

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

FERNANDO DE BRITO ALVES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Fernando De Brito Alves – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-830-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

É uma grande responsabilidade apresentar os anais do Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II” do XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO que ocorreu em BELÉM-PA, entre os dias 13 e 15 de novembro de 2019, que tentarei desincumbir com o maior esmero possível.

Existem muitas intersecções entre o Direito Administrativo e a Gestão Pública, mas gostaria para os fins a que se propõem uma apresentação resgatar uma qualquer reflexão crítica sobre o tema deve partir da compreensão de que o direito administrativo não é o direito que regula a burocracia, nem, tampouco que as relações entre o direito administrativo e a gestão pública se esgotam na implementação das metodologias do new public management.

Quanto ao primeiro aspecto, diversos autores, como Hannah Arendt (no texto ‘Da violência’), por exemplo, consideram que as burocracias plenamente desenvolvidas se constituem verdadeiras zonas de indistinção, a burocracia é a forma de poder onde todos são privados de liberdade política, do poder de agir, já que o governo de ninguém não é a ausência de governo, onde todos são igualmente destituídos de poder temos uma tirania sem tirano.

Ao contrário, o direito administrativo que emerge dos colapsos das ditaduras da segunda metade do século passado na América Latina, surge comprometido com novas concepções de gestão pública, preocupada com a promoção de uma cultura republicana e a consolidação da democracia, além da modernização do Estado, promovendo transformações verticais (nas estruturas administrativas estatais), mas também horizontais (possibilitando um melhor acesso às instituições públicas e a participação popular).

Quanto ao segundo, embora em moda na década de 1990, o new public management reduzia as relações entre o direito administrativo e a gestão pública à adoção de um modelo gerencial de estado, como se as ações do Estado pudessem ser medidas por razões privadas, e por seu potencial resultado financeiro superavitário, independentemente da implementação de políticas públicas, da promoção da igualdade, da redução da pobreza e consequentemente da consolidação da democracia.

Foi muito gratificante coordenar o Grupo de Trabalho, tendo em vista que todos os autores assumiram essa perspectiva crítica e propuseram uma reflexão sofisticada sobre os temas que abordaram.

Uma questão interessante foi a presença de estudos de caso, como foram os artigos: i) “Da revolta da vacina ao século XXI – políticas públicas para a saúde e seus enfrentamentos em relação ao combate ao *aedes aegypti*”, que faz um estudo de caso sobre as políticas de controle da dengue no município de Iporá-GO desde o ano de 2016; ii) “A nova metodologia da média regional de cargos comissionados implantada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo: um reflexo da teoria da complexidade?”, que faz uma análise crítica da metodologia utilizada pelo TCE/SP a partir de um caso de Jaú-SP; iii) “Bloqueio em conta pessoal de gestor público: um estudo das possibilidades de responsabilização em tutela antecipada”, que faz a análise de decisão judicial que bloqueou conta pessoal de gestor da Secretaria de Saúde do Estado do Ceará; iv) “Esvaziamento da atividade típica estatal das agências reguladoras pela delegação do núcleo intangível do poder de polícia e corresponsabilidade estatal no dano superveniente: estudo de caso da barragem de Brumadinho”, que aborda a corresponsabilidade estatal nos casos em que as agências reguladoras transferem aos fiscalizados – jurisdicionados – parcelas intangíveis de seu ciclo de polícia. É de se destacar que mesmo nas abordagens mais teóricas, foi possível perceber uma preocupação com a aplicabilidade dos institutos e a efetividade do direito.

Ademais, foram apresentadas revisões bibliográficas interessantes como: i) “Contratação irregular de servidores temporários como ato de improbidade administrativa”, que ocorre com alguma frequência em todos os rincões do país; ii) “Confidencialidade na autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”, que aborda questões relacionadas às obrigações de transparência da administração pública; iii) “A importância da participação e do controle social para a republição da administração pública brasileira” sobre accountability e participação popular; iv) “Controle judicial dos atos administrativos discricionários e a separação dos poderes” e v) “A constitucionalização do direito administrativo e seus reflexos sobre a discricionariedade administrativa”, ambos sobre discricionariedade administrativa; vi) “A inovação do § 3, do art. 27 da Lei 13.303/2016: como interpretar e aplicar?” sobre a Lei das Estatais e contratos de patrocínio, e por fim, vii) “O atual desequilíbrio do pacto federativo brasileiro, os reflexos econômicos e os obstáculos para a efetividade dos direitos fundamentais sociais” sobre a evidente necessidade de se repensar o pacto federativo já que os municípios possuem inúmeros encargos além de suas capacidades financeiras de fazer frente às suas obrigações.

