



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE SANT'ANA DO LIVRAMENTO
"Palácio Moysés Vianna"
Unidade Central de Controle Interno

PARECER UCCI Nº 014/2011

ENTIDADE SOLICITANTE: Chefia da UCCI

FINALIDADE: Orientação à Câmara de Vereadores

ORIGEM: Memorando Nº 218/2011, da Secretaria Municipal de Administração – a pedido da Câmara de Vereadores – Pedido de Informação nº 29/11

DOS FATOS:

Ocorre que chegou a esta Assessoria Jurídica, para manifestação, o Pedido de Informação do Legislativo, sob o nº 29/11, onde, após a criação do cargo de Técnico de Enfermagem, é solicitada análise sobre a possibilidade de se “aproveitar e ou reequadrar” os servidores ocupantes do cargo de Auxiliar de Enfermagem da Secretaria Municipal de Saúde.

DA LEGISLAÇÃO:

- CF;
- Lei 2.620/90;
- Lei Municipal 4.365/02;
- Lei Municipal 4.378/02;
- Lei Municipal 4.721/03;
- Lei Municipal 4.793/04;
- Lei Municipal 6.013/11;
- Orientação Técnica IGAM Nº 17.411/2011.

DA PRELIMINAR:

No cumprimento das atribuições estabelecidas nos Arts. 31 e 74 da Constituição Federal e na Lei Municipal nº 4.242, de 27/09/2001, e demais normas que regulam as atribuições do Sistema de Controle Interno, referentes ao exercício de controle prévio e concomitante dos atos de gestão, cumpre-nos lembrar que **a presente consulta foi considerada instruída, nos termos do Regimento Interno desta Controladoria, por solicitação realizada pelo Poder Executivo Municipal, tendo sido acompanhada com manifestação técnica do IGAM – INSTITUTO GAMMA DE ASSESSORIA A ÓRGÃOS PÚBLICOS, representando a Assessoria Jurídica da segunda autoridade consultante, no caso, o Prefeito Municipal.** Outrossim, merece, a presente análise, a complementação de informações deste Órgão de Controle, haja vista entendermos haver a possibilidade dos servidores, ocupantes do cargo de Auxiliar de Enfermagem, terem acesso ao cargo de Técnico de Enfermagem através de concurso público, com provas de títulos, onde poderão ser reconhecidos requisitos específicos tais como, tempo de serviço público municipal, experiência na área da saúde, etc. Lembramos ainda que, por força regimental, a resposta à consulta não constitui pré-julgamento de fato ou caso concreto (Regimento Interno – UCCI – Decreto 3.662/03).

DA FUNDAMENTAÇÃO:

Mais uma vez, esta Assessoria Jurídica se depara com o problema polêmico, no que diz respeito à definição da natureza jurídica dos servidores estatutários.

Ao invés de procedermos a fastidioso elenco de posicionamentos doutrinários e de conteúdo “evocador”, encaminharemo-nos diretamente para o tema sob análise, buscando a objetividade para a resposta.

Porém, é mister procedermos breves comentários sobre a inteligência dos vocábulos “cargo, emprego e função”, empregados no campo da Administração Pública.

Cargo e emprego: têm individualidade própria, **uma unidade de atribuições distintas** que liga o servidor ao Estado (estatutário/cargo e celetista/emprego).

A regra, portanto, é que o servidor exerça as funções inerentes a seu cargo ou emprego (presentes na descrição de atribuições), e que seu acesso se dê mediante regular processo de concurso público (artigo 37, II da CRB), à exceção das funções de confiança e gratificadas.

Destarte, fora das hipóteses excepcionadoras supracitadas, o servidor não pode exercer função não correlacionada com seu cargo ou emprego por encontrar óbices intransponíveis no ordenamento jurídico: A) lesão aos princípios basilares que regem a Administração Pública (legalidade, impessoalidade e moralidade) e que estão insertos no caput do art. 37 da CF; B) **lesão ao princípio do concurso público**, inserto no inciso II do referido artigo.

