

**TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA**

**AJU: ASSESSORIA JURÍDICA**

**ORIGEM: CÂMARA MUNICIPAL DE PALMEIRAS**

**PROCESSO Nº 11847e19**

**PARECER Nº 01412-19**

**T.P.B. Nº 50/2019**

MUNICÍPIO. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. NECESSIDADE DE LEI. LOCAÇÃO DE VEÍCULO DE PROPRIEDADE DE SERVIDOR. IMPOSSIBILIDADE.

1) A criação de cargo em comissão, em regra, depende de Lei, que lhe confere denominação própria, estabelece suas funções e fixa ou altera o padrão de remuneração (artigo 37, X, da CF), sendo que a despesa daí decorrente deve estar prevista nas Leis Orçamentárias, sob pena de ser considerada não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público (artigo 15 da LRF). De tal sorte, a nomeação de determinada pessoa para o exercício de cargo em comissão impescinde de previsão taxativa deste na legislação de regência, especificando sua nomenclatura e plexo de atribuições.

2) Nos termos do artigo 9º, III, da Lei nº 8.666/1993 e em respeito aos princípios da moralidade e da isonomia, não é possível determinado Município locar veículo de propriedade de servidor público municipal, ainda que a contratação seja efetivada por intermédio de empresa terceirizada.

O Vereador do **MUNICÍPIO DE PALMEIRAS**, Sr. Kléber Alves F. Fernandes, por intermédio de expediente endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 11847e19, questiona-nos:

**“a) - Pode o Município de Palmeiras/Ba nomear cargo comissionado de “Procurador Geral do Município” sem a previsão desta nomenclatura na legislação municipal vigente, utilizando-se da nomenclatura de “Assessor Jurídico” e/ou de “Advogado Dativa do Município” como justificativa do feito???**

**b) – Pode o Município de Palmeiras/Ba locar veículos de propriedade de funcionário público municipal ainda que através de empresa terceirizada??”**  
(destaques no original)

Inicialmente, registre-se que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado.**

Ademais, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou da Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Dito isso, **no que se refere ao primeiro questionamento do Consulente**, cumpre anotar que o artigo 37, V, da Constituição Federal, preceitua que:

“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:

(...)

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;

(...)” (grifos aditados)

Daí se extrai que, com relação aos cargos em comissão, o texto constitucional fixou que destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, devendo ser preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos estabelecidos em Lei.

Ou seja, trata-se de norma de eficácia contida, a qual, de acordo com Pedro Lenza, em “Direito Constitucional Esquemático”, 23<sup>a</sup> edição, editora Saraiva, páginas 234/235, tem:

“(...) **aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral**. Embora tenham condições de, quando da promulgação da nova Constituição, ou da entrada em vigor (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5º, § 3º), produzir todos os seus efeitos, poderá haver a redução de sua abrangência.

(...)

**Enquanto não materializado o fator de restrição, a norma tem eficácia plena.”**  
(destaques no original)

Dizendo de outro modo, devem ser fixados através de Lei os casos, condições e percentuais mínimos dos cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira. Se não forem definidos tais fatores de restrição, a norma constitucional em tela terá eficácia plena e, portanto, a totalidade dos cargos em comissão deverá ser provida por servidores de carreira.

Assim sendo, quando da criação dos sobreditos cargos, deve ser observada também a necessidade, ou não, de nomeação de pessoas fora do quadro de pessoal da Administração. Em caso positivo, repise-se, devem ser estabelecidos legalmente os casos, condições e percentuais mínimos, conforme vaticina o artigo 37, V, da CF, obedecendo sempre aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Registre-se, porque oportuno, que os cargos sob enfoque são de livre nomeação e exoneração, independente de o seu ocupante fazer parte, ou não, do quadro de pessoal da Administração. José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra “Manual de Direito Administrativo”, 30ª edição, Editora Atlas, página 644, leciona que:

“Os *cargos em comissão*, ao contrário dos tipos anteriores, são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. Por isso é que na prática alguns os denominam de *cargos de confiança*. A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF).” (destaques no original)

Quanto à criação de cargos públicos, a regra geral é tratada no artigo 48, X, da CF, segundo o qual:

“Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

(...)

X – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;

(...)” (destaques no original e aditados)

Infere-se, pois, que a criação, transformação e extinção de cargos, em regra, depende de Lei, que, dentre outros, lhes confere denominação própria e estabelece suas atribuições. Nesse sentido, importante trazer à baila os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em “Direito Administrativo”, 21ª edição, Editora Atlas, página 492. Confira-se:

“Com efeito, as várias competências previstas na Constituição para a União, Estados e Municípios são distribuídas entre seus respectivos órgãos, cada qual dispondo de determinado número de cargos criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração.” (destaques no original e aditados)

De tal sorte, **a nomeação de determinada pessoa para o exercício de cargo em comissão impescinde de previsão taxativa deste na legislação de regência, especificando sua nomenclatura e plexo de atribuições.**

Importante pontuar que, com fundamento no artigo 37, X, da CF, a fixação ou a alteração da remuneração dos servidores públicos somente pode ser efetivada por intermédio de Lei específica, vejamos:

“Art. 37. (...)

(...)

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

(...)” (grifos aditados)

Outrossim, a despesa decorrente da criação de cargos deve estar prevista nas Leis Orçamentárias, sob pena de ser considerada não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público, nos termos do artigo 15 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Com efeito, no que se refere ao custeio das despesas públicas, o aludido diploma legal, nos artigos 16 e 17, assim disciplina:

“Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - 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.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do caput será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º As normas do caput constituem condição prévia para:

I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3o do art. 182 da Constituição.”

“Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

§ 1º Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o caput deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio.

§ 2º Para efeito do atendimento do § 1º, o ato será acompanhado de 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.

§ 3º Para efeito do § 2º, considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 4º A comprovação referida no § 2º, apresentada pelo proponente, conterà as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, sem prejuízo do exame de compatibilidade da despesa com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

§ 5º A despesa de que trata este artigo não será executada antes da implementação das medidas referidas no § 2º, as quais integrarão o instrumento que a criar ou aumentar.

§ 6º O disposto no § 1º não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição.

§ 7º Considera-se aumento de despesa a prorrogação daquela criada por prazo determinado.”

**Com relação ao segundo questionamento do Consultante**, insta anotar que a atividade administrativa impescinde da celebração de contratos com particulares, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas.

Nesse sentido, o artigo 6º, XV, da Lei nº 8.666/1993 preceitua que:

“Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

XV - Contratado - a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública;

(...)” (grifos aditados)

Do mesmo modo, o artigo 55, § 2º, da citada Lei nº 8.666/1993 dispõe que:

“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

(...)” (grifos aditados)

São exemplos de contratos administrativos os de venda e compra e os de locação de móveis. Ocorre que, tendo em vista o princípio da motivação, ao optar pela locação de veículos, surge para o Gestor a necessidade de apresentar, nos autos do processo administrativo de contratação, as razões técnicas e financeiras que justificaram sua opção, demonstrando as vantagens do aluguel sobre a compra.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na obra anteriormente citada, página 77:

“O **princípio** da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. (...) A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.” (destaque no original)

De tal sorte, ainda na fase interna do procedimento licitatório, deverá ser anexada planilha dos custos a serem suportados pela Administração com a locação de veículos, indicando também os valores de aquisição dos aludidos bens e parecer técnico, de maneira a demonstrar a economicidade da locação em detrimento da compra.

Observe-se, ainda, que a locação de veículos pela Administração Pública deve atender também à conveniência, oportunidade, disponibilidade de recursos e supremacia do interesse público.

Para atender às necessidades eventuais, regra geral, a locação é a conduta mais indicada para a Administração. Por outro lado, no caso de necessidades permanentes, tal opção somente deverá ser adotada mediante a comprovação da sua razoabilidade, economicidade e interesse público envolvido.

Ressalte-se que, com fundamento nos princípios da moralidade pública e da isonomia, o artigo 9º da Lei nº 8.666/1993 vaticina que:

“Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

(...)

