

Parecer Jurídico de n. 007/2024 Referente ao Projeto de Lei n. 007/2024

Assunto: Projeto de Lei n. 007/2024. Dispõe sobre a redistribuição dos servidores efetivos ocupantes do cargo de Auxiliar de Enfermagem, que possuem habilitação técnica, para o cargo de Técnico de Enfermagem, no âmbito do Poder Executivo do Município de São José do Divino (PI) e dá outras providências.

1. Relatório

Trata-se de parecer jurídico acerca da legalidade e constitucionalidade do projeto de lei n. 007/2024 que “Dispõe sobre a redistribuição dos servidores efetivos ocupantes do cargo de Auxiliar de Enfermagem, que possuem habilitação técnica, para o cargo de Técnico de Enfermagem, no âmbito do Poder Executivo do Município de São José do Divino (PI).”, de autoria do Poder Executivo Municipal.

Instruem o pedido, no que interessa: (i) ofício encaminhado por e-mail e; (ii) minuta do Projeto de Lei n. 007/2024.

É o breve relatório. Passa-se à apreciação.

2. Fundamentação

Inicialmente, destaca-se que o exame da assessoria jurídica cinge somente à matéria jurídica a respeito da competência, legalidade e constitucionalidade, razão pela qual não se incursiona em discussões de ordem técnica, bem como em questões que envolvam juízo de mérito sobre o tema trazido à apreciação, cuja análise é de exclusiva responsabilidade dos poderes.

O cerne da consulta dispõe sobre a redistribuição dos servidores efetivos ocupantes do cargo de auxiliar de enfermagem, que possuem habilitação técnica, para o cargo de técnico de enfermagem, no âmbito do Poder Executivo do Município de São José do Divino (PI). Constata-se que a proposição encontra respaldo no que diz respeito à autonomia e à competência legislativa do município, insculpidas no *caput* do artigo 18, da Constituição Federal de 1998, que garante autonomia a este ente, e nos incisos I e II do artigo 30, da Carta Constitucional, conferindo competência dos municípios em legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber. Cita-se:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

[...]

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

[...]

Também se encontra, expressamente, no artigo 8º, da Lei Orgânica do Município:

Art. 8º. Ao Município compete prover a tudo quanto diga respeito a seu peculiar interesse e ao bem-estar de sua população, cabendo-lhe, privativamente, dentre outras, as seguintes atribuições:

I - legislar sobre assuntos de interesse local.

II - suplementar a legislação federal e estadual, no que couber.

A redistribuição é o deslocamento do servidor público para outro órgão público, que não possui qualquer relação com a lotação anterior. Já o reenquadramento de servidor público é o processo pelo qual o servidor muda de cargo, nível ou classe dentro da estrutura da carreira na administração pública. Portanto, verifica-se que o termo utilizado não está em conformidade com o que se deseja obter com o presente projeto de lei.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso II, exige a prévia aprovação em concurso público para o acesso a qualquer cargo ou emprego público, salvo para os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Nesse sentido, tanto a Súmula Vinculante n. 43, como a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal consideram inconstitucional toda forma de provimento derivado após a Constituição Federal de 1988, sendo necessária a prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos para o ingresso em cargos públicos. Cita-se a Súmula Vinculante n. 43 do STF:

Súmula Vinculante n. 43 do Supremo Tribunal Federal:

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.

Insta salientar que, conforme consta na justificativa do projeto de lei ora analisado, os servidores auxiliares de enfermagem já executam, na prática, as atribuições de técnico de enfermagem, o que configura desvio de função. Leciona José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar do desvio de função no poder público, em sua obra “Manual de Direito Administrativo” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015):

O cargo, ao ser criado, já pressupõe as funções que lhe são atribuídas. Não pode ser instituído cargo com funções aleatórias ou indefinidas: é a prévia indicação das funções que confere garantia ao servidor e ao Poder Público. Por tal motivo, é ilegítimo o denominado desvio de função, fato habitualmente encontrado nos órgãos administrativos, que consiste no exercício, pelo servidor, de funções relativas a outro cargo, que não o que ocupa efetivamente. Nem a insuficiência de servidores na unidade administrativa justifica o desvio de função.

