

Porto Alegre, 20 de julho de 2021.

**Informação nº**

**2.524/2021**

Interessado: Município de Itaqui/RS – Poder Legislativo.  
Consulente: Nagielly Mello, Assessora Jurídica.  
Destinatário: Prefeito Municipal.  
Consultores: Débora Guimarães Togni Stappenhorst e Júlio César Fucilini Pause.  
Ementa: Projeto de Lei dispendo sobre a estrutura administrativa do Poder Executivo. Requisitos para a caracterização do cargo comissionado em atendimento ao trinômio, direção, chefia e assessoramento. A edição de Lei Municipal de reestruturação administrativa somente poderá ocorrer, em razão da Lei Complementar nº 173/2020, se não resultar em aumento de despesa e se não incidir em nenhuma das hipóteses específicas vedadas pelo art. 8º. Considerações quanto às limitações para nomeação de servidores nos eventuais cargos novos criados.

Por meio de consulta registrada sob nº 44.427/2021, é-nos solicitada análise de Projeto de Lei que dispõe sobre a estrutura administrativa do Poder Executivo, estabelecendo a reestruturação dos cargos e salários.

Passamos a considerar.

1. Em análise ao Projeto de Lei anexo à Consulta, traçando um comparativo com os quadros de cargos e salários das Leis Municipais nº 1.799/1991<sup>1</sup> e nº 1.755/1990<sup>2</sup> alteradas, o que parece é que a atual estrutura

<sup>1</sup> Disponível no endereço <<https://leismunicipais.com.br/a2/rs/i/itaqui/lei-ordinaria/1991/180/1799/lei-ordinaria-n-1799-1991-complementa-a-lei-municipal-n-1755-de-200890-e-da-outras-providencias?q=1799>> e que supomos esteja em vigor.

<sup>2</sup> Disponível no endereço <<https://leismunicipais.com.br/a2/rs/i/itaqui/lei-ordinaria/1990/176/1755/lei-ordinaria-n-1755-1990-dispoe-sobre-os-quadros-de-cargos-e-funcoes-publicas-do-municipio-estabelece-o-plano-de-carreira-dos-servidores-e-da-outras-providencias?q=1755>> e que, supomos, esteja em vigor.

administrativa – que consta no Projeto de Lei – além de alterar a sistemática remuneratória (que antes era por coeficientes) também cria novos cargos em comissão na estrutura administrativa.

Partimos, então, dessa premissa para analisar a viabilidade da edição do Projeto de Lei, nesses termos, no ano de 2021.

2. Vale destacar, desde logo, que a iniciativa do Projeto de Lei foi corretamente observada porque a disposição sobre a Estrutura Administrativa do Poder Executivo é matéria que se insere naquelas de iniciativa do Prefeito Municipal, a teor do disposto no art. 30, I c/c art. 61, §1º II, “c”, da Constituição Federal.

3. Quanto ao mérito do Projeto de Lei, algumas considerações são importantes para a regularidade e constitucionalidade dos atos:

3.1. Quanto à tabela de vencimentos dos cargos em comissão e funções gratificadas prevista no art. 23 (que altera o art. 28 da Lei Municipal nº 1.755/1990), se a intenção é a edição da Lei ainda em 2021, é fundamental que não ocorra aumento, reajuste ou readequação dos valores atualmente fixados, pois a LC nº 173/2020 vedo, no inciso I, do art. 8º, **independentemente do equilíbrio da despesa, a prática desse ato** especificamente.

3.2. Por outro lado, com relação à criação de cargos novos (o que parece ter ocorrido, repisamos, em comparação à Lei Municipal nº 1.799/1991), se houver a comprovação de que não haverá a expansão da despesa, não há empecilho para a adoção de tal medida no ano de 2021.

O art. 8º, II e III, da LC nº 173/2020, permite a reestruturação administrativa, bem como a criação de cargos públicos, inclusive comissionados, **desde que o ato não importe em aumento de despesa**, o que significa que,

teoricamente, pode o Município criar cargos na estrutura administrativa **se demonstrado, do ponto de vista orçamentário, que haverá a compensação com outra despesa permanente**. Caso isso ocorra, por exemplo, com a extinção de cargos de valor maior ou equivalente, pode o Município, em nossa avaliação, proceder na criação dos respectivos cargos.