Os autores demonstraram uma sensibilidade singular com uma reflexão crítica e a apresentação de proposições para a melhoria técnica do direito administrativo com vistas a possibilidade de no futuro termos um Estado mais eficiente, mas não menos sensível com as demandas concretas dos mais pobres.

Boa leitura!

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A NOVA METODOLOGIA DA MÉDIA REGIONAL DE CARGOS
COMISSIONADOS IMPLANTADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
DE SÃO PAULO: UM REFLEXO DA TEORIA DA COMPLEXIDADE?**

**THE NEW REGIONAL MEDIUM METHODOLOGY OF COMMISSIONED
POSITIONS IMPLEMENTED BY THE SÃO PAULO STATE COURT OF
ACCOUNTS: A REFLECTION OF COMPLEXITY THEORY?**

**José Eduardo Costa Devides
Guilherme Aparecido da Rocha**

Resumo

O tema da presente pesquisa analisa a nova metodologia implantada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo para atestar a proporcionalidade entre cargos de provimento efetivo e em comissão na Administração Pública: a média regional. O problema do presente artigo apoia-se no emprego de um método que considera apenas operações matemáticas para verificação. O objetivo é desestimular a Corte de Contas a utilizá-lo, com fundamento na teoria da complexidade. Assim, este artigo será desenvolvido à luz do estudo de caso da Câmara Municipal de Jahu/SP, com base no método dialético, e a partir de investigações de cunho qualitativo.

Palavras-chave: Cargos em comissão, Proporcionalidade, Média regional, Complexidade

Abstract/Resumen/Résumé

The theme of this research analyzes the new methodology implemented by the Court of Auditors of the State of São Paulo to attest the proportionality between positions of effective and commissioned in Public Administration: the regional average. The problem of this article is based on the use of a method that considers only mathematical operations for verification. The goal is to discourage the Court of Auditors from using it, based on complexity theory. Thus, this article will be developed in the light of the case study of the Jahu/SP City Council, based on the dialectical method, and from qualitative investigations.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Commission positions, Proportionality, Regional average, Complexity

INTRODUÇÃO

As questões relacionadas ao interesse público cada vez mais vem ganhando interesse por parte da sociedade, especialmente após as manifestações de junho de 2013, oportunidade em que a população saiu às ruas para reivindicar o fim das injustiças relacionadas à Administração Pública e à política.

À época, o coro que ecoava pela voz dos indivíduos clamava, dentre outros objetivos, pelo fim da corrupção, pelo incentivo à transparência pública, pelo melhor aproveitamento do dinheiro público e pela cessação de conchavos políticos relacionados a cargos de comissão. A partir disso, os órgãos de fiscalização passaram a direcionar os seus trabalhos sobre a razoabilidade e a proporcionalidade dos cargos em comissão dos entes que iriam ser fiscalizados.

O problema do presente trabalho pauta-se na aplicação, pela equipe de fiscalização do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (quando da realização da fiscalização *in loco*), da média regional para aferimento da proporcionalidade dos cargos comissionados da Câmara Municipal de Jahu. Saliente-se que tal metodologia leva em consideração, tão somente, a realização de operações matemáticas para determinar o quantitativo dos cargos de comissão.

A justificativa da pesquisa baseia-se na importância do estudo da proporcionalidade dos cargos comissionados ser realizado à luz da teoria da complexidade, conjugando a temática a princípios constitucionais (como o da razoabilidade), à jurisprudência e às questões históricas e de necessidade de cada edilidade.

Ademais, o objetivo deste trabalho é desestimular a Corte de Contas a utilizar a aludida metodologia, com fundamento na teoria da complexidade.

Salienta-se que esta pesquisa foi elaborada em três capítulos. O primeiro discorre sobre os cargos comissionados perante a jurisprudência. O segundo refere-se à regra da proporcionalidade entre cargos comissionados e efetivos: a média regional implantada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Por derradeiro, o último capítulo aborda o assunto atinente à inaplicabilidade de regras ininteligíveis ao direito e à gestão pública.

Assim, a presente pesquisa será desenvolvida à luz do método dialético, pois apresenta os ideais da criação dos cargos em comissão segundo entendimento jurisprudencial (tese), esclarece o método da média regional, recentemente utilizado pelo TCE/SP (antítese), e sugere a complexidade como forma de remediar o problema apresentado (síntese). Ademais, o trabalho foi elaborado a partir de investigações de cunho qualitativo, com ampla pesquisa bibliográfica e com estudo de caso da Câmara Municipal de Jahu.

1. CARGOS COMISSIONADOS PERANTE A JURISPRUDÊNCIA

O assunto atinente à forma de contratação de servidores públicos com frequência é colocado em pauta, seja pela população, pela mídia ou pelos Poderes da República, principalmente quando é relacionado à modalidade que excetua a exigência da realização de concurso público. Trata-se da nomeação para cargo em comissão, tema que será abordado neste capítulo à luz da jurisprudência pátria.