Por conta desta ilegalidade (lato senso), o eventual desvio de função, decorrente de reenquadramentos e aproveitamentos inadequados, não gera direito pecuniário ao servidor que se encontre nesta situação. Nesse sentido, torrencial apoio jurisprudencial:

*“O desvio de função não gera direito algum, seja na esfera da relação estatutária entretida com a Administração Pública, como no campo patrimonial. **O acolhimento da pretensão induziria na afronta aos princípios constitucionais da impessoalidade, legalidade e moralidade, todos eles vinculativos ao proceder do administrador.** Desvio de função que não gera direito pecuniário, ainda mais quando a base fática da pretensão é expressamente reconhecida na peça angular. Sentença de improcedência da ação. Recurso de apelação não provido. (TJRS - AC 70003519535 - 3ª C.Cív. - Rel. Des. Augusto Otávio Stern - J. 28.02.2002)”*

*“O desvio de função não gera direito algum, seja na esfera da relação estatutária entretida com a Administração Pública, como no campo patrimonial. O acolhimento da pretensão induziria na afronta aos princípios constitucionais da impessoalidade, legalidade e moralidade, todos eles vinculativos ao proceder do administrador. **Desvio de função que não gera direito patrimonial, ainda mais quando a perícia técnica realizada fundamenta sua conclusão em registros inespecíficos.** Sentença de improcedência da ação. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO PROVIDO.” (TJRS, AC 70002593838, 3ª Câmara Cível, j. Em 31.05.2001)”*

*“**ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL.** Servidores públicos que postulam repercussão patrimonial decorrente do exercício de funções em desvio. **O desvio de função não gera efeito algum**, seja no plano patrimonial como no da relação institucional mantida com o Poder Público, **pena de infringência aos princípios constitucionais que orientam a Administração Pública, especialmente os da legalidade e moralidade. Insculpidos no artigo 37, da CF/88.** Caso concreto em que a prova produzida e as próprias declarações dos autores na inicial comprovam tal conduta. Sentença de improcedência. APELO DESPROVIDO.” (TJRS, AC 70003049558, j. em 18.10.2001, 3ª Câmara Cível)*

“No mesmo sentido, os julgados do E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal: TJDF - Tribunal de Justiça do Distrito Federal Número do Acórdão: 156985 Número do Processo: 20010110353015APC Órgão do Processo: 3ª Turma Cível Espécie do Processo: APELAÇÃO CÍVEL Relator do Processo: LÉCIO RESENDE Data de

“AÇÃO DE CONHECIMENTO - ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - DESVIO DE FUNÇÃO - EXERCÍCIO DE FATO - PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS - REENQUADRAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO - MAIORIA. O PROVIMENTO DE CARGOS PÚBLICOS POR FORMAS DERIVADAS NÃO ENCONTRA AMPARO NO ORDENAMENTO VIGENTE, POIS, CONFORME PRECEITUA O ART. 37, ITEM II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O CONCURSO PÚBLICO É A ÚNICA FORMA DE ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO. O DESVIO DE FUNÇÃO NÃO TEM O CONDÃO DE AUTORIZAR O REENQUADRAMENTO DE CARGOS, BEM COMO O PAGAMENTO DE DIFERENÇAS SALARIAIS. TJDF - Tribunal de Justiça do Distrito Federal; Número do Acórdão: 152810; Número do Processo: 19990110756427APC; Órgão do Processo: 5a Turma cível ; Espécie do Processo: APELAÇÃO CÍVEL; Relator do Processo: MARIA BEATRIZ PARRILHA; Data de Julgamento: 04.02.2002; Data de Publicação: 08.05.2002; Página de Publicação: 47; Unidade da Federação: DF;

“Ementa:

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - DESVIO DE FUNÇÃO - **PRETENSÃO DE REENQUADRAMENTO E RECEBIMENTO DE DIFERENÇAS E GRATIFICAÇÃO PELO EXERCÍCIO DE OUTRO CARGO. INCABÍVEL A TRANSFERÊNCIA DE SERVIDORES PARA CARGOS OU FUNÇÕES DIFERENTES DAQUELES PARA OS QUAIS FORAM INVESTIDOS. O ARTIGO 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EXIGE CONCURSO PÚBLICO**, AINDA QUE NÃO SE TRATE DE PRIMEIRA INVESTIDURA. TAMBÉM INCABÍVEL A PRETENSÃO DE REMUNERAÇÃO E GRATIFICAÇÃO ESTABELECIDAS PARA CARGO DIVERSO DAQUELE PARA O QUAL PRESTARAM OS SERVIDORES CONCURSO PÚBLICO, O QUE EQUIVALERIA A VALIDAR DESVIO DE FUNÇÃO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. UNÂNIME. TJDF - Tribunal de Justiça do Distrito Federal; Número do Acórdão: 145685; Número do Processo: 20010020017425AGI; Órgão do Processo: 1a Turma cível; Espécie do Processo: AGRAVO DE INSTRUMENTO ; Relator do Processo: VALTER XAVIER; Data de Julgamento: 04.06.2001; Data de Publicação: 14.11.2001
Página de Publicação: 149; Unidade da Federação: DF”;

