

P A R E C E R

Nº 0165/2023¹

- SM – Servidor Público. Substituição. Princípio da obrigatoriedade do concurso público para provimento dos cargos (art. 37, II, da Constituição Federal). Desvio de função. Considerações.

CONSULTA:

Relata o consulente que o ocupante do emprego público de contador da Casa Legislativa entrará em gozo de férias pelo período de 06/02/2023 a 17/02/2023.

Tendo em vista que o quadro funcional da Casa Legislativa não conta com outro emprego de contador ou mesmo do setor de contabilidade, indaga o consulente acerca da possibilidade de substituição pela ocupante do emprego público de recepcionista no período de férias do titular do emprego público em questão.

Para tanto, o consulente nos informa que a referida empregada pública possui experiência em Tesouraria e em procedimentos contábeis.

A consulta vem acompanhada da documentação pertinente.

RESPOSTA:

Inicialmente, para o escoreito deslinde da questão em tela, tendo em vista que o consulente invoca a CLT indicando a adoção do regime celetista em âmbito municipal, não podemos deixar de mencionar a

¹PARECER SOLICITADO POR WAGNER BENEDITO DE OLIVEIRA BALDO, CONTROLE INTERNO - CÂMARA MUNICIPAL (CORDEIRÓPOLIS-SP)

obrigatoriedade do regime jurídico único encartada no caput do art. 39 da Constituição Federal.

Como sabido, em sua redação primitiva, o art. 39 da Constituição Federal previa que o regime jurídico dos servidores públicos fosse o institucional ou estatutário. Posteriormente, a EC nº 19/1998 alterou a regra, deixando de fazer referência a regime de trabalho, abrindo a possibilidade de coexistirem servidores estatutários e celetistas vinculados ao mesmo ente público.

Entretanto, a EC nº 19/98 foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal, que no julgamento de MC na ADIN nº 2135-4, publicado em 14/08/07, restaurou o texto original do caput do art. 39 da Lei Maior, tornando obrigatória a adoção do regime estatutário para os servidores públicos. A respeito do tema, recomendamos ao Consulente a leitura do estudo do IBAM, intitulado Nota Explicativa nº 01/2009 - Regime Jurídico Único Administrativo dos Servidores Municipais - Inviabilidade de Contratação de Servidores pela CLT a partir de 14/08/2007. Entendimento do STF, disponível em http://lam.ibam.org.br/estudo_detalhe.asp?ide=213.

Vale destacar, por relevante, que, como explicitado alhures, a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade formal do caput do art. 39 da Constituição Federal com a redação conferida pela EC nº 19/98 se deu em sede de medida cautelar, sendo que o mérito da ADI que encontrava-se com julgamento marcado para a data de 28/06/2017, até a presente data não obteve um desfecho.

Desta forma, após 14/08/07 somente é admitido no âmbito da Administração Direta, autárquica e fundacional a adoção do regime estatutário de pessoal, o qual é regido por lei do ente correspectivo, no caso o Estatuto dos Servidores do Município e leis correlatas.

Feitas estas considerações, fato é que no caso em tela há de ser aplicada a CLT.

Em prosseguimento, cumpre deixar consignado que o legislador constituinte institui, como regra, o ingresso de servidores públicos nos quadros de pessoal da Administração Pública mediante a realização de concurso público, nos termos do art. 37, II, da Lei Maior.

O referido dispositivo consagra o princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público para provimento dos cargos e empregos públicos, tendo por fito aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento dos cargos e funções públicas. De outro lado, o mesmo dispositivo garante ao servidor efetivo o direito de ocupar o cargo e exercer a função, pela qual foi regularmente investido.

Desta feita, vale o registro de que cargo/emprego público, via de regra, é conceituado como o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. Contudo, essa definição não é a mais correta, como adverte o professor Carvalho Filho:

"cargo não é um conjunto de atribuições: cargo é uma célula, um lugar dentro da organização; além do mais, as atribuições são, isto sim, cometidas ao titular do cargo. "(In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 528).

Por conseguinte, ao entrar em exercício, o servidor já sabe quais as atividades que deverão ser por ele exercidas, cabendo ao seu superior hierárquico designá-lo para desempenhar exatamente aquelas previstas no rol legal.

Ademais, importante lembrar que situações como férias, licenças por motivo de saúde, licença-maternidade, férias prêmio e outros afastamentos são corriqueiros na estrutura funcional da municipalidade e devem ser suportadas pelo próprio quadro funcional, sem que isso venha a implicar em desvio de função. Se o Legislativo não possui condições de

absorver tais demandas demonstra grave falha em sua estruturação, motivo pelo qual recomendamos uma reavaliação de sua estrutura administrativa.

A conduta de acometer a servidor/empregado atribuições estranhas a seu cargo/emprego caracteriza o chamado desvio ilegal de função de servidor público, que consiste no exercício, de forma não excepcional, não transitória e/ou sem contraprestação específica, de atividades diversas das inseridas no rol legal das atribuições previamente determinadas que devem ser acometidas ao titular do cargo efetivo em que ele foi provido.

Nesse mesmo sentido adverte José Maria Pinheiro Madeira:

"Embora a movimentação de servidor esteja inserida no âmbito do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, é certo que os direitos e deveres são aqueles inerentes ao cargo para o qual foi investido. Assim, mesmo levando em conta o número insuficiente de servidores, não é admissível que o mesmo exerça atribuições de um cargo tendo sido nomeado para outro, para o qual fora aprovado por concurso público. "(In: MADEIRA, José Maria Pinheiro. Servidor público na atualidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 76).

Com espeque nas considerações até aqui aduzidas, podemos aferir que o desvio de função caracteriza situação grave a qual exige instauração de procedimento adequado para apuração da situação concreta e punição dos envolvidos (se for o caso). Logo, não se revela factível a substituição do contador durante o gozo de suas férias pela ocupante do emprego público de recepcionista, pois, ainda que esta tenha conhecimento de contabilidade, as atribuições do emprego público para o qual foi aprovada em concurso público são completamente distintas.

Melhor andaria o administrador pleiteando cessão de empregado

público dos quadros do Executivo municipal ou de outro ente da federação. Factível, ainda, proceder contratação temporária por excepcional interesse público, caso a lei local que discipline o tema comporte tal hipótese como autorizadora dessa modalidade de contratação e nos estritos termos dessa lei.

Isto posto, concluímos objetivamente a presente consulta na forma das razões exaradas.

É o parecer, s.m.j.

Priscila Oquioni Souto
Assessora Jurídica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 26 de janeiro de 2023.