A mesma conclusão pode ser extraída da Nota Técnica nº 03/2020 do TCE/RS em relação, por exemplo, à reestruturação de carreira na vigência da Lei Complementar nº 173/2020:

Os incisos II e III impedem a aprovação de leis que criem cargos ou funções ou alterem estrutura de carreiras funcionais, se disso resulte aumento de despesa. veja-se que, aqui, **pode-se inferir a possibilidade de reestruturação, caso não importe acréscimos durante o período compreendido pela lei aqui tratada (até 31/12/2021)**.

[...]

Relativamente à proibição estabelecida pelo inciso III do artigo 8a, de “alterar estrutura de carreira que implique aumento de despesa”, **aqui se insere toda alteração que tenha o efeito de onerar o erário, inclusive, a alteração de carreira mediante definição de novas atribuições ou atribuições de novas vagas da carreira em quadro organizacional, por exemplo, desde que levadas a efeito dentro do período vedado pela lei em análise.** (grifamos)

Não obstante essa conclusão, **o problema central reside na nomeação de servidores para os cargos novos** resultantes da respectiva criação, já que o art. 8º, IV, da LC nº 173/2020, até 31/12/2021, **proíbe** a admissão de servidores, ressalvadas as hipóteses de reposição e, no caso dos cargos em comissão, desde que o ato não resulte em aumento de despesa. Resumidamente, somente é permitida a nomeação **nas hipóteses de reposição**, o que em nossa avaliação **não se configura no caso de provimento de cargos novos**.

3.3. Superados esses aspectos que envolvem as vedações da LC nº 173/2020 há outro ponto que merece análise mais detida no Projeto de Lei e que

diz respeito às atribuições dos novos cargos em comissão que parecem ter sido criados em comparação à Lei Municipal nº 1.799/1991.

A Constituição Federal, no art. 37, V, redação da EC nº 19/1998, é expressa ao destinar aos cargos em comissão e às funções de confiança **apenas as atribuições de “direção, chefia e assessoramento”**. O mesmo faz a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, no art. 32.

Cargos em comissão e funções de confiança não são, portanto, equivalentes a cargos de provimento efetivo, destes se diferenciando não só pela livre nomeação ou designação, mas, sobretudo, pelas atribuições restritas que lhes podem ser acometidas e pelo vínculo de confiança que estas atribuições, pela sua natureza, pressupõem com o Administrador.

MEIRELLES (2004, p. 83) , sobre o tema, leciona:

A investidura efetiva é própria dos cargos do quadro permanente da Administração, ocupados pela grande massa do funcionalismo, com provimento inicial por concurso, para desempenho de atividades técnicas e administrativas do Estado, com caráter de exercício profissional. Diversamente, a investidura em comissão é adequada para agentes públicos de alta categoria, chamados a prestar serviço ao Estado, sem caráter profissional, e até mesmo de natureza honorífica e transitória.

Também GASPARINI (2002, p. 241) :

[...] os cargos em comissão são próprios para a direção, comando ou chefia de certos órgãos, onde se necessita de um agente que sobre ser de confiança da autoridade nomeante se disponha a seguir sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da Administração.

Por fim, DALLARI (1990, p. 41) :

É evidente que se a administração puder criar todos os cargos com provimento em comissão, estará aniquilando a regra do concurso público. Da mesma forma, a simples criação de um único cargo em comissão, sem que isso se justifique, significa burla a regra do concurso público.

E continua:

[...] é inconstitucional a criação de cargos em confiança para o exercício de atividades técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza puramente profissional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior.