Compulsando o estudo a nível constitucional, verifica-se a disposição do tema no art. 37, II e V:

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; (BRASIL, 1988)

Pelos ditames constitucionais, o concurso público de provas ou de provas e títulos é a regra para a contratação de pessoal. De acordo com José Afonso da Silva, a acessibilidade aos cargos e empregos públicos visa dar efetividade ao princípio do mérito que se verifica por intermédio da realização de concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, de acordo com o que a lei estabelece, excetuadas as nomeações em cargo de comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (SILVA, p. 679, 2008). Destarte, excepcionalmente, admite-se a nomeação em cargos de comissão, ou seja, de confiança, em que deve haver a “necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado” (BRASIL, 2018), desde que em condições e em percentuais mínimos previstos em lei, e destinados tão somente às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Aliás, segundo entendimento do Supremo Tribunal

Federal, tais atribuições não podem se relacionar a atribuições técnicas, pois são desempenhadas pelos servidores efetivos:

Violação ao art. 37, II e V, da Constituição. Os cargos em comissão criados pela Lei 1.939/1998 do Estado de Mato Grosso do Sul possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da CF. Ação julgada procedente (BRASIL, 2007).

Uma característica marcante dos cargos comissionados relaciona-se a sua forma de exoneração. Isso porque a autoridade competente pode exonerar o servidor a qualquer tempo e sem a necessidade de motivar tal ato (aliás, um dos poucos atos administrativos que não demandam da motivação do administrador para a sua efetivação). E é por isso que se diz que os cargos de confiança são exoneráveis *ad nutum*¹.

Além da contratação de pessoal por intermédio da nomeação de cargo de confiança e da realização de concurso público, ambos também denominados servidores públicos em sentido estrito ou estatutários (MEIRELES, p. 620, 2017), a CF/88 ainda faz menção às funções de confiança, que se destinam a servidores que ocupam cargos efetivos. Sobre o assunto, discorre José Afonso da Silva:

Independem de concurso as nomeações para *cargo em comissão* declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II). Justifica-se a exceção, porquanto tais cargos devem ser providos por pessoas de confiança da autoridade a que são imediatamente subordinadas. Prevê-se, agora, por força da EC-19/98, que as *funções de confiança* serão exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os *cargos em comissão* serão preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei (art. 37, V) (SILVA, p. 681, 2008).

Uma questão muito recorrente sobre o tema refere-se à quantidade de cargos comissionados por órgão/entidade. Isso porque, “admissões a funções autônomas sempre foram fonte de apadrinhamentos, de abusos e de injustiças aos concursados” (SILVA, p. 679, 2008). À luz do disposto na CF/88, os cargos de confiança devem existir apenas de forma excepcional. Ou seja, percebe-se que a ideia contida na Carta Magna é a de que não devem

¹ Sobre o assunto, já decidiu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, certa vez: MANDADO DE SEGURANÇA. CARGO EM COMISSÃO. DIRETOR DE SECRETARIA. EXONERAÇÃO AD NUTUM. Cargo em comissão é de livre nomeação e exoneração, de desempenho sempre precário, sem direito à continuidade. Exoneração sumária, bastando a vontade do superior hierárquico. Obediência à forma legal e competência da autoridade. Desnecessidade de motivação que, se houve, não confere ao ocupante do cargo garantia alguma, não impede sua imediata exoneração. Direito a processo administrativo que não existe, sobrando a contraposição de provas e alegações para a ação de conhecimento. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Segurança denegada (BRASIL, 2006).

existir muitos cargos comissionados dentro de determinado órgão/entidade, haja vista que eles objetivam apenas o preenchimento de atividades relacionadas à assessoria, chefia e ou direção. Para o STF

Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do poder público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. **Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local** (BRASIL, 2007). (grifo nosso)

Para o STF, portanto, deve existir proporcionalidade entre o número de servidores comissionados e efetivos. Todavia, o que se entende por proporcionalidade? O ideal é que o número de servidores efetivos seja bem maior que o de comissionados. No entanto, a razoabilidade irá ajudar a entender se há, ou não, a proporcionalidade. Isto porque, a título de exemplo, se existir em uma Câmara Municipal dezesseis servidores comissionados e vinte efetivos, e a produção legislativa for considerada alta (sendo facilmente comprovado que os assessores parlamentares produzem), e que os serviços prestados pelos departamentos do setor administrativo são eficientes (pois, por exemplo, realizam contratações vantajosas e respeitam os quesitos da Lei de acesso à Informação), o número de comissionados é razoável (ainda que elevado), logo, existe a proporcionalidade. De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, **terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida**. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada (MELLO, 2009, p. 108). (grifo nosso)

Noutras palavras, pelo exemplo acima citado, se o número de comissionados for capaz de justificar a eficiência que eles proporcionam à Administração Pública, então será razoável a sua manutenção e, conseqüentemente, o princípio da proporcionalidade restará preenchido.

