

PARECER CONSULTIVO n. 0420/2019

Interessado: CÂMARA MUNICIPAL DE TAQUARITINGA

Assunto: Pedido de parecer sobre projeto de lei complementar

EMENTA: PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR QUE DISPÕE SOBRE REESTRUTURAÇÃO ADMINISTRATIVA DA SECRETARIA DE SERVIÇOS MUNICIPAIS. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. FALTA DE REQUISITOS NECESSÁRIOS. POSSÍVEL TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS.

I. RELATÓRIO

Trata-se de pedido de consulta realizado pela Câmara Municipal Taquaritinga, a fim de análise e emissão de parecer sobre Projeto de Lei Complementar nº 5525/19, de iniciativa do Poder Executivo, que “dispõe sobre a Estrutura da Secretaria de Serviços Municipais, cria e extingue cargos de provimento efetivo, em comissão e as funções gratificadas necessárias, procede a uma nova organização da Secretaria e dá outras providências”.

Junto ao Projeto de Lei foi apresentado a exposição de motivos, impacto financeiro e orçamentário, anexos I e II, respectivamente, quadro de referências e quadro da Secretaria de Serviços Municipais,

solicitação de audiência pública do Sindicato local e solicitação de informações do Presidente da Comissão de Constituição e Justiça.

É o que havia a se relatar.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Passando ao mérito da consulta, cabe esclarecer que referida proposição atende os requisitos do art. 61, § 1º da Carta Magna, em se tratando de sua iniciativa; já quanto sua forma adéqua-se à organização administrativa (criação, extinção, modificação de cargos), assim por via reflexa, se amolda à competência de tramitação por meio de Lei Complementar, o que se denota na maioria das Leis Orgânicas Municipais (como é no caso concreto, conforme art. 41, inciso V, da Lei Orgânica do Município de Taquaritinga).

Quanto a seu conteúdo material, pode-se destacar algumas inconformidades apresentas, sem adentrar no exame de conveniência do Gestor Público. Vejamos:

Apesar do art. 2º da proposição conter norma de conteúdo explicativo/exemplificativo, há que se ponderar que aliado aos demais dispositivos dessa proposição podem ensejar patente inconstitucionalidade (incisos V e VI), a qual será demonstrada oportunamente.

Já no que se refere ao art. 3º, dada a redação na parte final do *caput*, indica ou ao mínimo enseja tarefas inerentes a área de limpeza pública, sendo que quando da leitura de vários incisos entendemos que fogem a essa finalidade, vejamos:

*“Art. 3º ... , bem como, executar as seguintes tarefas na área de limpeza pública:
...”*

Os incisos XIV ao XVI, XVIII e XIX ao XXXV, ao que parecem são verdadeiramente atividades voltadas às funções daquela Secretaria, no entanto não apenas a limpeza pública.

Deste modo, entendemos, apenas a título de clareza quanto ao conteúdo, a necessidade ajuste na redação de tais atividades às atribuições gerais da Secretaria, acrescento apenas a conectividade do *caput* do art. 3º, a seus incisos.

Cabe destacar, nesse aspecto, que o processo de comunicação só se realizará plenamente, satisfazendo as expectativas do emissor e do receptor, quando o texto for exposto em linguagem que atenda a leitura lógica e objetividade, tais quais requisitos, inclusive definidos no art. 11 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, conforme se verifica do Manual de Redação Parlamentar e Legislativa do Senado Federal¹

Em continuidade, verifica-se ainda da leitura do art. 5º e 6º, do Projeto de Lei Complementar, objeto da consulta, que os dispositivos tentam atribuir as competências às Diretorias e por consequência atribui atividades às Chefias.

No entanto, os dispositivos supracitados, juntamente com o art. 7º, não se harmonizam com o artigo 11.

Explico.

¹ Publicador : Brasília : Senado Federal, Consultoria Legislativa. Pode ser consultado pelo portal: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70466>

Preliminarmente, deve mencionar que o citado art. 11, em seu *caput*, integra à estrutura administrativa local, os cargos em comissão de Diretores e Chefias.

Entretanto, logo no §1º do mesmo artigo, dispõe que “os cargos de Chefe deverão ser ocupados somente por servidores efetivos e estáveis do Município.”

E mais, encontra-se no § 2º, a relação dos cargos em comissão, contendo entre eles aqueles destinados as Chefias, o que não coaduna com o que foi anteriormente disposto.

