislar sobre seus servidores de maneira genérica, pode também legislar naquilo que diz respeito à CRIAÇÃO E PROVIMENTO DE CARGOS de seu quadro, inclusive os cargos em comissão.

Na esfera municipal, existe a legislação própria que trata do Quadro de Cargos, onde constam os cargos necessários ao bom andamento administrativo, incluindo-se os efetivos, funções gratificadas e os chamados *cargos em comissão*.

Somente o Administrador Executivo e o Poder Legislativo podem determinar o alcance das necessidades locais, inobstante o fato de seguir os rigores da legislação superior.

Do ponto de vista da auditoria, de afronta aos princípios constitucionais relativos ao ingresso no serviço público, por primeiro cabe ressaltar que *aquilo que a Constituição veda clara e expressamente é a investidura em cargo público, sem a prévia aprovação em concurso*. Por óbvio, assim dispendo, o legislador constitucional não pretendeu criar para a Administração Pública, e efetivamente não criou, o dever de prestar seus serviços tão-somente através de servidores concursados.

Destarte, ao contrário do que preconizado pela auditoria, verifica-se na simples leitura do título dos cargos criados efetivamente são de chefia, direção ou assessoramento, diferentemente dos demais cargos efetivos, pois enquanto aqueles dirigem, coordenam e assessoram, estes simplesmente executam as tarefas e demais atribuições, pontuais e determinadas.



Por certo que a prerrogativa de chefiar, coordenar e assessorar também é estendida para os servidores ocupantes de cargo efetivo, mediante gratificação de confiança, forte inciso V do art. 37 da CF/88. Entretanto, por si só não caracteriza atividades meramente burocráticas, não ensejadores das preposições (direção, chefia e assessoramento).

Ressalta-se que os cargos criados estão perfeitamente ajustados a tipificação do que preceitua a legislação municipal e da mesma forma dentro dos preceitos constitucionais vigentes. Isto quer dizer da observância ao princípio da *legalidade* que regem o direito administrativo.

As atribuições destes profissionais são variadas e executadas de acordo com a demanda e o momento. E, **o próprio nome dos cargos, por si só, já empresta guarida para a constitucionalidade do caso como, por exemplo, chefe e supervisor. Cabendo, neste momento, registrar que pela própria nomenclatura dos cargos, percebe-se tratar de efetivas funções de DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO.**

A relação de confiança na esfera de administração dos mandamentos legais que regem e norteiam a gestão pública são fundamentais para que haja um mínimo de tranquilidade, seja ela pessoal ou técnica, em razão das responsabilidades que decorrem de cada ato administrativo levado a cabo pelo Gestor.

A contratação de pessoal para comandar as questões das áreas vitais à administração devem ser da absoluta relação de confiança do responsável por determinado órgão público. Aliado à competência necessária, mas de difícil mensuração, cabe ao Gestor assumir a responsabilidade por seus atos através de orientações igualmente escolhidas de pessoas ou servidores que lhe prestam serviços, bem como que haja a relação de confiança, condição *sine qua non* para o exercício da atividade específica como, por exemplo, de assessor jurídico e de assessor de projetos.

A discricionariedade no presente caso será do Gestor, ou seja, se a atividade específica de que trata o cargo de chefia será ou não decorrente de cargo efetivo. Assim, se o Gestor deseja que a mesma seja uma atividade de consultoria, assessoria (assistente), cabe somente ao Município, através de seus dois poderes constituídos e eleitos, definirem qual a melhor forma de encaminhar a solução para suas necessidades.

Cumprido registrar a questão acerca da similiaridade das características do cargo de assessor com o de assistente, referenciando os



ensinamentos de Plácido e Silva, em sua obra Vocabulário Jurídico; assistente significa:

“em todos os casos em que é aplicado, toma, na linguagem jurídica, a acepção de pessoa que intervém em qualquer ato, para ajudar, socorrer, substituir outrem, ou defender interesses próprios ou alheios...No sentido jurídico, é a pessoa que vem participar da prática de certo ato jurídico a ser praticado por pessoa relativamente incapaz, e que, por isso, não pode consentir e agir somente por si.”

Ou seja, aquele que vem em substituição do Gestor local editar e fazer aplicar as suas ordens.

As chefias, direções e os cargos de assessoramento, especialmente em Municípios de menor porte, atuam de igual forma como servidores, porque não seria razoável, muito menos econômico e completamente desproporcional que o trabalho de alguns chefes fosse limitado somente ao exercício do comando, quando também podem e devem auxiliar na execução das tarefas de suas respectivas áreas de comando.

Fosse essa a realidade, deveríamos ter alguém concursado para abrir a porta dos veículos, pois o motorista somente possui a atribuição legal de conduzir os veículos, mas não atuar em qualquer outro tipo de situação.

Como referido anteriormente, o diretor, chefe ou assessor, em municipalidade de pequeno ou médio porte, atuam também no auxílio às tarefas do cotidiano, juntamente e adicionalmente ao trabalho de coordenação que exercem. Isso, contudo, não descaracteriza a função/ cargo precípua.

Ainda na avaliação técnica de Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, “Administrador”, um dos cargos impugnados, é “pessoa a quem se comete a direção ou gerência de qualquer negócio ou serviço, seja de caráter público ou privado, seja de caráter permanente, à frente de um estabelecimento comercial ou departamento público, seja de caráter provisório para desempenho de determinado negócio. É, assim, a pessoa a quem se confiou uma administração, qualquer que seja a sua natureza.” Repetindo em outros termos é o mesmo que chefiar e dirigir às ordens recebidas da autoridade nomeante para os demais servidores da administração. É o agente incumbido de transmitir as ordens de comando.

Assim, não se pode sequer cogitar em inexistência das previsões ou de enquadramento no que determina o art. 37, II e V, da Constituição Federal, somente porque assim o deseja a auditoria. A situação está claramente definida