

SERVIDORES PÚBLICOS

PROPORCIONALIDADE – CÔMPUTO – SERVIDORES CEDIDOS

MANDATO CLASSISTA

PROCESSO Nº : 18252/18
 ASSUNTO : CONSULTA
 ENTIDADE : CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPO MOURÃO
 INTERESSADO: EDSON BATTILANI
 RELATOR : CONSELHEIRO IVAN LELIS BONILHA

ACÓRDÃO Nº 2896/19 - TRIBUNAL PLENO

EMENTA: Consulta. Indagação acerca da proporcionalidade entre servidores públicos efetivos e comissionados. Manifestações uniformes. Situação envolvendo servidores cedidos e em exercício de mandato classista, os quais não devem ser computados para a estrutura administrativa da entidade cedente.

1 DO RELATÓRIO

Trata-se de Consulta formulada pela Câmara Municipal de Campo Mourão, através de seu então Presidente, Sr. Edson Battilani, por meio da qual apresentou o seguinte questionamento (peça 3):

Em obediência ao princípio da proporcionalidade no âmbito da administração pública, é necessária equivalência entre quantitativo de servidores efetivos e de comissionados. Nesse viés, poderão ser computados no percentual correspondente à paridade entre eles os servidores efetivos que se encontram cedidos (com ônus ao cedente) para outros Entes, bem como aqueles em exercício de mandato classista?

A Procuradoria Jurídica do Órgão emitiu parecer (peça 4), com conclusão nos seguintes termos:

- a) A decisão de cessão de funcionário desta Casa de Leis de Campo Mourão/PR, se mostra discricionária, competindo à Presidência desta Casa de Leis, mediante apoio da Mesa, decidir, mediante os critérios de conveniência e oportunidade se deferirá ou não a concessão em tese.
- b) Caso opte positivamente, o servidor cedido terá de ser efetivo e estável, nos conformes da legislação retro apontada.
- c) Na hipótese do servidor vir a ocupar funções “exclusivamente administrativas” deverá ser firmado junto ao órgão/entidade cessionária um convênio de cooperação técnica, nos ditames do inciso II do artigo 1º do Decreto Municipal nº 6009/2013, oportunidade esta que poderá ser cedido sem ônus ao cessionário, cabendo ao cedente manter o recolhimento dos encargos previdenciários à PREVICAM.

d) A eventual criação de cargos de provimento em comissão e funções de confiança importa na edição de lei em sentido formal que deverá, necessariamente, observar os incitativos da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência (Prejulgado nº 25 - TCE/PR).

e) Deve-se respeitar o percentual de 50% entre servidores efetivos nomeados por meio de concurso público e 50% entre servidores a título de comissão demissíveis *ad nutum* (direção, chefia e assessoramento).

f) A quantidade de vagas destinada aos cargos de provimento em comissão deverá guardar correlação com a estrutura administrativa do órgão/entidade, vedado, em qualquer caso, exceder o número de servidores efetivos em atividade. (Prejulgado nº 25 - TCE/PR).

g) Questão obscura reveste-se ainda se devem ou não ser contados, a título de paridade, os servidores efetivos cedidos a outros entes, bem como os que exercem mandato classista, razão esta que sugere esta Diretoria Jurídica consulta formal “em tese” ao Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR).

Por intermédio do Despacho nº 39/18 (peça 6), foi admitido o processamento do feito.

A Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca, mediante a Informação nº 6/18 (peça 8), informou ter encontrado em sua base de dados o Prejulgado nº 25 desta Corte de Contas, que tangencia o tema.

A Coordenadoria de Gestão Municipal assim concluiu (Parecer nº 399/18, peça 11):

1. Nas raras hipóteses da existência de cargos em comissão, estes devem ser criados por lei, ser destinados exclusivamente ao preenchimento de funções de direção, chefia e assessoramento, e preenchidos prioritariamente por servidores efetivos.

A ocupação destes cargos por pessoas alheias à Administração Pública é permitida, desde que os vínculos de confiança não tenham podido se estabelecer com servidores efetivos.