“Ementa:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SERVIDOR. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇA DE VENCIMENTOS. **AUSENTE A PLAUSÍVEL PREVISÃO DE VITÓRIA, EIS QUE A BUSCA DA TUTELA JURISDICIONAL VISA A PERCEPÇÃO DE DIFERENÇA REMUNERATÓRIA ASSENTADA EM DESVIO DE FUNÇÃO, O QUE, EM PRINCÍPIO, VIOLA O ORDENAMENTO JURÍDICO, CORRETO O DECISÓRIO SINGULAR QUE INDEFERIU A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.** TJDF - Tribunal de Justiça do Distrito Federal; Número do Acórdão: 145204
Número do Processo: 20000150061056APC; Órgão do Processo: 2a Turma cível; Espécie do Processo: APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA DE OFÍCIO; Relator do Processo: EDSON ALFREDO SMANIOTTO; Relator Designado do Processo: JAIR SOARES; Data de Julgamento: 16.04.2001; Data de Publicação: 31.10.2001; Página de Publicação: 50; Unidade da Federação: DF”

“Ementa:

ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. PAGAMENTO DE DIFERENÇA. INVIABILIDADE.
1. POSTULANDO O AUTOR PAGAMENTO DE DIFERENÇAS DE VENCIMENTOS, A PRESCRIÇÃO É DE TRATO SUCESSIVO, ATINGINDO APENAS AS PRESTAÇÕES VENCIDAS HÁ MAIS DE CINCO ANOS DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO.
2. **COM ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, O ACESSO A CARGOS PÚBLICOS SOMENTE É POSSÍVEL MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO. ASSIM, AINDA QUE OCORRA, POR DETERMINAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO, DESVIO DE FUNÇÃO, INVIÁVEL O PAGAMENTO DAS RESPECTIVAS DIFERENÇAS DE VENCIMENTOS.**
3. APELO PROVIDO. TJDF - Tribunal de Justiça do Distrito Federal; Número do Acórdão: 143326; Número do Processo: 20000110894050APC ; Órgão do Processo: 1a Turma cível; Espécie do Processo: APELAÇÃO CÍVEL; Relator do Processo: HERMENEGILDO GONÇALVES; Data de Julgamento: 25.06.2001; Data de Publicação: 03.10.2001; Página de Publicação: 56; Unidade da Federação: DF”

“Ementa:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DESVIO DE FUNÇÃO. PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS REFERENTES À FUNÇÃO EXERCIDA.

1. O DESVIO DE FUNÇÃO NÃO AUTORIZA O ENQUADRAMENTO DO SERVIDOR PÚBLICO EM CARGO DIVERSO DAQUELE PARA O QUAL PRESTOU CONCURSO, TAMPOUCO PERCEPÇÃO DA REMUNERAÇÃO OU DIFERENÇAS SALARIAIS PREVISTA PARA O MESMO, RESTANDO-LHE TÃO-SOMENTE A POSSIBILIDADE DE REIVINDICAR, JUNTO À ADMINISTRAÇÃO, QUE PASSE A EXERCER AS FUNÇÕES DO CARGO PARA O QUAL SE HABILITOU.

2. INEPTA A INICIAL PELA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Processo Número: 111200900 ; Origem: LONDRINA - 2a. VARA CÍVEL; Acórdão Número: 9313; Órgão Julgador: 6a. CAMARA CÍVEL ; Relator: ANTONIO LOPES DE NORONHA; Data de Julgamento: 08.05.2002;

“APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO Nº 111.200-9, DE LONDRINA - 2ª VARA CÍVEL. REMETENTE : JUIZ DE DIREITO. APELANTE : CAIXA DE ASSISTÊNCIA, APOSENTADORIA E PENSÕES DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE LONDRINA – CAAPSML. APELADO : RONALDO RIBEIRO DOS SANTOS. RECURSO ADESIVO : RONALDO RIBEIRO DOS SANTOS. RELATOR DESIGNADO: DES. ANTONIO LOPES DE NORONHA. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - **DESVIO DE FUNÇÃO NÃO COMPROVADO - DIFERENÇA DE REMUNERAÇÃO - PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVA - EXEGESE DOS ARTIGOS 37, II E 39, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 5º DA LEI MUNICIPAL Nº 4.928/1992 - APLICAÇÃO DA SÚMULA 339 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO - REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO ADESIVO PREJUDICADOS - DECISÃO UNÂNIME.**”

Pelo exposto, é bastante claro que qualquer tipo de “engenharia legal” que vise o “reenquadramento ou aproveitamento inadequado, sem amparo de manifestação técnica”, estará ferindo a Constituição Federal, portanto, passível de ser declarada inconstitucional e desconstituído todo o ato, sem qualquer direito de retribuição pecuniária aos servidores envolvidos.