A título de exemplificação, para aclarar o problema, poderia ser apresentado redação indicando claramente quais serão cargos e quais serão de funções.

Não bastasse, em quase sua totalidade, as atribuições indicadas pelo art. 5º, que referenciam as atividades do art. 3º, do presente Projeto de Lei, não se destinam àquelas de direção, chefia e assessoramento, sendo apenas de caráter operacional e/ou administrativo, se considerarmos tais atribuições, aquelas atribuídas, igualmente, aos agentes que serão imbuídos nos cargos e funções.

Ademais, não há qualquer outra menção dos cargos e funções (criados pelo art.11) , contendo suas correspondentes atribuições, requisitos e escolaridade, de modo que aquelas já indicadas anteriormente, não se coadunam com as disposições contidas no artigo 37, incisos II e V, da CF/88 e com a orientação traçada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no Comunicado SDG nº 32/2015 ²

² Entendimento esse, conforme recente decisão no TC-007028/989/19, julgado em 16/04/2019 – Reator SIDNEY ESTANISLAU BERALDO

Tal entendimento vem de encontro com a jurisprudência majoritária da Corte Paulista:

*“APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. Atos administrativos. Contratação de servidores públicos sem a existência prévia de concurso público, para ocuparem cargos em comissão. Inadmissibilidade. **Natureza dos cargos que não condizem com o disposto no artigo 37. V da Constituição Federal (direção, chefia e assessoramento)**. Declaração incidental das Leis Complementares Municipais que instituíram tais cargos, extinguindo-os. Provimento por meio de concurso público que se impõe. Inteligência do artigo 37, I da Constituição Federal. Declaração de nulidades das contratações sem concurso, com a exoneração do pessoal admitido em tais condições. Manutenção da sentença de procedência da ação. Recursos dos réus desprovidos.” (AC nº. 00005553-59.2014.8.26.0415, 8ª*

Câmara de Direito Público, rel. Des. RONALDO ANDRADE, j. em 24.08.16, v.u.). [sem grifo no original]

Ensina o Professor Marçal Justen Filho, que “a Constituição não atribuiu à lei infraconstitucional autonomia para instituir cargos em comissão quando bem o entender. Como regra, os cargos em comissão são destinados “apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento,”. Logo, é inconstitucional criar cargos em comissão para

outro tipo de competência que não essas acima referidas, tal como infringe a Constituição dar ao ocupante do cargo em comissão atribuição diversa.”³

Desta forma, a criação dos referidos cargos, nas conformidades proposta no art. 11, conseqüentemente ao disposto nos arts. 5º e 3º, da Proposição objeto da consulta, em consonância com a doutrina e jurisprudência apresentada, pode ser questionada sobre o prisma de sua constitucionalidade.

Sobre o art. 12 do Projeto de Lei Complementar nº 5525/2019, a matéria já fora decidida em Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário (RE) 650898/RS, com repercussão geral reconhecida, que o pagamento de décimo terceiro salário e do terço constitucional de férias aos agentes públicos, não é incompatível com o artigo 39, § 4º, da CF/88.

Deve-se ainda, verificar a redação dada ao artigo 13 do PLC, onde encontra-se a indicação de anexo. O anexo que faz referência a quantidade de vagas e vencimentos é o de número “II” e não o “I”, tendo esse último apenas os códigos (rubricas) de referência e valores dos vencimentos.

Passemos ao estudo do artigo 24, em comparação com a redação dada pelo art. 13, do PLC consultado.

“Art. 24. O cargo de Auxiliar e Serviços Gerais é multifuncional, sendo função do servidor realizar os serviços de limpeza dos prédios e repartições da administração direta do município; limpeza e varrição de ruas, calçadas, praças, estradas, logradouros e áreas

³Curso de Direito Administrativo – 10 Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2014, pág. 940-941.