Ademais, não raras vezes o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se depara o com o tema relativo aos cargos comissionados e utiliza como fundamento os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, colocando-os lado a lado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Criação dos cargos de Assessor de Gabinete Governamental, Assessor Executivo de Secretário Municipal, Assessor de Gabinete de Secretário Municipal, Assessor de Gabinete de Coordenador Municipal e Assessor de Implementação de Políticas Públicas, previstos no artigo 5º e Anexos I e II da Lei n. 7.430, de 17 de dezembro de 2015, do Município de Guarulhos Funções a eles destinadas que não dizem respeito a chefia, assessoramento e direção Caráter eminentemente técnico e burocrático, a exigir o provimento mediante a adoção de concurso público Violação aos artigos 98, 111, 115, incisos II e V e 144, todos da Constituição Estadual Flagrante excesso na criação de tais cargos (totalizando 1.941). **Afronta aos princípios da razoabilidade e a da proporcionalidade, previstos no já citado art. 111.** Abusividade, ainda, na criação reiterada de cargos em comissão da mesma natureza por leis anteriores (com denominação diversa, mas idêntica finalidade e afastados por este Órgão Especial, em diversas outras ações declaratórias de inconstitucionalidade). Decreto de procedência, com modulação (SÃO PAULO, 2016).

Saliente-se que, no mês de outubro de 2018, o STF fixou o seguinte entendimento ao julgar recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida:

a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir (BRASIL, 2018).

Com efeito, o julgado do STF corrobora tudo aquilo se discursou até este ponto do capítulo: a) a nomenclatura dos cargos aos moldes do previsto na Constituição Federal; b) o quesito da confiança que deve permear o relacionamento entre nomeante e nomeado; c) a proporcionalidade da criação dos cargos em comissão, em relação aos cargos de provimento efetivo, jungida da necessidade para a criação daqueles.

Dessa forma, viu-se nesse capítulo que a regra para a contratação de pessoal na Administração Pública deve ser operar por concurso público, devendo ocorrer de forma excepcional a nomeação de comissionados. Aliás, a nomeação dos cargos comissionados deve

ser da confiança da autoridade que os nomeia, os cargos devem apenas ser de direção, chefia ou assessoramento, e a quantidade de cargos existente em cada órgão/entidade devem obedecer aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

2. A REGRA DA PROPORCIONALIDADE ENTRE CARGOS COMISSIONADOS E EFETIVOS: A MÉDIA REGIONAL IMPLANTADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Inicialmente, é preciso que se apresente um breve histórico do quantitativo de cargos comissionados na Câmara Municipal de Jahu, haja vista que a partir de 2013 o órgão passou por uma profunda reestruturação em seu quadro de servidores.

Em 1º de janeiro de 2013 foi constatado, pela própria CMJ, a presença de cargos comissionados que não cumpriam sua missão constitucional. Com efeito, por meio da Resolução n.º 335/2013 foram extintos os cargos comissionados de: Assessor Jurídico; Chefe de Gabinete; Diretor Assistente; Diretor de TV; Chefe de Produção; Chefe de Edição e Imagem; Chefe de Comunicação (JAÚ, 2013).

Naquela oportunidade, foi mantida a proporção de 2 (dois) assessores parlamentares por Vereador, concluindo pela real necessidade desta quantidade².

No entanto, especialmente após manifestações populares, o presidente à época reviu o posicionamento alhures adotado, pois particularmente, aquele havia nomeado, para si, apenas um assessor parlamentar e assim trabalhou desde o início da gestão. Aliado a isto, o relatório da fiscalização *in loco*, do ano de 2013, havia apontado a desnecessidade da existência de dois assessores parlamentares por vereador: “a existência de 02 Assessores Parlamentares para cada Vereador não está de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, haja vista o número de habitantes do município de Jaú (131.068)” (SÃO PAULO, 2013). Assim sendo, a Corte de Contas recomendou que a equipe de fiscalização, do ano vindouro, verificasse, “em ocasião oportuna, as medidas corretivas anunciadas em relação à reorganização do Quadro de Pessoal (cargos em comissão)” (SÃO PAULO, 2013).

Com efeito, desde o início da sessão legislativa de 2014 o presidente não mediu esforços para promover à necessária redução do número de assessores parlamentares, para apenas 1 (um) por vereador (por intermédio do Projeto de Resolução n.º 01/2014). Assim, o que se vislumbrava era uma atitude que não objetivasse aniquilar, por completo, o cargo de

² Saliente-se que, na ocasião, o número de Vereador do Município de Jahu passou de 13 para 17.

assessor parlamentar, tendo em vista que o presidente entendia que a assessoria era imprescindível ao interesse público, pois viabilizava a atividade do legislador municipal.