Na análise da legislação Municipal, verificou-se que existem vários dispositivos que diferenciam os cargos de “Atendente I” (em extinção), “Auxiliar de Enfermagem” e “Técnico de Enfermagem”, dentre os quais, as atribuições e o próprio nível de graduação:

- “Atendente I : Lei 4.365/02: Requisitos para provimento: b) 1º grau incompleto e treinamento específico para o exercício do cargo;
- Auxiliar de Enfermagem: Lei 4.378/02: Requisitos para provimento: b) Ensino Fundamental Completo e curso específico reconhecido, e inscrito no COREN;
- Técnico em Enfermagem: Lei 6.013/11: Requisitos para provimento: b) Nível Médio completo, acrescido de concurso de Nível Técnico em Enfermagem ou de curso pós-médio ou profissionalizante em Enfermagem.”

Por derradeiro, esta Controladoria não tem como desviar da cristalina manifestação exarada pelo IGAM, a pedido do Executivo Municipal, onde aquela consultoria técnica, responde ao Prefeito Municipal, através da Procuradoria Jurídica Municipal – Dr. Ivan Garcia, pela impossibilidade de qualquer tipo de transposição de cargos que não passe pelo concurso público:

“Porto Alegre, 19 de setembro de 2011.

Orientação Técnica IGAM nº 17.411/2011.

I. O Poder Executivo do Município de Santana do Livramento, RS, solicita orientação a respeito viabilidade de reenquadramento e ou equiparação dos profissionais detentores do cargo de auxiliar de enfermagem em face da extinção do presente cargo pelo COREN/RS, vindo a existir tão somente, o curso para técnico em enfermagem. Pontualmente, informa e questiona:

(...) Todos os auxiliares e atendentes já desempenham as funções de técnicos de enfermagem e realizaram o curso de técnico, pagos pelo Município. Todos esses funcionários querem a equiparação ao novo quadro criado pelo município, Técnicos de Enfermagem. Alegam eles que o COREN/RS já extinguiu a função de auxiliar de enfermagem, com prazo de capacitação, o que já ocorreu com os nossos servidores.

Pergunto-lhes se é possível fazer esse reenquadramento e ou equiparação destes servidores através de Lei Municipal?

Caso não haja tal possibilidade, se pode haver uma gratificação aos servidores até alcançar o valor dos técnicos de enfermagem e incorporar aos seus salários. Alegam que no município de Uruguaiana já houve tal decisão. Se possível, prestem estas respostas em caráter de urgência.

II. A presente consulta diz respeito à possibilidade da utilização dos profissionais que ingressaram na Administração Pública Municipal de Santana do Livramento, para o cargo de Auxiliar de Enfermagem e Atendente de Enfermagem, equipararem-se ao novo cargo de Técnico em Enfermagem, criado em face à extinção quanto a curso específico de auxiliar de enfermagem pelo órgão de classe, o COREN/RS.

III. O instituto da isonomia de vencimentos, que condiciona a valoração da contraprestação de um cargo, em relação ao outro, ainda persiste no sistema constitucional, não expressamente formal, mas insculpido nas disposições do art. 5º, I e art. 37, XII da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

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:

(...)

XII - os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo.

Leciona a Profª Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Quanto à isonomia de vencimentos, embora excluída sua previsão do art. 39, § 1o, mantém-se, de certa forma, não só em decorrência da norma do art. 5o, caput, e inciso I, como de outros dispositivos constitucionais pertinentes aos servidores públicos, em especial o art. 37, Inciso X e XII, art. 40, §§ 7o e 8o.

Desta forma, qualquer comparação isonômica, ou limitação de vencimento, deve obedecer à estrita identidade de atribuições.

IV. O questionamento trazido pela Consulente se deve ao fato de Lei Ordinária recente que cria o cargo de Técnico de Enfermagem, nos quadro dos cargos efetivos municipais. Tal Plano de Cargos traz como padrão de vencimento dos cargos de Auxiliar de Enfermagem e Atendente de Enfermagem (Nível 7), e cria o cargo de Técnico em enfermagem (Nível 10).

Importante se estabelecer uma relação dos cargos envolvidos com as disposições do § 1º do art. 39 da Constituição Federal, vez que ali estão determinadas as peculiaridades a serem observadas quando da fixação de padrões de vencimento.

No que diz respeito à “natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira”, podemos identificar perfeitamente que as funções atinentes ao cargo de Auxiliar de Enfermagem são menos complexas que as funções atinentes ao cargo de Técnico em Enfermagem.