2. A regra de investidura em cargos e empregos públicos é o concurso público, podendo a Administração Pública não se valer de cargos em comissão.

3. Na hipótese de existência de cargos em comissão preenchidos por pessoas não pertencentes ao quadro efetivo, não há que se falar em paridade ou proporção quantitativa entre cargos efetivos e comissionados, posto que estes últimos não podem corresponder a funções técnico-operacionais ou burocráticas.

Uma vez que os cargos em comissão devem, obrigatoriamente, destinar-se apenas às funções de direção, chefia e assessoramento, não há possibilidade de comparação numérica entre estes e os servidores efetivos, cujas funções são muito mais amplas e de características bastante distintas.

Não havendo equivalência de funções, não há que se falar em equivalência numérica.

4. A comparação numérica entre servidores comissionados e efetivos, por ocasião da atividade fiscalizatória, se dá apenas para se constatar indícios de descumprimento dos ditames constitucionais, diante da violação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, quando o órgão sob fiscalização apresente mais servidores comissionados do que efetivos; ou quando os servidores comissionados não possuem subordinados o suficiente para justificar seu posto na estrutura organizacional do órgão

como diretores ou chefes; ou quando os assessores são em tal número, cuja relação de confiança se evidencia desnecessária e inexistente.

A comparação numérica não é determinante para se estabelecer a regularidade ou irregularidade do órgão na matéria, sendo o único norte de tal atividade, os respectivos limites constitucionais.

5. Servidores efetivos cedidos a outro órgão ou afastados para exercício de mandato classista, materialmente não fazem parte – ainda que temporariamente – da Administração Pública cuja estrutura organizacional se avalia, não sendo, concretamente, funcionalmente subordinados a ninguém no âmbito de tal estrutura, razão pela qual não podem ser considerados como servidores efetivos subordinados a chefe ou diretor, para fins de constatação dos indícios de irregularidade na criação e nomeação de cargos em comissão.

O Ministério Público de Contas, através do Parecer nº 697/18 (peça 12), acompanhou o opinativo técnico, concluindo nesse sentido:

(...) estando os servidores cedidos funcionalmente ou no exercício de mandato classista afastados de suas atribuições na estrutura administrativa do órgão de origem, não poderão servir de parâmetro no exame de razoabilidade e proporcionalidade do provimento dos servidores comissionados do órgão.

É o relatório.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

O parecer jurídico local não apresentou opinião conclusiva quanto à questão essencial objeto dos autos, relativa à possibilidade de se computar no cálculo do número de servidores efetivos aqueles cedidos a outro Órgão ou em exercício de mandato classista, limitando-se a afirmar:

Questão obscura reveste-se ainda se devem ou não ser contados, a título de paridade, os servidores efetivos cedidos a outros entes, bem como os que exercem mandato classista, razão esta que sugere esta Diretoria Jurídica consulta formal “em tese” ao Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR).

O Regimento Interno deste Tribunal, em seu artigo 311, inciso IV¹, dispõe que os processos de Consulta devem ser instruídos por parecer jurídico, em que se opine acerca da matéria objeto de questionamento.

Assim, pela literalidade desse dispositivo, o presente feito poderia não ser recebido, ante a falta de preenchimento de todos os requisitos exigidos.

No entanto, considerando a relevância pública do tema e estando presentes os demais pressupostos regimentais, acompanho as manifestações uniformes

1 Art. 311. A consulta formulada ao Tribunal de Contas, conforme o disposto no Título II, Capítulo II, Seção VII, da Lei Complementar nº 113/2005, deverá atender aos seguintes requisitos: IV - ser instruída por parecer jurídico ou técnico emitido pela assessoria técnica ou jurídica do órgão ou entidade consulente, opinando acerca da matéria objeto da consulta;

pela aplicação analógica do §1^o do artigo 311 do Regimento Interno, ratificando o recebimento desta Consulta, para respondê-la em tese.

Passo ao exame do mérito.

A dúvida apresentada relaciona-se com a correta interpretação dos incisos II e V do artigo 37³ da Constituição Federal.