Ademais, trata-se de função pautada na confiança entre o parlamentar e quem o auxilia, de modo que, caso assim não fosse, ficaria o primeiro à mercê da predileção partidária do seu assessor, o qual poderia dificultar seus trabalhos ou, ainda, politicamente traí-lo (vazando o teor de projetos em fase de elaboração, divulgando conversas partidárias ocorridas no interior do gabinete, etc.).

Saliente-se que o Projeto de Resolução n.º 01/2014 foi apresentado com essa intenção, todavia ele foi rejeitado em Plenário por 12 votos a 4.

Naquela ocasião, havia o entendimento de que existia a necessidade de redução para compatibilizar a proporção entre efetivos e comissionados (e para atendimento dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade), o que se buscou promover com o Projeto em comento, mas não foi logrado êxito. Destarte, reunido com a Procuradoria Jurídica da Câmara Municipal, a partir do contato com o Relatório do TCE/SP, foram adotadas as seguintes medidas: a) exoneração, de ofício, de um assessor parlamentar de cada um dos vereadores que mantinham dois; edição do Ato da Presidência n.º 15/2014, extinguindo 17 cargos vagos de assessor parlamentar (JAÚ, 2014), para impedir que os mesmos voltassem a ser preenchidos em janeiro de 2015.

Ou seja, após a exoneração dos cargos em apreço, buscou-se uma alternativa para extinguir definitivamente os 17 (dezessete) cargos, esbarrando no fato de que Projeto com este objetivo já havia sido rejeitado no ano em curso e não poderia ser reapresentado.

Consabido, a Constituição da República concede ao Chefe do Executivo o poder de, por decreto, extinguir cargos pertencentes à sua estrutura administrativa, quando vagos, o que, por simetria, se aplica também ao Chefe do Executivo das esferas estaduais e municipais.

Valendo-se de analogia em prol da independência e autonomia dos Poderes, o presidente da CMJ lançou mão de ato administrativo normativo compatível ao Decreto (disponível somente ao Chefe do Executivo) – qual seja, o Ato da Presidência do Legislativo – e extinguiu-se os 17 (dezessete) cargos vagos de assessor parlamentar.

Com isso, foram promovidas todas as medidas possíveis à redução do número de comissionados da Câmara Municipal de Jahu, de modo que, pela primeira vez na história deste órgão, o número de servidores efetivos superou ao de comissionados.

Após a extinção em comento, a estrutura da Câmara Municipal passou a contar com 32 cargos de provimento efetivo e 24 de provimento comissionado.

Por derradeiro, até o presente momento (2019), não foram criados outros cargos em comissão. Apenas foi realizado concurso público para provimento de um Cargo de Agente de Controle Interno e dois de Intérprete de Libras.

Todavia, recentemente, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem se utilizado de nova metodologia para verificar a proporcionalidade entre a quantidade de cargos de provimento efetivo e de livre nomeação dos órgãos e entidades municipais. Trata-se do mecanismo da média regional, que foi utilizada para aferir a quantidade de cargos existentes na Câmara Municipal de Jahu, quando da emissão do relatório de apontamentos da fiscalização *in loco*, da qual irá se discorrer a partir de agora.

Na fiscalização das contas de 2016, apontou o auditor que “ocupados, os cargos em comissão correspondem a 45,09% do total de vagas preenchidas, superior à média da Regional que é de 30%” (SÃO PAULO, 2016). O parâmetro fixado para se analisar a proporcionalidade dos cargos em comissão deveria ser a média regional, assim, a quantidade de cargos de confiança na Câmara de Jaú deveria alcançar o patamar máximo de trinta por cento. Elaborada e anexada aos autos a defesa do presidente do legislativo, à época, o processo seguiu seu trâmite normal dentro do TCE/SP, tendo emitido parecer a Assessoria Técnica Jurídica, o Ministério Público de Contas e a Secretaria – Diretoria Geral. Após esta etapa, o Conselheiro Relator do processo emitiu relatório e voto favorável à aprovação das contas do presidente do legislativo municipal (voto favorável que, inclusive, foi manifestado pelos demais conselheiros da Corte de Contas Paulista). Saliente-se que, curiosamente, tanto os departamentos pelos quais o aludido processo tramitou, quanto o relatório e os votos dos conselheiros sequer fizeram menção à média regional.

