



**PREFEITURA
DE GOIÂNIA**

PGM – SEAP

Folha ou peça nº 25

Assinatura / Rubrica

Procuradoria-Geral do Município

Processo nº: 77242520/2019

Nome: AGETUL

Assunto: CONSULTA

PARECER nº 643/2019

I – RELATÓRIO

Versam os autos sobre possibilidade de convocação, em processo seletivo organizado pela AGETUL, de candidatos aprovados para o cargo de “Assistente de Atividades Administrativas (bilheteiro)” para suprir as ausências surgidas no cargo de “Agente de Serviços Operacionais – operador de atrações”, conforme se depreende do requerimento de folhas 02/03.

Os autos somente vieram instruídos com o requerimento acima informado (folhas 2/3), do edital do processo seletivo (fls. 04/22) e dos despachos de encaminhamentos a esta especializada.

Em razão da pouca instrução dos autos, não se tem conhecimento, neste processo, a respeito das circunstâncias do processo seletivo originário, de como ele ocorreu, do seu atendimento a legislação vigente, bem como das situações fáticas que o sucederam.

Assim sendo, a análise aqui constante se restringirá ao objeto do que foi perquirido, sem entrar no mérito quando a completude do processo seletivo realizado, ao passo de existir procedimento administrativo específico sobre o tema.

É o breve relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A) DO PARECER

Importante frisar, inicialmente, que a análise dos processos desta procuradoria em matéria de aposentadoria, adicionais, progressão ou quaisquer outras que versem sobre a área de

www.goiania.go.gov.br



**PREFEITURA
DE GOIÂNIA**

PGM – SEAP

Folha ou peça nº 26

Assinatura / Rubrica

Procuradoria-Geral do Município

pessoal não se pauta em outra vertente senão na legalidade, valorando sempre a dicção da lei.

Cumpre informar, por conseguinte, que os pareceres proferidos por esta procuradoria são meramente opinativos, não sendo obrigatório e tampouco vinculante, de modo que não tem o condão de compelir a Administração que emitirá decisão sobre o assunto, nos moldes do que fora ilustrado pelo ex-Ministro Joaquim Barbosa, no STF, no julgamento do MS 24.631. Assim sendo, quem decide é o gestor/administrador que emite decisão sobre o assunto, e não a Procuradoria Geral do Município.

Corroborando este aspecto, cumpre trazer a lume a previsão do artigo 45, da L.C. 313/2018, o qual menciona que os procuradores do Município de Goiânia detêm imunidade quanto às opiniões emitidas em pareceres jurídicos, a saber:

Art. 45. O ocupante do cargo de Procurador do Município exerce função essencial à justiça e ao controle da legalidade dos Atos da Administração Pública Municipal, gozando de independência funcional técnica/científica, bem como das prerrogativas inerentes à atividade advocatícia, além daquelas afetas às carreiras de Estado da Advocacia Pública, e das seguintes:

(...)

III - imunidade e autonomia funcional quanto às opiniões de natureza técnico-científica emitidas em parecer, petição ou qualquer arrazoado produzido em processo administrativo ou judicial, não podendo ser constrangido, de qualquer modo ou forma, a agir em desconformidade com a sua consciência ético profissional, sempre na defesa do interesse público; (grifo nosso)

Portanto, a lei municipal acima dita, atendendo a jurisprudência já consagrada sobre ao assunto, bem como as disposições normativas inerentes ao advogado público previstas pela OAB (Súmulas n. 1, 2 e 6), concede a imunidade ao parecerista sobre as opiniões que este desempenha nos processos administrativos, inclusive nestes autos.



Procuradoria-Geral do Município

À evidência, o Código de Processo Civil, cujo Título VI estabelece normas sobre a Advocacia Pública, determina, em seu artigo 184, que “o membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”, pelo que garante o exercício das funções do Procurador, consideradas essenciais à justiça pelos artigos 131 e 133 da Constituição Federal¹, com a garantia da inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

Importa registrar, ainda, que a presente análise restringe-se aos aspectos jurídicos da matéria aqui versada, não lhe competindo adentrar em questões afetas à conveniência e oportunidade dos atos praticados pela Administração. Desta margem, tem-se que o presente parecer não é a decisão do ato, está em consonância com a lei, não valora questões pessoais, primando pela impessoalidade e, por fim, guarda imunidade concedida por lei e amplamente visualizada na jurisprudência.

B) Da LEGALIDADE.