De início, cumpre ressaltar que o questionamento partiu de uma premissa equivocada, pois há a afirmação inicial de que “em obediência ao princípio da proporcionalidade no âmbito da Administração Pública, é necessária equivalência entre quantitativo de servidores efetivos e de comissionados”.

Entretanto, o texto constitucional não prevê tal equivalência. Ao contrário, restringe o acesso a cargos na esfera pública a quem não se submete a concurso, promovendo uma limitação na ocupação de cargos comissionados, destinando-os apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Assim, o ingresso em cargos pertencentes à estrutura da Administração Pública é, via de regra, efetivado através de concurso público de provas ou de provas e títulos, sendo admitida, excepcionalmente, a livre nomeação de servidores, como se depreende da própria lógica do dispositivo constitucional (artigo 37, inciso II, da CF/88).

Afigura-se inviável, portanto, a defesa de uma eventual tese no sentido de que poderia existir uma estrutura administrativa composta, majoritariamente, por servidores nomeados sem passar pela via concursal, pois estar-se-ia diante de uma notória burla ao mandamento da Carta Magna que dispõe acerca do acesso a cargos públicos através de concurso, o qual representa a efetivação de princípios balizadores, como os da isonomia, impessoalidade e moralidade.

Nesse sentido já se pronunciou o Pretório Excelso, conforme se depreende do Informativo STF nº 468:

Princípio da Proporcionalidade e Mérito Administrativo
A Turma manteve decisão monocrática do Min. Carlos Velloso que nega-

2 Art. 311, § 1^o. Havendo relevante interesse público, devidamente motivado, a consulta que versar sobre dúvida quanto à interpretação e aplicação da legislação, em caso concreto, poderá ser conhecida, mas a resposta oferecida pelo Tribunal será sempre em tese.

3 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;

ra provimento a recurso extraordinário, do qual relator, por vislumbrar ofensa aos princípios da moralidade administrativa e da necessidade de concurso público (CF, art. 37, II). Tratava-se, na espécie, de recurso em que o Município de Blumenau e sua Câmara Municipal alegavam a inexistência de violação aos princípios da proporcionalidade e da moralidade no ato administrativo que instituía cargos de assessoramento parlamentar. Ademais, sustentavam que o Poder Judiciário não poderia examinar o mérito desse ato que criara cargos em comissão, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes. Entendeu-se que a decisão agravada não merecia reforma. Asseverou-se que, embora não caiba ao Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos, a análise de sua discricionariedade seria possível para a verificação de sua regularidade em relação às causas, aos motivos e à finalidade que ensejam. Salientando a jurisprudência da Corte no sentido da exigibilidade de realização de concurso público, constituindo-se exceção a criação de cargos em comissão e confiança, reputou-se desatendido o princípio da proporcionalidade, haja vista que, dos 67 funcionários da Câmara dos Vereadores, 42 exerceriam cargos de livre nomeação e apenas 25, cargos de provimento efetivo. Ressaltou-se, ainda, que a proporcionalidade e a razoabilidade podem ser identificadas como critérios que, essencialmente, devem ser considerados pela Administração Pública no exercício de suas funções típicas. Por fim, aduziu-se que, concebida a proporcionalidade como correlação entre meios e fins, dever-se-ia observar relação de compatibilidade entre os cargos criados para atender às demandas do citado Município e os cargos efetivos já existentes, o que não ocorreria no caso.

(RE 365368 AgR/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 22.5.2007. Primeira Turma). (grifo nosso)

O Prejulgado nº 25 desta Corte de Contas assim dispôs, pertinente ao tema:

- V. É vedada a criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas-operacionais ou burocráticas, exceto quando o exercício dessa atividade exigir vínculo de confiança pessoal com o servidor nomeado;
- VII. O quantitativo de vagas para cargos de provimento em comissão deverá guardar correlação com a estrutura administrativa do órgão/entidade, com critérios de razoabilidade sobre a proporcionalidade, incluindo as funções e características do órgão e suas atividades-fim e atividades-meio;

Nesse contexto, na medida em que inexistente equivalência de funções entre servidores efetivos e comissionados, não há respaldo jurídico na afirmação de que a quantidade numérica deve ser equivalente.