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

(...)” (grifos aditados)

Acerca do aludido dispositivo legal, Marçal Justen Filho, em “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 18ª edição, Revista dos Tribunais, página 271, elucida que:

“Também não podem participar da licitação o servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Também se proíbe a participação de empresas cujos sócios, administradores, empregados, controladores etc., sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes. Essa vedação reporta-se ao princípio da moralidade, sendo pressuposto necessário da

lisura da licitação e contratação administrativas. A caracterização de participação indireta contida no § 3º aplica-se igualmente aos servidores e dirigentes do órgão.

Há precedente esclarecedor, oriundo do TCU, sobre o tema. No voto do Relator, foi incorporado trecho bastante elucidativo sobre a interpretação adequada do art. 9º. Sustentava-se a ausência de impedimento se o servidor público não dispusesse de condições para interferir sobre o destino da licitação. O raciocínio foi rejeitado mediante a afirmação que o deslinde da questão “não passa pela avaliação de saber se os servidores (...) detinham ou não informações privilegiadas (...) basta que o interessado seja servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante para que esteja impedido de participar, direta ou indiretamente, de licitação por ele realizada” (Decisão 133/1997, Plenário, rel. Min. Bento José Bulgarin).

Em outra ocasião, o TCU firmou entendimento no sentido de que, apesar de o sujeito “não ocupar cargo público ou função de confiança, ao representar o ... como dirigente de um programa do Ministério, passou a exercer um múnus público que o obrigava a atuar de acordo com o interesse público e, conseqüentemente, o impedia de contratar com a Administração pública” (Acórdão 601/2003, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

Esse impedimento atinge até mesmo o servidor que esteja licenciado.” (grifos aditados)

A vedação, portanto, impede que servidores lotados no órgão ou na entidade promotora da licitação participem de certames visando à contratação de obras, serviços e fornecimento de bens. Independentemente do procedimento pré-contratual adotado (licitação, dispensa ou inexigibilidade), as hipóteses de vedação à participação na licitação deverão ser observadas, de modo que os agentes indicados no artigo 9º não estão impedidos apenas de participar das licitações, mas também de contratar com a Administração nas situações ali descritas.

Na esteira desse entendimento, Marçal Justen Filho, na obra anteriormente citada, página 262, esclarece que:

“Uma questão interessante relaciona-se com as hipóteses de contratação direta. O impedimento do art. 9º aplicar-se-ia nos casos de dispensa de licitação e de inexigibilidade? A questão não comporta uma resposta única e uniforme.

O art. 9º estabelece vedação orientada a excluir a possibilidade de que o exercício por um sujeito de uma certa faculdade, que se relaciona à modelagem da futura contratação, conduza ao surgimento de benefícios e vantagens indevidos, frustrantes do cunho competitivo da licitação. Ora, admitir que o sujeito modele o contrato e, desse modo, produza a não aplicação da licitação seria muito mais ofensivo aos princípios jurídicos que o art. 9º busca proteger. Portanto, e como regra, o impedimento previsto no art. 9º aplica-se também aos casos de contratação direta.” (grifos aditados)



Logo, **nos termos do quanto disposto no artigo 9º, III, da Lei nº 8.666/1993 e em respeito aos princípios da moralidade e da isonomia, não é possível, por exemplo, determinado Município locar veículo de propriedade de servidor público municipal, ainda que a contratação seja efetivada por intermédio de empresa terceirizada.**

Diante de todo o exposto, conclui-se que:

1) A criação de cargo em comissão, em regra, depende de Lei, que lhe confere denominação própria, estabelece suas funções e fixa ou altera o padrão de remuneração (artigo 37, X, da CF), sendo que a despesa daí decorrente deve estar prevista nas Leis Orçamentárias, sob pena de ser considerada não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público (artigo 15 da LRF). De tal sorte, a nomeação de determinada pessoa para o exercício de cargo em comissão impescinde de previsão taxativa deste na legislação de regência, especificando sua nomenclatura e plexo de atribuições; e

2) Nos termos do artigo 9º, III, da Lei nº 8.666/1993 e em respeito aos princípios da moralidade e da isonomia, não é possível, por exemplo, determinado Município locar veículo de propriedade de servidor público municipal, ainda que a contratação seja efetivada por intermédio de empresa terceirizada.

É o parecer.

Salvador, 29 de julho de 2019.

**Thayana Pires Bonfim**  
**Assistente Jurídico**