Neste sentido, temos a descrição das funções, cujo comparativo se faz necessário, ainda que de forma sumária:

AUXILIAR DE ENFERMAGEM	TÉCNICO EM ENFERMAGEM
Descrição sintética da função: <i>Realizar atividades de nível básico de certa complexidade, envolvendo a execução de serviços auxiliares de enfermagem.</i>	Descrição sintética da função: <i>Executar e supervisionar serviços de enfermagem, empregando processos de rotina e/ou específicos, para possibilitar a proteção e recuperação da saúde pública.</i>

Descrição analítica da função: Auxiliar nos serviços de enfermagem; Realizar curativos de menor complexidade técnica; Ministrar medicamentos,...	Descrição analítica da função: Executar diversas tarefas de enfermagem; Realizar curativos; Requisitar e controlar entorpecentes e psicotrópicos, ...
--	---

Quanto aos “requisitos para a investidura”, verificamos que para o cargo de Auxiliar de Enfermagem são: a) ensino fundamental incompleto e habilitação legal para o exercício da profissão; (...).E, para o cargo de Técnico em Enfermagem são: a) ensino fundamental completo – Técnico em Enfermagem e habilitação para exercício da profissão; (...) Ou seja: para Auxiliar de Enfermagem, ensino fundamental incompleto e para Técnico em Enfermagem ensino fundamental completo e curso técnico.

Portanto, verifica-se a impossibilidade de fixação do mesmo padrão de vencimento para os cargos de Auxiliar de Enfermagem e Técnico em Enfermagem.

Desta forma, não há que se falar isonomia entre tais categorias. Tal concessão quanto a elevação do nível do cargo de Auxiliar de Enfermagem é de ato discricionário do Poder Público Municipal de Santana do Livramento.

V. Quanto ao alegado pela Consulente, de que a função de auxiliar de enfermagem fora extinta, cabe-nos esclarecer.

1) Considerando a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso II, que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”;

2) De acordo com o Decreto nº 5.154/2004 que regulamenta o §2º do art. 36 e os arts. 39 a 41 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e dá outras providências.

Art. 1º A educação profissional, prevista no art. 39 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), observadas as diretrizes curriculares nacionais definidas pelo Conselho Nacional de Educação, será desenvolvida por meio de cursos e programas de:
I - formação inicial e continuada de trabalhadores;
II - educação profissional técnica de nível médio;
III - educação profissional tecnológica de graduação e de pós-graduação.

3) Considerando que a Resolução CNE/CEB nº 01/2001 que prorroga o prazo final do período de transição para implantação das Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Profissional de nível Técnico até 31 de dezembro de 2001, nos termos do art. 1º;

4) Considerando a Resolução COFEN 276/2003 que estipulava prazo de cinco anos de Inscrição Provisória de auxiliar de enfermagem, como itinerário do Curso de Técnico de Enfermagem;

5) Considerando o art. 2º da Lei nº 7.498, de 1986, que dispõe sobre a regulamentação do exercício da enfermagem, e dá outras providências:

Art. 2º A enfermagem e suas atividades auxiliares somente podem ser exercidas por pessoas legalmente habilitadas e inscritas no Conselho Regional de Enfermagem com jurisdição na área onde ocorre o exercício.
Parágrafo único. A enfermagem é exercida privativamente pelo Enfermeiro, pelo Técnico de Enfermagem, pelo Auxiliar de Enfermagem e pela Parteira, respeitados os respectivos graus de habilitação.

6) Considerando o art. 1º do Decreto 94.406/87 que regulamenta a Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, que dispõe sobre o exercício da Enfermagem, e dá outras providências

Art. 1º - O exercício da atividade de Enfermagem, observadas as disposições da Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, e respeitados os graus de habilitação, é privativo de Enfermeiro, Técnico de Enfermagem, Auxiliar de Enfermagem e Parteiro e só será permitido ao profissional inscrito no Conselho Regional de Enfermagem da respectiva região.

Portanto, com base na legislação vigente houve a extinção **do curso** de formação do Auxiliar de Enfermagem. Contudo, a função de Auxiliar de Enfermagem ainda existe e está respaldada pela legislação vigente. Portanto, esse profissional inscrito e regularmente habilitado poderá exercer as atividades inerentes a sua profissão, todavia, em quadro em extinção, em vistas da formação não mais encontrar-se a disposição.

VI. A respeito da possibilidade de criação de gratificação aos profissionais detentores do cargo de auxiliar de enfermagem, que possuem a formação profissional técnica, é possível.

Sobre a gratificação por grau de escolaridade, melhor seria nomearmos de adicional por escolaridade. Destaca-se que essa tem a pretensão de conceder benefício aos servidores que se aperfeiçoaram para exercer com maior competência as atribuições que lhe foram designadas.