[...]

Na verdade, o desvio de função não se convalida, a não ser em situações excepcionais autorizadas em lei, mas o servidor deve ser indenizado, quando couber, pelo exercício das funções do outro cargo, e a autoridade administrativa deve ser responsabilizada pela anomalia, inclusive porque retrata improbidade administrativa.

Dessa forma, o mero desvio de função não confere ao servidor a possibilidade de reenquadramento funcional, fazendo jus apenas à percepção das diferenças salariais existentes entre os respectivos vencimentos, a título de indenização, sob pena de enriquecimento ilícito do ente público. É o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. DIREITO ÀS DIFERENÇAS SALARIAIS DECORRENTES DE DESVIO DE FUNÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 375/STJ.

1. A jurisprudência do STJ há muito se consolidou no sentido de que o servidor que desempenha função diversa daquela inerente ao cargo para o qual foi investido, embora não faça jus ao reenquadramento, tem direito de perceber as diferenças remuneratórias relativas ao período, sob pena de se gerar locupletamento indevido em favor da Administração.

2. Entendimento cristalizado na Súmula 378/STJ: "Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes." 3. Recurso Especial não provido.

(REsp n. 1.689.938/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/9/2017, DJe de 10/10/2017.)

Ademais, o Conselho Federal de Enfermagem, no Parecer de n. 089/2016/COFEN, reconheceu que o desvio de função deve ser corrigido, inexistindo justificativa legal para investidura em novo cargo e nem mesmo direito a receber *ad eternum* a remuneração do cargo que vem executando em desvio de função, uma vez que cabe a Administração Pública rever seus atos e, no presente caso, corrigir os desvios identificados.

Alguns municípios já adotaram, erroneamente, a promulgação de leis que extinguem o cargo de auxiliar de enfermagem, enquadrando estes no cargo de técnico de enfermagem, prática que originou diversas ações de inconstitucionalidade nos Tribunais de Justiça, como, a exemplo, a ADIn n. 70010812162, originada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na qual, por unanimidade os integrantes do Tribunal Pleno julgaram procedente a ação, nos termos do voto do Relator e Desembargador Paulo Augusto Monte Lopes. Cita-se:

ADIn. REFORMA ADMINISTRATIVA. REENQUADRAMENTO. AUXILIAR DE ENFERMAGEM PARA TÉCNICO DE ENFERMAGEM. O reenquadramento automático dos auxiliares de enfermagem como técnicos de enfermagem mediante a simples apresentação do certificado de conclusão do curso de formação técnica pelo órgão educacional autorizado viola o princípio da acessibilidade aos cargos públicos por concurso, não se tratando de promoção, não podendo igualmente ser confundido reenquadramento com transposição. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

(TJ-RS - ADI: 70010812162 RS, Relator: Paulo Augusto Monte Lopes, Data de Julgamento: 09/05/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/07/2005).

Portanto, a matéria proposta, apesar de ingressar no âmbito de interesse local, objetiva legislar acerca do reenquadramento dos profissionais auxiliares de enfermagem para o cargo de técnico de enfermagem, o que é vedado, estando em dissonância com o ordenamento jurídico vigente.

Pela análise do presente projeto de lei, nota-se que a proposição está em desconformidade com o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

3. Parecer

Diante do exposto, se vislumbra óbice ao prosseguimento da análise pela Casa Legislativa do projeto de lei de n. 007/2024, visto que, sob o aspecto jurídico formal, não se encontra em conformidade com os pressupostos legais e constitucionais.

É o parecer, salvo melhor juízo.

São José do Divino (PI), 21 de fevereiro de 2024.

Pablo Edirmando Santos Normando
OAB/PI n. 7920