*públicas; serviços de jardinagem de praças e prédios públicos; limpeza de bueiros e bocas de lobo; realizar a coleta de lixo e trabalhar no descarregamento manual e acondicionamento de entulhos e manutenção das áreas de aterro sanitário; realizar as atividades de coveiro, em todas as atividades relacionadas ao sepultamento de corpos; prestar auxílio nas cozinhas municipais; se ativar como maqueiro; se ativar como vigia de prédios e espaços públicos do município; se ativar como porteiro de prédios e espaços públicos do município; fazer serviços de capinação e poda de árvores, inclusive com a utilização de máquinas e equipamentos motorizados portáteis e costais; prestar serviços de copeiro nos prédios e repartições públicas da administração direta do município; prestar serviços como auxiliar de pedreiro, auxiliar nas obras de pavimentação, **almoxarife, mecânico, eletricista e pintor de veículo automotriz, borracheiro, marceneiro, eletricista de manutenção, pintor e serralheiro**”.[sem grifo no original]*

Já o artigo 13 dispõe:

“Art. 13. O **quadro de servidores de provimento efetivo da Secretaria de Serviços Municipais é composto dos seguintes cargos**, cujas quantidades e referências de vencimento estão descritos no Anexo I, desta Lei Complementar.

a) Almojarife:

b) Condutor de Veículo Automotriz;

c) Operador de Máquina Automotriz

d) Mecânico de Veículo e Máquina Automotriz:

e) Eletricista de Veículo e Máquina Automotriz;

f) Pintor de Veículo e Máquina Automotriz:

g) Funileiro de Veículo e Máquina Automotriz;

h) Marceneiro;

i) Pedreiro;

j) Eletricista de Manutenção:

k) Pintor;

l) Serralheiro:

m) Auxiliar e Serviços Gerais:

n) Bombeiro Municipal.” [sem grifo no original]

Tendo em vista que o motivo da criação do cargo de “Auxiliar e serviços gerais”, sendo ele indicado como multifuncional, de acordo com o art. 24, foi “unificar carreiras semelhantes, por meio de reagrupamento de cargos que possuem atribuições da mesma natureza e sujeitos aos mesmos pré-requisitos de investidura e capacidade técnica”⁴, bem como evitar o “desvio de função”⁵, vários cargos indicados nas atribuições de Auxilia e Serviços Gerais, não entraram para vacância, conforme preceituado no art. 13, parágrafo único.

Da leitura atenta desses dispositivos, verificamos que há cargos como “almoxarife” que nem no art. 13, parágrafo único, nem no

⁴ Texto retirado da exposição de motivos (justificativa) do PLC 5525/2019.

⁵ Iden.

art. 43, entrarão em vacância ou serão extintos, tampouco no anexo II, estão com status “temporiedade” de vacância, permanecendo, *pedindo aqui vênia a entendimento diverso*, a mesma irregularidade outrora apontada na exposição de motivos, pois constam também nas atribuições do cargo de “Auxiliar e Serviços Gerais”.

De mais a mais, se harmoniza o raciocínio acima, quando comparado a atenta leitura dos artigos 44 e 45, podendo evidenciar flagrante transposição de cargos, com vedação dada pela Súmula nº 685, do Supremo Tribunal Federal.

Acompanha esse entendimento a jurisprudência do STJ: *AgRg no RMS 25.156/SP, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. em 29/04/2009, publicado no DJE em 01/06/2009 e MS 12.266/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Celso Limongi, j. em 27/05/2009, publicado no DJE em 12/06/2009.*

Ocorre que a aglutinação de cargos da forma proposta no presente Projeto de Lei, incluindo atividades totalmente diferentes daquelas inicialmente implementadas por meio de concurso público, com especificidades, qualificação, grau de instrução, técnica, remuneração, entre outros fatores, devem ser extremamente levados em consideração, sob pena de correr em inconstitucionalidade.

O enunciado da Súmula Vinculante nº 43 da Suprema Corte consolidou essa questão:

“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.”

Da mesma forma, decidiu este Órgão Especial em diversos precedentes, a exemplificar: *“Transposição do cargo/emprego público de 'pajem' para 'professor de creche' sem concurso público. Matéria distinta da veiculada no projeto de iniciativa do Chefe do Executivo. Inobservância, ademais, do art. 37, II, da CF e da Súmula 685 do STF. Precedentes do órgão especial. Ação procedente”⁶*

Não menos importante também, a orientação pela matéria inserta no art. 40, vejamos:

“Art. 40. Fica autorizado, a critério do Prefeito Municipal e/ou do Secretário de Serviços Municipais, a implantação do regime de jornada de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso, em escala de um dia trabalhado por outro de descanso na sequência, com folga obrigatória nos sábados e domingos, sem implicar no direito do servidor ao recebimento de horas extras por jornada suplementar, considerados também compensados os feriados trabalhados.