A jurisprudência segue a mesma linha de entendimento:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO ESTADUAL. CRIAÇÃO DE CARGO COMISSIONADO SEM CARÁTER DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA OU DIREÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES 1. **Hipótese em que a conclusão do Tribunal de origem se alinha à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que “É inconstitucional a criação de 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”** (ADI 3.602, Rel. Min. Joaquim Barbosa). 2. Para dissentir do entendimento do Tribunal de origem quanto à natureza jurídica dos cargos e à ausência de função típica de direção, chefia e assessoramento, faz-se necessário analisar a legislação local pertinente e reexaminar os fatos e provas constantes dos autos, providências que não têm lugar neste momento processual, nos termos das Súmulas nºs 279 e 280/STF. 3. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF; ARE 682321; Primeira Turma; Rel. Min. Roberto Barroso; Julg. 28/04/2015; DJE 15/05/2015; Pág. 44). (grifamos)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE CASEIROS. LEI MUNICIPAL Nº 093/1990. CARGOS EM COMISSÃO. DIRIGENTE DE EQUIPE. DIRIGENTE DE NÚCLEO. CHEFE DE TURMA. COORDENADOR. ATRIBUIÇÕES NÃO RELACIONADAS COM AS DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO PREVISTAS CONSTITUCIONALMENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO. Inconstitucionalidade de parte do artigo 19 e de parte do Anexo I da Lei Municipal nº 093, de 28 de agosto de 1990, do Município de Caseiros. Os cargos de Dirigente de Equipe, Dirigente de Núcleo, Chefe de Turma e Coordenador **apresentam atribuições nitidamente técnicas e burocráticas, sem demandar excepcional confiança do Administrador para sua execução.** As atribuições não demandam confiabilidade ou conveniência para o planejamento e o desenvolvimento das diretrizes de uma gestão específica. Violação dos artigos 8º, caput; 20, caput e §4º; e 32, caput, todos da Constituição Estadual. Afronta ao artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.

UNÂNIME. (TJRS; Dirlnc 0073064-38.2020.8.21.7000; Proc 70084347053; Porto Alegre; Tribunal Pleno; Rel. Des. Jorge Luís DallAgnol; Julg. 11/12/2020; DJERS 21/01/2021) (grifamos)

**Não basta, ademais, somente analisar a denominação atribuída aos cargos em comissão e às funções de confiança, mas sim o conjunto das suas atribuições e as tarefas de fato realizadas, verificando, assim, a sua compatibilidade ou não com a exigência constitucional.** Exatamente por isso é que o Tribunal de Justiça do Estado, na ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70013329750, afirma que:

[...] mostra-se inconstitucional a lei municipal que, entre outras coisas, cria cargos em comissão, sem definir as respectivas atribuições e sem que constituam, apesar da denominação de alguns, cargos de direção, chefia ou assessoramento [...].

Além disso, também é imprescindível que este conjunto de atribuições reflita a necessidade de especial confiança entre o titular do cargo ou da função de confiança e o Administrador. Nesse sentido:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS MUNICIPAIS QUE CRIAM DIVERSOS CARGOS EM COMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL.** Atribuições que não se coadunam com as funções de direção, chefia ou assessoramento, as quais, pelo texto constitucional, são determinantes para a criação dos cargos em comissão. Atos normativos que se desgarraram dos termos do art. 32, caput, da CE/89. Atribuições meramente técnicas ou burocráticas não se harmonizam com a função de chefia, assessoramento ou direção, insita aos cargos em comissão em razão do conteúdo do texto constitucional. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME.**

Do voto do Desembargador-Relator José Aquino Flôres de Camargo, destaca-se:

Ainda que muitos desses cargos criados possuam o nome de Chefe, Assessor ou de Coordenador, certo é que são, por sua natureza, são cargos efetivos e que, por isso, devem ser providos por meio de concurso público. Em outras palavras: o simples nome dado ao cargo não o transmuda em cargo em comissão. Vale salientar que atribuições meramente técnicas ou burocráticas não

se harmonizam com a função de chefia, assessoramento ou direção, insita aos cargos em comissão em razão do conteúdo do texto constitucional.

Na mesma toada, julgado do Supremo Tribunal Federal:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS 6.600/1998 (ART. 1º, CAPUT E INCISOS I E II), 7.679/2004 E 7.696/2004 E LEI COMPLEMENTAR 57/2003 (ART. 5º), DO ESTADO DA PARAÍBA. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. I - Admissibilidade de aditamento do pedido na ação direta de inconstitucionalidade para declarar inconstitucional norma editada durante o curso da ação. Circunstância em que se constata a alteração da norma impugnada por outra apenas para alterar a denominação de cargos na administração judicial estadual; alteração legislativa que não torna prejudicado o pedido na ação direta. II - Ofende o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal norma que cria cargos em comissão cujas atribuições não se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração, que informa a investidura em comissão. Necessidade de demonstração efetiva, pelo legislador estadual, da adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público. Precedentes. Ação julgada procedente.**

Do voto do Min. Joaquim Barbosa, o seguinte trecho explicita o raciocínio do precedente:

O Supremo Tribunal Federal tem interpretado essa norma como exigência de que a exceção à regra do provimento de cargos por concurso público só se justifica concretamente com a demonstração – e a devida regulamentação por lei – de que as atribuições de determinado cargo sejam bem atendidas por meio do provimento em comissão, no qual se exige relação de confiança entre a autoridade competente para efetuar a nomeação e o servidor nomeado (ADI 1.141, rel. min. Ellen Gracie, Pleno, DJ de 29.08.2003; ADI 2.427-MC, rel. min. Nelson Jobim, Pleno, DJ de 08.08.2003). Esse entendimento já se consolidara sob a vigência da Constituição anterior (Rp 1.368, rel. min. Moreira Alves, Pleno, j. 21.05.1987; Rp 1.282, rel. min. Octavio Gallotti, Pleno, j. 12.12.1985).

Como se vê, a posição da jurisprudência, em especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tem sido bastante restritiva quanto à criação de cargos em comissão e funções de confiança.

Nesse contexto, é importante ter presente que o Judiciário, em uma ação direta de constitucionalidade, ou mesmo o Tribunal de Contas, no exercício da sua função fiscalizatória, analisa todo o contexto da norma, sendo que a eventual presença de indicativos no sentido de que alguns dos titulares dos cargos e das funções a serem criados irão executar tarefas que, pela natureza, são próprias de cargo de provimento efetivo (burocráticas e operacionais), já é suficiente para atrair a constitucionalidade ao seu conjunto.

Assim, a criação dos cargos em comissão deve obedecer às premissas antes referidas. Sua adequação com a estrutura administrativa e realidade local é **tarefa que só pode ser desempenhada no âmbito do Município e do Poder Legislativo Consulente, convededor das necessidades e demandas**, nos sendo inviável opinar especificamente acerca do cargo a ser criado e de suas atribuições.

4. Por último, em relação ao art. 33, que dispõe que o Poder Executivo encaminhará ao Poder Legislativo as alterações orçamentárias necessárias para a implantação da nova estrutura, embora isso não represente óbice para a apreciação do Projeto de Lei, é preciso pontuar que, ao menos sob o aspecto da execução orçamentária, a norma ficará com eficácia contida, pois enquanto o Poder Executivo não adequar o PPA e a LDO, na prática essa reforma administrativa não poderá ser implementada.

5. Diante do exposto, respondendo objetivamente:

5.1. O Projeto de Lei é viável do ponto de vista formal, não havendo incongruências nos dispositivos encaminhados para a análise, cabendo ao Poder Legislativo Consulente avaliar a sua pertinência frente aos elementos da realidade local.

5.2. Quanto ao aspecto legal, do ponto de vista da LC nº 173/2020, se demonstrado orçamentariamente que as medidas não resultarão em aumento de despesa (porque ocorrerá a compensação financeira respectiva) e desde que não haja incidência nas vedações específicas do art. 8º desta Norma, como a proibição de aumento ou readequação remuneratória (art. 8º, I), não há vedação para sua edição.

5.3. Por outro lado, uma vez vigente a lei resultante do Projeto, é preciso avaliar detidamente as medidas que serão tomadas, porque **a nomeação de servidores para os cargos novos criados**, se adotada nossa linha de entendimento, **não poderá ocorrer até 31/12/2021**, já que o elemento reposição não estará caracterizado. Esta avaliação, porém, essencialmente não diz com a legalidade do Projeto, mas dos eventuais atos que virão a ser praticados na sequência da sua eventual transformação em lei, e o que anotamos apenas a título de alerta.

São as informações.

Documento assinado eletronicamente  
**Débora Guimarães Togni Stapenhorst**  
**OAB/RS nº 76.917**

Documento assinado eletronicamente  
**Júlio César Fucilini Pause**  
**OAB/RS nº 47.013**

	<p>Este é um documento eletrônico assinado digitalmente conforme o art. 1º, § 2º, inciso II, da Lei Federal nº 11.419/2006, de 19/12/2006. Para conferência do conteúdo, acesse, o endereço <a href="http://www.borbapauseperin.adv.br/verificador.php">www.borbapauseperin.adv.br/verificador.php</a> ou via QR Code e digite o número verificador: 712369613827468867</p>	
---	---	---