Sendo assim, comprovada a evolução da escolaridade diante daquele requisito mínimo exigido para provimento no cargo ao qual o servidor está investido (quando do ingresso), caberá a concessão de tal adicional. O que se faz ressalva é quanto à concessão aquele servidor que restando automaticamente concedida a elevação do nível, junto a carreira, receberia os dois benefícios em virtude do mesmo fato, ou seja, a escolaridade.

Desta forma, o adicional por escolaridade somente poderá ser percebido quando o servidor apresentar certificação de conclusão de curso de formação diversa daquela apresentada para nomeação.

Portanto, a concessão de uma gratificação especial por escolaridade, mostra-se viável, sendo oportuno ressaltar que se demonstra necessário à análise do impacto financeiro-orçamentário quanto a concessão do benefício.

Importante se ter presente, ainda, que a concessão de gratificação não autoriza o servidor a exercer atividades distintas das atribuições do seu cargo, ou seja, o auxiliar de enfermagem, pelo fato de perceber gratificação, não estará autorizado a desempenhar as atividades de técnico de enfermagem.

VII. Ante o exposto, a orientação é no sentido de não ser possível o reenquadramento dos profissionais do cargo de Auxiliar de Enfermagem, uma vez que não há identidade entre as atribuições do cargo em contraposto ao cargo de Técnico de Enfermagem, conforme acima demonstrado. Ainda, importante ressaltar que a exigência de escolaridade para provimento do cargo é distinta, sendo que o reenquadramento caracterizaria uma burla ao concurso público.

Desta forma, de melhor valia seria enquadrar tais servidores em quadro em extinção, pela ausência do curso de auxiliar de enfermagem, nos dias de hoje. Cabendo, assim, a concessão da gratificação por escolaridade, àqueles que comprovarem a formação superior àquela exigida ao cargo de origem.

Todavia, quanto à concessão de aumento de nível do cargo de auxiliar de enfermagem, cabe-nos informar é ato discricionário da Administração Pública tal concessão, não cabendo equiparação de tais categorias por isonomia.

O IGAM permanece à disposição.”

Por fim, cabe a esta Controladoria colacionar a decisão do TCE-RS, órgão máximo de contas que supervisiona o Município:

“PROCESSO Nº 5153-0200/06-0

ORGÃO: CÂMARA MUNICIPAL DE CARAZINHO

Reenquadramento ou reclassificação. Transposição de servidor para outro cargo em decorrência de alteração estrutural no quadro. Observância, caso a caso, de identidade entre as atribuições dos cargos em cotejo e nível de escolaridade igual. Simples alterações dos padrões salariais não constituem reenquadramento. Considerações e Conclusões.

Senhor Coordenador:

Vem a exame desta Consultoria Técnica, por determinação do Exmo. Senhor Conselheiro-Presidente, consulta formulada pelo Exmo. Senhor Presidente da Câmara Municipal de Carazinho, Vereador Felipe Sálvia, nos termos do "OD/401/06".

No documento é solicitada emissão de parecer por parte deste Tribunal sobre a possibilidade da reclassificação de servidor concursado, o qual ocupa cargo de "Auxiliar de Expediente", com Padrão 01, para o cargo de "Auxiliar Legislativo", Padrão 02. Justifica a pretensão informando que no Quadro de Pessoal da Câmara Municipal, cargos com exigência de escolaridade inferior, como motoristas e cozinheiras, possuem o Padrão 02. Destaca que todos os cargos têm carga horária igual. Junta parecer do Instituto Gaúcho de Administração Municipal- IGAM considerando legal a transformação pretendida.

É a consulta.

Inicialmente, convém referirmos os termos do disposto no § 2º, art. 138 do Regimento Interno desta Corte, no sentido de informar que **"a resposta à consulta não constitui prejulgamento de fato ou caso concreto"**.

(Grifamos.)

1. Com frequência operam-se nos quadros de cargos, empregos e funções dos organismos públicos alterações estruturais de abrangência parcial ou mesmo global. Delas resulta a necessidade de relocação dos servidores na nova ordem. São os denominados "reenquadramentos" ou "reclassificações", expressões utilizadas como sinônimos nos diversos pareceres emitidos por esta Casa sobre o assunto.(1)

Como subsídio doutrinário importante referimos, de plano, estudo realizado pelo Conselheiro Hélio Saul Mileski sobre atos administrativos-derivados, apresentado em evento interno, na data de 13-08-2004 que, sobre a figura do reenquadramento, a mais comum das duas designações, diz o que segue:

"12. Reenquadramento

"Reenquadramento é o ato de transposição do servidor de uma realidade jurídica (Quadro funcional revogado) para outra (Quadro Funcional revogador), consoante o estabelecido em lei. "Assim, havendo necessidade de ser melhorada a estrutura administrativo funcional dos órgãos ou dos Poderes, a Administração pode promover, mediante lei, a reorganização administrativa-funcional dos organismos públicos, realizando a mudança de nomenclatura dos cargos, empregos e funções, efetuando o reagrupamento desses mesmos cargos, empregos e funções, com alteração do Plano de cargos, empregos, funções e vencimentos.