No ano seguinte (2017) a fiscalização *in loco* do TCE/SP insistiu na tese da aludida média regional, pois indicou que “ocupados, os cargos em comissão correspondem a 42,86% do total de vagas preenchidas, número superior à média da Regional que é de 30%, **em reincidência**” (SÃO PAULO, 2017) (grifo do autor). Nesta oportunidade, a Assessoria Técnica Jurídica dispensou a análise e emissão de parecer das contas. Seguindo o seu fluxo ordinário, o processo foi encaminhado ao Ministério Público de Contas, que mais uma vez silenciou sobre este ponto. Ressalte-se que, até o presente momento, não houve o julgamento das contas do exercício de 2017, que também aguarda o parecer da Secretaria – Diretoria Geral.

Posteriormente, em 2018, o TCE/SP da região reforçou novamente o posicionamento dos dois anos anteriores, tendo apontado que “ocupados, os cargos em comissão correspondem a 40% do total de vagas preenchidas, percentual superior à média da Regional,

que é de 36%, **em reincidência**” (SÃO PAULO, 2018) (grifo do autor). Por tratar-se de recente fiscalização *in loco* na CMJ, apenas foi realizada a defesa do presidente, estando as contas pendente de parecer dos departamentos do TCE/SP (ATJ, MPC e SDG).

Mesmo após todas as medidas implementadas pela Câmara Municipal de Jaú, no que tange à redução dos cargos em comissão, o TCE/SP ainda aguarda uma postura mais proativa da edilidade, que possa ir além das balizas constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade. Ainda é necessário o cumprimento da metodologia atinente ao cálculo da média regional de tais cargos.

3. A INAPLICABILIDADE DE REGRAS ININTELIGÍVEIS AO DIREITO E À GESTÃO PÚBLICA

No tocante ao apontamento relativo à metodologia da intitulada média regional de cargos em comissão, não há baliza de natureza lógico-constitucional que a ampare. Há contradição em termos, pois no mesmo tópico do Relatório da fiscalização do TCE/SP foi indicada a compatibilidade das atribuições dos cargos de assessor parlamentar com as preconizadas pela Constituição, conforme pode ser constatado pela seguinte verificação, no relatório de apontamentos do ano de 2018: “No exercício examinado foram nomeados 05 servidores para cargos em comissão (Assessor Parlamentar – arq. 12 deste evento), **cujas atribuições possuem características de direção, chefia e assessoramento** (art. 37, V, da Constituição Federal)” (SÃO PAULO, 2018) (grifo nosso).

Não obstante, fixa-se suposta irregularidade sem assento constitucional. Em verdade, vislumbrar um óbice puramente matemático, sem sustentação constitucional, é inadmissível. O que a Constituição impõe está sendo cumprido pela Câmara Municipal de Jahu – no que tange à compatibilidade das atribuições dos cargos com as atividades de direção, chefia e assessoramento.

Saliente-se que todos os cargos da Câmara Municipal de Jahu tem atribuições claras e imprescindíveis à execução das atividades legislativas locais. Qual é a medida de razoabilidade à extinção de cargos que desempenham de modo constitucional e regular suas atribuições? A imposição de aritmética simples ao Direito, com todo o respeito, é desastrosa.

A dita “média regional”, aliás, considera balizas questionáveis. Ela não pode, em hipótese alguma, deixar de ser um indicador para se sobrepor à realidade de cada localidade, de cada Câmara.

Aliás, não é possível que se cogite de uma comparação entre a Câmara de Jaú com as cidades da sua região, haja vista que resultaria no cotejo de situações totalmente distintas, seja em relação à população das cidades da região ou da própria estrutura de cada órgão. Com efeito, são cidades que compõem a região de Jaú, cada qual com a sua população: Bariri – 31.593, Barra Bonita – 35.246, Bocaina – 4.369, Boracéia – 4.268, Dois Córregos – 24.761, Igarçu do Tietê – 23.362, Itaju – 3.246, Itapuí e Mineiros do Tietê – 12.038³ (IBGE, 2010).

Com efeito, nos termos do art. 29 da Constituição Federal, a quantidade de indivíduos é o parâmetro que define o número de vereadores que irão assumir as cadeiras do Poder Legislativo Municipal. Noutras palavras, a representatividade é proporcional ao número de indivíduos. No caso em tela, a Câmara Municipal dos municípios de Bocaina, Boracéia, Itaju e Mineiros do Tietê devem ter, no máximo, nove vereadores; Dois Córregos e Igarçu do Tietê devem observar o limite de onze edis; e Bariri e Barra Bonita devem ter, no máximo, treze vereadores.

Saliente-se que a quantidade de vereadores por Câmara implicará diretamente na quantidade de servidores que a comporão. Isso porque, quanto mais vereadores, maiores serão as demandas e, conseqüentemente, a necessidade de servidores para desempenhar os serviços inerentes ao órgão será superior.