Parágrafo único. Havendo a necessidade de serem escalonados servidores para trabalharem nos sábados

⁶ TJSP Órgão Especial ADIN 0148488-43.2013.8.26.0000 Rel. Elliot Akel j. 13.11.2013. – Igualmente as decisões: TJSP Órgão Especial **ADIN 2071923-04.2013.8.26.0000** Rel. Luiz Ganzerla j. 26.03.2014; TJSP Órgão Especial **ADIN 0296377-69.2011.8.26.0000** Rel. Guilherme G. Strenger j. 23.05.2012; **ADI 2073453-38.2016.8.26.0000**, Rel. Desemb. Moacir Peres, j. em 08 de março de 2017; e **ADI 2160715-26.2016.8.26.0000**, Rel. Desemb. Carlos Bueno, j. em 08 de março de 2017.

ou nos domingos, serão pagas como extras as horas trabalhadas nesses dias, acrescidas de um adicional de 50% (cinquenta por cento)."

O regime de jornada, no sistema de 12x36, oferece compensação automática do trabalho, uma vez que há o revezamento de cargas semanais de 36 e 48 horas, e o intervalo interjornada compreende, necessariamente, todo um dia de descanso, o que traz situação peculiar, mas legítima, de gozo de folga compensatória.

É certo que a Constituição Federal reconhece como direito dos trabalhadores a repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos, e remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal (art. 7º, XV e XVI). E o pagamento de adicional pelo serviço extraordinário pressupõe o trabalho durante as horas que regularmente seriam de descanso. No caso, contudo, o eventual labor aos sábados ou domingos, não é considerado serviço extraordinário, pois decorre naturalmente de seu regime especial de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, e em nada diminui os períodos de repouso.

Entendimento esse reforçado pela Corte Bandeirante:

*"Servidor público municipal de Cajobi. Guarda Municipal. Recebimento de adicional de periculosidade, horas extras e adicional noturno. Impossibilidade. Periculosidade não inerente ao cargo. **Regime especial de trabalho (jornada 12x36) que desautoriza o pagamento de horas extras** e adicional noturno. Improcedência da ação mantida. Recurso improvido."*

(TJSP; Apelação Cível 1003568-78.2017.8.26.0400;
Relator (a): Luis Fernando Camargo de Barros Vidal;
Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de
Olímpia - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/04/2019;
Data de Registro: 11/04/2019) [sem grifo no original]

Outras questões suscitarão discussão, a exemplificar:

a) Arts. 46 e 47: Sobre o Plano de Demissão Voluntária⁷, os Tribunais de Contas e Justiça, ainda não possuem divergência no adimplemento de tal instituto, no entanto da forma estampada e condicionada nos artigos do presente PLC, entendemos que cessa a voluntabilidade do agente, quando ele, precisa escolher entre duas ou três situações.

b) Arts. 33 e 35: Sobre a possibilidade de ampla defesa e contraditório. Ocorre que qualquer forma restritiva de direito ou que cause lesão a patrimônio privado (no caso os vencimento do servidor) devem ser realizados com o devido procedimento legal e aplicada os princípios basilares do Direito.

c) A apresentação de impacto financeiro e orçamentário previsto no art. 16 da LRF, que deriva de criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes e declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação

⁷Ainda que esse Consultor possua entendimento ponderado a tal matéria, por principiologia ao regime jurídico que os servidores públicos estão vinculados.

orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, deverão ser analisadas por *expert* da área.

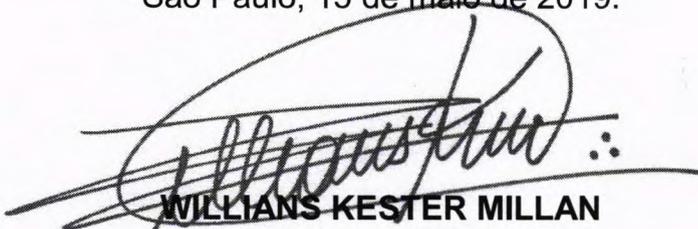
Assim, sem embargos a entendimento diverso, a míngua de maiores informações repassadas pela Consulente, a qual submeto essa modesta consulta, era o que havia a se margear.

III. CONCLUSÃO

Ante o exposto, após analisados os fatos e fundamentos declinados no presente parecer consultivo, sobre o prisma do princípio da legalidade, sem adentrar no exame de conveniência e oportunidade adstritos à Administração Pública, que emitimos, o presente parecer, conforme fundamentação supra.

É o parecer s.m.j. que colocamos a deliberação da Consulente.

São Paulo, 15 de maio de 2019.



WILLIANS KESTER MILLAN
OAB/SP nº 309.947