"Havendo esta modificação da estrutura administrativa, a lei promovedora dessa reorganização extinguirá os cargos e funções do Quadro revogado, criando novos cargos e funções e suas respectivas remunerações, gerando a obrigatoriedade de ser implementada adequação do servidor concursado e detentor do cargo, emprego ou função extinto ao novo Plano de cargos, empregos e funções criados por lei.

"Por essas razões, **a finalidade do reenquadramento é sempre o fim público**, o qual é identificado na busca da melhora da estrutura administrativo-funcional do Poder Público, com o objetivo realizar a substituição de um Quadro funcional por outro. Assim, o ato de reenquadramento é vinculado, qual seja, não pode desbordar dos termos da lei, em cuja circunstância não há espaço que permita uma avaliação discricionária.

"Portanto, no reenquadramento, obrigatoriamente, **a transposição deve guardar conformidade com a lei, sendo feita de um cargo para outro que assegure a identidade de atribuições e das qualificações dos seus Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul ocupantes**, por isto, sendo entendido como um ato conservador de direito. O reenquadramento não altera diretos, conserva direitos."

(Grifamos)

O Pleno desta Casa por sua vez aprovou Parecer nº 186/94 (onde se utiliza preponderantemente o termo "reclassificação"), do qual reproduzimos trecho em que a parecerista examina Lei Municipal que alterou tão somente padrões salariais do funcionalismo:

"Não parece que a referida lei tenha levado a cabo qualquer modificação nas classes dos servidores públicos municipais. Poder-se-ia argumentar, em sentido contrário, que a lei, ao alterar os padrões salariais, teria mudado toda a classificação funcional do município. Todavia, como decorre do próprio conceito de classe acima mencionado, a majoração dos vencimentos não é suficiente para alterar a classe.

A jurisprudência aponta neste sentido. O Tribunal de Justiça do Estado, ao decidir questão similar, entendeu que o mero aumento de remuneração não significa qualquer reclassificação. Afirmou que as leis municipais em foco no caso "apenas alteraram o patamar de vencimentos, nada dispondo sobre reclassificação do quadro de servidores municipais...". Sublinha, o mesmo acórdão, a decisão de primeiro grau na qual se afirma que "uma reclassificação no sentido do termo em si envolve e abarca muito mais do que uma simples questão remuneratória, devendo alterar o quadro do funcionalismo em aspectos fundamentais, pois em caso contrário mostrar-se-ia um mero artifício de aumento de vencimentos".

Posteriormente, de forma didática o Parecer nº 68/2001 assim se manifestou sobre o tema em tela:

*“O reenquadramento se dá quando a Administração, autorizada por lei, promove uma reorganização em seu plano de cargos promovendo ajustes para o melhor desempenho das funções públicas. Neste caso, **os requisitos e atribuições de um cargo ou carreira reorganizados não poderão ser distintos dos que lhes deram origem.** Deverá ocorrer extrema **similitude** entre estas para não caracterizar fraude às exigências constitucionais quanto ao ingresso originário.*

*“Exemplifica-se com situação bem evidente: não há possibilidade de promover o reenquadramento de um servidor que teve seu ingresso originário em cargo, cujo pré-requisito e atribuições exijam nível médio de ensino para outro cargo que exija titulação de nível superior. A mesma impossibilidade ocorre quando, embora a exigência de nível médio, estejam previstas **atribuições e responsabilidades** totalmente diferentes, decorrentes de pré-requisitos tais como cursos técnicos com formação e treinamento para habilidades distintas, p. ex., um em mecânica e outro em secretariado.*

“Importa identificar concreta e objetivamente em cada situação sob análise, os pré-requisitos para ingresso e exercício do cargo, examinando a natureza das funções e atribuições exercidas, de forma a distinguir-se: a) a investidura ou provimento em cargo distinto, hipótese em que deverão ser atendidos os requisitos para ingresso originário em cargo público, b) a progressão por promoção num mesmo cargo organizado em carreira, inviável de ocorrer em cargos isolados e para cargos de hierarquia superior, e c) se se trata, efetivamente, da hipótese de reenquadramento.