O consulente questionou se, para efeito da verificação da proporcionalidade entre servidores efetivos e comissionados, pode-se computar os efetivos que se encontram cedidos a outros entes (com ônus ao cedente) ou os que estejam no exercício de mandato classista.

Há necessidade da permissão de adaptação das estruturas administrativas, sendo que a livre nomeação de servidores está limitada por princípios regentes da Administração Pública e pela correta interpretação das normas legais.

A cessão de servidores deve ser feita por prazo determinado, por caracterizar-se como medida excepcional, e não ser utilizada como forma de preenchimento definitivo dos quadros de pessoal dos Órgãos cessionários, pois, conforme dispõe a Súmula Vinculante nº 43 do Supremo Tribunal Federal, “é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

Portanto, a cessão não pode implicar em burla ao princípio constitucional de acesso aos cargos públicos por meio de concurso.

Supõe-se que, ao decidir motivadamente por autorizar a cessão temporária de um servidor (atendendo à supremacia do interesse público e aos princípios da eficiência e economicidade), os gestores do Órgão cedente concluíram pela prescindibilidade da sua permanência junto àquela entidade e ausência de prejuízo ao seu regular funcionamento; já com relação ao exercente de mandato classista, presume-se também que pode ser eventualmente substituído no exercício da sua função originária, caso haja necessidade.

Assim, na medida em que os servidores públicos cedidos deixam, efetivamente, de exercer atribuições - mesmo que por prazo fixo e pré-definido - junto à estrutura administrativa da entidade cedente, entendo, lançando mão do princípio da razoabilidade, que não servem de parâmetro nem se deve computá-los quando da averiguação, naquele ente, do atendimento aos ditames constitucionais relacionados à proporcionalidade entre efetivos e comissionados; o mesmo raciocínio se aplica aos agentes afastados para o desempenho de mandato classista.

Isso, mesmo levando em consideração que o vínculo jurídico do servidor cedido com o Órgão cedente permanece inalterado. Tal raciocínio também independe de qual entidade (cedente ou cessionária) arcará com o ônus decorrente da sua remuneração.

Ante o exposto, com base na fundamentação supra e acompanhando as manifestações uniformes, VOTO pelo conhecimento da presente Consulta para, no mérito, respondê-la nos seguintes termos:

Na averiguação do cumprimento dos ditames constitucionais relacionados à proporcionalidade entre servidores efetivos e comissionados, num critério de razoabilidade, não se deve computar para a estrutura administrativa da entidade cedente, os servidores que se encontram cedidos para outros entes, tampouco aqueles afastados para o exercício de mandato classista.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos à Escola de Gestão Pública para as devidas anotações, ficando, na sequência, autorizado o encerramento do feito e seu arquivamento junto à Diretoria de Protocolo.

3 DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro IVAN LELIS BONILHA, por unanimidade, em conhecer a presente Consulta, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade, para, no mérito, respondê-la nos seguintes termos:

I – Na averiguação do cumprimento dos ditames constitucionais relacionados à proporcionalidade entre servidores efetivos e comissionados, num critério de razoabilidade, não se deve computar para a estrutura administrativa da entidade cedente, os servidores que se encontram cedidos para outros entes, tampouco aqueles afastados para o exercício de mandato classista.

II – determinar, após o trânsito em julgado, a remessa dos autos à Escola de Gestão Pública para as devidas anotações, ficando, na sequência, autorizado o encerramento do feito e seu arquivamento junto à Diretoria de Protocolo.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e FABIO DE SOUZA CAMARGO e o Auditor CLÁUDIO AUGUSTO KANIA.

Presente a Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas ELIZA ANA ZENEDIN KONDO LANGNER.

Sala das Sessões, 18 de setembro de 2019 – Sessão nº 33.

IVAN LELIS BONILHA
Conselheiro Relator

NESTOR BAPTISTA
Presidente