Outrossim, existe outro dado que determina a quantidade de servidores para o legislativo: o tamanho do orçamento do município. Consabido, nos termos do art. 20, inciso III, a, da Lei de Responsabilidade Fiscal, a despesa total com pessoal, nos municípios, não poderá exceder o percentual de 6% (seis por cento) para o Legislativo (BRASIL, 2000). Destarte, quanto maior o orçamento do município, maior será o orçamento da Câmara, que, evidentemente, necessitará de mais servidores para a execução das tarefas previstas na legislação.

Aliás, é importante ressaltar que o método da média regional, de cunho puramente matemático, objetiva uma solução simplista, totalmente dissociada de outros fatores que são imprescindíveis à análise da realidade estrutural e financeira da Câmara Municipal de Jaú. Isso porque, conforme já argumentado, o histórico da CMJ (que readequou a nomenclatura dos cargos de acordo com os ditames constitucionais, assim como reduziu, pela metade, o número de assessores parlamentares), o número de vereadores e o tamanho do orçamento (que refletem diretamente na quantidade de servidores de cada órgão) da mesma, tem de ser

³ Os dados levam em consideração a população do último censo, que foi realizado no ano de 2010.

examinados em conjunto com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sob a ótica da teoria da complexidade. De acordo com Ciurana, Morin, Motta,

complexidade é um tecido de elementos heterogêneos inseparavelmente associados, que apresentam a relação paradoxal entre o uno e o múltiplo. A complexidade é efetivamente a rede de eventos, ações, interações, retroações, determinações, acasos que constituem nosso mundo fenomênico. A complexidade apresenta-se, assim, sob o aspecto perturbador da perplexidade, da desordem, da ambigüidade, da incerteza, ou seja, de tudo aquilo que é se encontra do emaranhado, inextricável.

Destarte, a adoção de método simplista (cálculo da média regional) desconsidera, por completo, a complexidade que envolve quesitos mais importantes à aferição da razoabilidade e proporcionalidade dos cargos em comissão (histórico de redução/correção dos cargos, quantidade de vereadores e tamanho do orçamento).

A constatação da realidade da Câmara Municipal de Jahu rapidamente permite concluir pela compatibilidade de cargos comissionados com as necessidades do órgão e com o princípio da razoabilidade. A metodologia de fiscalização na era pós-moderna tem de levar em consideração a complexidade do meio, para que apontamentos e rejeição de contas injustas sejam evitadas.

Por derradeiro, imperioso ponderar sobre a possível divergência de entendimentos que impera na Corte de Contas paulista. Tal divergência é evidenciada pela seguinte constatação: enquanto os auditores (aqueles que realizam a fiscalização *in loco*) analisam a relação de cargos comissionados e efetivos à luz da média regional, a Assessoria Técnica Jurídica, o Ministério Público de Contas, e a Secretaria Diretoria-Geral silenciaram no tocante a este aspecto (sendo que, no processo das contas de 2017, a ATJ sequer emitiu parecer sobre as contas do presidente à época). O relatório e voto das contas do exercício de 2016 também omitiram qualquer informação sobre esse ponto.

Ora, se não há qualquer chancela por parte dos departamentos técnicos, assim como pelos Conselheiros do TCE/SP, qual a razão de ser mantido o critério da média regional? Não há que se cogitar de reincidência, se o apontamento não é reafirmado no relatório e voto das contas. Considerar que meros apontamentos possuem poder de resultar em reincidência, seria como conferir eficácia mandamental em uma mera peça inicial da fiscalização. Assim como as decisões que colocam termo a um processo, no âmbito do Poder Judiciário, como são os casos das sentenças e dos acórdãos, a mesma analogia deve ser aplicada nos julgados dos

Tribunais de Contas. Noutros termos, a eficácia mandamental apenas deve partir de decisões da Corte de Contas, e não dos agentes de fiscalização.

CONCLUSÕES

Esta pesquisa teve a finalidade de evidenciar a nova metodologia utilizada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, para aferimento da quantidade de cargos de comissão nos órgãos e entidades da Administração Pública, que leva em consideração a média regional de cargos. Saliente-se que este novo mecanismo de apuração da proporcionalidade dos cargos comissionados considera, tão somente, operações matemáticas para determinar o quantitativo dos cargos em comissão.

Inicialmente, foi constatado que a regra para a contratação de pessoal na Administração Pública deve ser operar por concurso público, devendo ocorrer de forma excepcional a nomeação de comissionados. Aliás, a nomeação dos cargos comissionados deve ser da confiança da autoridade que os nomeia, os cargos devem apenas ser de direção, chefia ou assessoramento, e a quantidade de cargos existente em cada órgão/entidade devem obedecer aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Posteriormente, realizou-se um estudo de caso da Câmara Municipal de Jahu, relativo aos processos de fiscalização da Câmara Municipal de Jahu, para esclarecimento do método da média regional de cargos comissionados, procedimento adotado pelos auditores do TCE/SP desde o ano de 2016. Viu-se que essa nova metodologia limitou o número de cargos em comissão da C.M.J. com fundamento em uma média de cargos comissionados, de câmaras municipais na região de Jaú. A partir da média regional, os fiscais do TCE/SP passaram a apontar nos relatórios da C.M.J. que a mesma estava descumprindo o percentual (variável nos três anos analisados) resultante do cálculo da média regional.

