



Parecer n. 384/23

PARECER PRÉVIO

É submetido a exame desta Procuradoria, para parecer prévio, o Projeto de Lei, de iniciativa do Prefeito, que cria o cargo em comissão de Encarregado de Proteção de Dados Pessoais, inclui a al. f no inc. VIII do art. 4-A da Lei Complementar nº 810, de 4 de janeiro de 2017 e a descrição dos Postos de Confiança (PC) de Encarregado de Proteção de Dados Pessoais na Lei nº 6.309, de 28 de dezembro de 1988

O projeto trata de assunto de interesse local, qual seja, a criação de cargo em comissão na Administração Pública Centralizada (Poder Executivo). Daí a competência privativa do Chefe do Poder Executivo para iniciativa legislativa, nos termos do art. 61, § 1º II, “a” da Constituição Federal (CF).

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;”

Por definição não existe cargo ou função sem atribuição, de modo que a lei que cria cargos ou funções também deve definir suas atribuições. No caso ainda deve-se destacar que a Constituição Federal preconiza 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 (art. 37, V da CF). A Constituição Estadual com relação aos cargos em comissão aduz ainda que os cargos em comissão se destinam à transmissão das diretrizes políticas para a execução administrativa e ao assessoramento.

Nesse passo uma vez que o encarregado de proteção de dados é um cargo eminentemente técnico de acordo com as atribuições do § 2º do art. 41 LGPD, e permanente, que extrapola a Gestão Política necessariamente provisória, entendo que, em princípio, a criação deste cargo em comissão não se conforma com a Constituição.

Nesse sentido, o STF ao analisar o Tema 1010, afirmou que a criação de cargos em comissão é exceção à regra de ingresso no serviço público mediante concurso público de provas ou provas e títulos e somente se justifica quando presentes os pressupostos constitucionais para sua instituição. Na oportunidade, foram fixadas as seguintes teses:

- 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.

STF. Plenário. RE 1041210 RG, Rel. Dias Toffoli, julgado em 27/09/2018

No mesmo sentido, destaca-se na jurisprudência do TJ/RS:

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. (Direta de Inconstitucionalidade, Nº 70084347053, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em: 11-12-2020)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL DE PROGRESSO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL RECONHECIDA. CARGOS EM COMISSÃO DESTINADOS AO DESEMPENHO DE ATIVIDADES TÉCNICAS E PERMANENTES. ATRIBUIÇÕES NÃO RELACIONADAS COM AS DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO. DESATENDIMENTO DA REGRA DOS ARTS. 8º E 32 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (Direta de Inconstitucionalidade, Nº 70085593911, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em: 14-10-2022)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE NÃO-ME-TOQUE. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 71/2010. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. ATRIBUIÇÕES TÉCNICAS, OPERACIONAIS E BUROCRÁTICAS. ATIVIDADES QUE PRESCINDEM DE VÍNCULO ESPECIAL DE CONFIANÇA ENTRE A AUTORIDADE E O AGENTE ESCOLHIDO PARA A FUNÇÃO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 8º, CAPUT, 20, CAPUT E §4º, E 32, CAPUT, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. ART. 37, II E V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. PRECEDENTES DO TJRS. - Consoante arts. 8º, caput, 20, caput e §4º, e 32, caput, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, e art. 37, II e V, da Constituição Federal, a criação de cargos em comissão, por serem dotados de forma excepcional de provimento (livre nomeação e exoneração), somente é possível para aquelas atividades de direção, chefia ou assessoramento especificamente prevista na norma de regência. - Análise da relação de cargos constante de parte do artigo 20 e dos Anexos I e II, da Lei Complementar Municipal nº 71/2010, do Município de Não-Me-Toque, que revela flagrante inconstitucionalidade na criação de cargos em comissão destinados ao desempenho de funções técnicas, operacionais e burocráticas, **sem qualquer vínculo direto ao desenvolvimento e planejamento de diretrizes das políticas traçadas pelo Chefe do Poder Executivo Municipal, não ostentando, portanto, atribuições relacionadas ao exercício de direção, chefia e assessoramento que exijam a fidúcia inerente ao cargo de confiança.** - Fica ressalvado o exercício das atribuições através da designação de função gratificada ou gratificação de função para servidores efetivos da Administração. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME.(Direta de Inconstitucionalidade, Nº 70082250374, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 28-10-2019)

Por outro lado, pode se argumentar, que a função do Encarregado não é somente técnica e que também envolve uma certa capacidade de articulação política, uma vez que ele atuaria em nome do Controlador, interagindo com os Operadores e com a Autoridade Nacional. Registro o argumento, mas entendo que a articulação em questão não está atrelada a transmissão das diretrizes políticas traçadas por uma gestão específica. Assim, mais adequado nos parece o exercício das atribuições em questão através da designação de função gratificada ou gratificação de função para servidores efetivos da Administração.