*“Cabe especial atenção, **pois muitas vezes denomina-se promoção ou reenquadramento quando, na realidade, está-se diante de categorias de cargos distintos.** Muitas vezes apresenta-se (intencionalmente ou não) confundidos os institutos da promoção e do reenquadramento, albergando ora progressão no mesmo cargo ou reenquadramento em cargo da mesma natureza, ora provimento em cargos totalmente distintos”.*

Sintetizando o acima exposto, poderíamos afirmar que o reenquadramento (reclassificação) implica, necessariamente, na transferência do servidor de um cargo para outro, embora, por vezes, encontremos denominados como tal, meros atos de mudança na distribuição dos padrões remuneratórios o que, na verdade, têm servido à intenção, tão-somente, de promover reajustes de vencimentos.

A operação de reenquadramento ou reclassificação de servidores, como visto, seria resultante da reestruturação do quadro funcional, o que pode se dar global ou, mesmo, setorialmente.

No caso presentemente examinado, considerando-se o texto legal que acompanha a consulta evidencia-se apenas a transposição do servidor de um cargo para outro sem alteração organizacional do quadro. Segundo o que se depreende do estudo do Conselheiro Hélio Mileski, antes referido, alteração desse jaez deveria acarretar correspondente revogação no quadro anterior, que neste caso será, evidentemente, parcial, mas não poderá deixar de ocorrer.

*Destaque-se, igualmente, **a importância da análise caso a caso da similaridade no rol de atribuições dos cargos** em cotejo, como bem explicitado nos Estudos acima referidos, **assim como, se igual o nível de escolaridade exigido.** Cabe, ainda, alerta para a hipótese em que a transposição é precedida de alteração nas atribuições dos cargos. Neste caso, é importante considerar se para tal houve observância dos princípios da **Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul** impessoalidade e da moralidade.*

Portanto, haverá reenquadramento se ocorrer a transposição do servidor de um cargo para outro, e no que concerne a sua legalidade, se houver identidade entre as atribuições e responsabilidades do cargo ocupado e o de origem e, se o grau de escolaridade exigido para ambos é coincidente.

Era o que tínhamos sobre a matéria trazida a exame.

(1) - Por exemplo: Parecer nº51/93 e 130/94 e Parecer Coletivo nº13/92

(2) - Evento denominado “Curso sobre Direito Administrativo”- palestra proferida no Auditório Romildo

Bolzan, em 13 de agosto de 2004.

PAULO LUIZ SQUEFF CONCEIÇÃO, Auditor Público Externo.

Revisado. Em 19/09/2006. WILSON LUIS JOHANSEN, Auditor Público Externo.

De acordo e, em face da determinação contida à fl. 2, encaminhe-se o Expediente à DCF para que proceda na sua distribuição. Em 19/09/2006. APE HUMBERTO BRANDÃO CANUSO, Coordenador.”

Desta forma, esta Controladoria não tem opções para expedir manifestação contrária à resposta do IGAM, solicitada pela Procuradoria Municipal, em nome do Executivo, até mesmo porque aquele órgão se manifestou na esteira do entendimento do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

Outrossim, o Órgão de Controle Interno Municipal é a favor do reconhecimento e valorização dos servidores, atualmente ocupantes do cargo de Auxiliar de Enfermagem, através da possibilidade legal de aferir uma pontuação diferenciada, através de concurso público, onde são perfeitamente admissíveis diferenciações através da seleção de títulos e requisitos especiais, dependendo da complexidade e responsabilidade das atribuições, tais como tempo de serviço público, ou experiência de atuação na área da saúde, de conformidade com a Constituição Federal.

MANIFESTA-SE, portanto:

- a) pela existência de embasamento técnico, derivado da Procuradoria Jurídica do Executivo Municipal e do TCE-RS, e legal (CF) que impedem, da forma como foi colocada a consulta, o reenquadramento e aproveitamento dos Auxiliares de Enfermagem para os cargos de Técnicos em Enfermagem;
- b) pela existência de embasamento legal que permite à Administração implementar a abertura de processo seletivo, na modalidade de Concurso Público, visando a classificação dos interessados através de provas de títulos, que permita a valorização dos servidores públicos municipais;
- c) pela observância, na íntegra, do posicionamento do TCE-RS, haja vista que é o órgão que fiscaliza as contas deste Município, podendo, uma contrariedade à sua orientação, gerar APONTAMENTOS nas contas e INCONSTITUCIONALIDADE na legislação, caso confronte com a CF.

Por solicitação da Chefia da UCCI, exarou-se o presente parecer.

Controle Interno, em Sant'Ana do Livramento, 09 de novembro de 2011.

TCI **Teddi Willian Ferreira Vieira** – Mat. 21.875-8
Assessoria Jurídica - UCCI