No entanto, o terceiro capítulo argumentou que a adoção de método simplista (cálculo da média regional) desconsiderou, por completo, a complexidade que envolve quesitos mais importantes à aferição da razoabilidade e proporcionalidade dos cargos em comissão, como o histórico de redução/correção dos cargos - que readequou a nomenclatura dos cargos de acordo com os ditames constitucionais, assim como reduziu, pela metade, o número de assessores parlamentares -, quantidade de vereadores e tamanho do orçamento da Câmara Municipal de Jahu.

Ademais, verificou-se que apenas havia menção da média regional no relatório dos apontamentos da fiscalização *in loco*. Os departamentos técnicos do TCE/SP (Assessoria

Técnica Jurídica, o Ministério Público de Contas, e a Secretaria Diretoria-Geral) e o relatório e voto dos conselheiros não abordaram a questão relativa à média regional de cargos. Considerar que meros apontamentos possuem poder de resultar em reincidência, seria como conferir eficácia mandamental em uma mera peça inicial da fiscalização. Assim como as decisões que colocam termo a um processo, no âmbito do Poder Judiciário, como são os casos das sentenças e dos acórdãos, a mesma analogia deve ser aplicada nos julgados dos Tribunais de Contas. Noutros termos, a eficácia mandamental apenas deve partir de decisões da Corte de Contas, e não dos agentes de fiscalização..

Por derradeiro, constatou-se que a realidade da Câmara Municipal de Jahu rapidamente permite concluir pela compatibilidade de cargos comissionados com as necessidades do órgão e com o princípio da razoabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02ago. 2019.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Municípios*. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

_____. Lei complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000. *Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 12 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.706/MS. Rel. Min. Gilmar Mendes. Pesquisa de jurisprudência, Acórdãos, 15 outubro 2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727532/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3706-ms>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 365.368. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Pesquisa de jurisprudência, Acórdãos, 29 junho 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469872>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral do Recurso Extraordinário 1.041.210. Rel. Min. Carmén Lúcia. Pesquisa de jurisprudência, Acórdãos, 27 maio 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=7174097>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Mandado de Segurança 200303000335288. Relatora: Des. Therezinha Cazerta. Pesquisa de jurisprudência, Acórdãos, 20 abril 2006.

Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17793712/mandado-de-seguranca-ms-33528-sp-20030300033528-8-trf3?ref=serp>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

CIURANA, Emilio-Roger; MORIN, Edgar; MOTTA, Raúl Domingo. *Educar na era planetária: o pensamento complexo como método de aprendizagem no erro e na incerteza humana*. Trad.: Sandra Trabucco Valenzuela. São Paulo: Cortez Editora, 2003.

JAÚ. São Paulo. Câmara Municipal de Jahu. *Ato da Presidência n.º 15, de 07 de novembro de 2014*. Disponível em: <<http://www.camarajau.sp.gov.br/images/PDFs/Transparencia%20da%20Administracao/Atos%20da%20Presidencia/2014/atodapresidencia15-2014.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

JAÚ. São Paulo. Câmara Municipal de Jahu. *Resolução n.º 335, de 01 de abril de 2013*. Dispõe sobre o quadro de servidores da Câmara Municipal e dá outras providências. Disponível em: <<https://portallegislativo.sistemas4r.com.br/wpHome.aspx?Legislacao,24>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC – 92/026/13. Relatório de apontamentos da Câmara Municipal de Jaú/SP do exercício de 2013. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br> > processos >. Acesso em: 08 ago. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC – 5034/989/16. Relatório de apontamentos da Câmara Municipal de Jaú/SP do exercício de 2016. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br> > processos >. Acesso em: 08 ago. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC – 6224/989/16. Relatório de apontamentos da Câmara Municipal de Jaú/SP do exercício de 2017. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br> > processos >. Acesso em: 08 ago. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC – 005269/989/18-2. Relatório de apontamentos da Câmara Municipal de Jaú/SP do exercício de 2018. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br> > processos >. Acesso em: 08 ago. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2074201-70.2016.8.26.0000 SP. Rel. Min. Salles Rossi. Pesquisa de jurisprudência, Acórdãos, 18 agosto 2016. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/375447674/direta-de-inconstitucionalidade-adi-20742017020168260000-sp-2074201-7020168260000/inteiro-teor-375447694?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 06 ago. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 32 Ed. Rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.