No mais, conforme dito acima as atribuições do cargo devem estar descritas em lei não sendo possível o acréscimo de atribuições por decreto conforme previsto no parágrafo único do art. 4º do projeto de lei em exame. O que pode ser feito por decreto é mero detalhamento de atribuições que decorram naturalmente daquelas definidas em lei. E para isso não precisa previsão específica na lei de criação do cargo uma vez que o Poder Regulamentar é atribuição conferida pela Constituição aos Chefes do Poder Executivo.

No que tange as exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal a respeito do controle de gasto com pessoal não foram observadas por completo. Se não vejamos.

Estabelece o art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (LC 101/00):

“Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:

I - as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição;

II - o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo.

Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo

Poder ou órgão referido no art. 20."

Como se vê, para que seja possível o aumento das despesas com pessoal a lei de responsabilidade estabeleceu alguns requisitos que se não atendidos acarretarão a nulidade do ato, no caso, da lei que resultará da aprovação do projeto em questão. Vale ressaltar, nulidade absoluta que não permite convalidação.

No caso, verifica-se o descumprimento das exigências do art. 16 da LRF, que exige que os atos que provoquem aumento da despesa com pessoal deverão ser instruídos com a estimativa do impacto orçamentário e financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois exercícios subsequentes da criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental que acarrete aumento da despesa, sendo que tal estimativa deverá ser acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas (art. 16, I e § 2º da LRF), e "declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias" (art. 16, II da LRF). É que o projeto de lei em exame não está instruído com estimativa do impacto orçamentário-financeiro da despesa de pessoal aumentada. O que não se confunde com a repercussão de fls. 12 (aliás, apócrifa, sem assinatura). Conforme Flávio C. De Toledo Jr. e Sérgio Ciqueira Rossi, in Lei de Responsabilidade Fiscal comentada artigo por artigo, NDJ, 2ª ed., "há de haver a quantificação do gasto pretendido para, em seguida estimar seu impacto trienal sobre dois agregados: a receita orçamentária e as disponibilidades de caixa". Assim como, não acompanha o projeto de lei declaração do ordenador de despesa, que atenda o disposto no art. 21, I c/c art. 16, II ambos da LRF.

Verifica-se também o descumprimento do art. 17 da LRF que trata das despesas obrigatórias de caráter continuado, como no caso, e que em seu § 1º exige a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e a demonstração da origem dos recursos para seu custeio e no seu § 2º exige a comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa. Nada disso acompanha o projeto de lei em questão. Não há demonstração da origem dos recursos, nem estudo de não-comprometimento das metas fiscais ou medidas de compensação.

Dos dispositivos que ainda devem ser analisados tem-se o § 1º do art. 169 da Constituição Federal que estabelece que: "A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista." Aqui também nada se encontra nos autos que permita dizer que tal dispositivo foi atendido.

Também não instrui o projeto de lei em questão estudo de conformação ao limite prudencial de que trata o art. 22 da LRF (95% do máximo), uma vez que se tal limite for atingido fica vedada a concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal (anterior), ressalvada a revisão geral anual.

Isso posto, verifica-se que a criação do cargo em questão, para provimento em comissão, se dá em desacordo com a Constituição Federal e Estadual, assim como se verifica incompatibilidade do

projeto de lei em questão com a Lei de Responsabilidade Fiscal.

É o parecer.



Documento assinado eletronicamente por **Fabio Nyland, Procurador**, em 09/05/2023, às 18:22, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no Art. 10, § 2º da Medida Provisória nº 2200-2/2001 e nas Resoluções de Mesa nºs 491/15, 495/15 e 504/15 da Câmara Municipal de Porto Alegre.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://sei.camarapoa.rs.gov.br>, informando o código verificador **0551745** e o código CRC **BDC8E8AB**.