De início, é impreterível observar que a Administração Pública está adstrita ao princípio da Legalidade, insculpido no artigo 37, *caput*, da CRFB/1988. Sobre o princípio da legalidade observe:

“Conforme exposto, entretanto, pode-se afirmar que, no âmbito do direito administrativo, como decorrência do regime de direito público, a legalidade traduz a idéia de que Administração Pública somente tem possibilidade de atuar quando exista lei que o determine (atuação vinculada) ou autorize (atuação discricionária), devendo obedecer estritamente ao estipulado na lei, ou, sendo discricionária a atuação, observar os termos, condições e limites autorizados na lei.

Essa é a principal diferença do princípio da legalidade para os particulares e para a Administração. Aqueles podem fazer tudo o que a lei não proíba; esta só pode fazer o que a lei determine ou autorize.

¹ Interpretação extensiva à Advocacia Pública Municipal.



Procuradoria-Geral do Município

Inexistindo previsão legal, não há possibilidade de atuação administrativa.” (Alexandrino, Marcelo. Paulo, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 20. Ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012. 192) grifo nosso

Destarte, conforme se denota do exposto, a afirmação de que a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite é corolário do princípio da legalidade, vinculando sua atuação ao que preleciona a disposição legal. Portanto, tem-se que ao gestor é defeso agir a seu bel-prazer, devendo andar conforme manda o império da lei.

Neste passo, como já dito, o processo seletivo já ocorreu e não se entrará no mérito quanto a legalidade do mesmo, contudo, o mesmo deve obediência a lei. Ciente disso, é consabido que a regra é a contratação por via do concurso público e, excepcionalmente, contratação por prazo determinado nas hipóteses que a legislação autoriza seu cabimento (artigo 37, inciso IX). Assim, sem ciência de como ocorreu referido processo seletivo e não se entrará, neste parecer, no mérito quanto a esta questão, contudo, vale a ressalva que o mesmo deve atender a legislação vigente, em especial a lei de contrato por prazo determinado municipal de nº 8546/2007.

C) DA REALOCAÇÃO DE SERVIDOR PARA OUTRO CARGO

O requerimento de fls. 2/3, advindo da AGETUL, pergunta sobre a possibilidade das vagas referente ao cargo de “OPERADOR DE ATRAÇÕES” serem supridas pelas “vagas previstas para ‘BILHETEIRO’”, ao passo desta deter quantidade de inscritos bastantes, por possuir a mesma remuneração e as mesmas exigências técnicas.

Pois bem. O edital do processo seletivo contempla vagas para cargos determinados, estes, criados por lei. Cada cargo possui atribuições diversas, remuneração própria e requisitos específicos para seu ingresso, o qual se provê, rotineiramente, pela via do concurso público.

Entretanto, não é porque se está na contratação por prazo determinado, - que é exceção a regra de provimento de cargos públicos, que pode se legalizar um possível desvio de



Procuradoria-Geral do Município

função, alocando servidores de determinados cargos para exercício de atribuições diversas daquela para qual a lei previu.

Subsiste o dever de ressaltar que, ao determinar que servidores exerçam atribuições diversas de seu cargo de ingresso, o gestor poderá ser responsabilizado por referida atitude, ao passo de se acarretar o desvio de função, figura amplamente repelida no ordenamento jurídico. Sobre o desvio de função observe:

“Quanto a este último ponto, é importante fazer uma observação a respeito das situações em que a administração pública perpetra o denominado ‘desvio de função’, vale dizer, o dirigente da unidade administrativa de lotação do servidor impõe a este o exercício de atribuições de outro cargo, diversas daquelas que correspondem ao cargo para o qual ele foi nomeado e empossado.

Nessas circunstâncias, em virtude da exigência constitucional de aprovação em concurso público específico para cada cargo, não pode o servidor, depois da Constituição de 1988, ser ‘reenquadrado’ no cargo cujas atribuições está indevidamente sendo obrigado a exercer. O que acontece é surgir para esse servidor o direito a receber as diferenças de remuneração pelo período em que exerceu, de fato, as funções do cargo estranho ao seu. Além disso, é claro que, constatado o desvio, deve a administração adotar as providências necessárias à imediata cessação dessa anomalia (e responsabilizar quem a ocasionou)”(Op. Cit. Pg 275)

Neste caminho, caso o servidor do cargo de Assistente de Atividades Administrativas exerça as atribuições referente ao cargo de Agente de Serviços Operacionais, ou mesmo outras atividades que não sejam aquelas correlatas as descrição sumária das atividades previstas no edital (que devem ser as mesmas atribuídas por lei), referido servidor estará em desvio de função, cenário este expressamente vedado e combatido.



**PREFEITURA
DE GOIÂNIA**

PGM – SEAP
Folha ou peça nº 30
Assinatura / Rubrica

Procuradoria-Geral do Município

Quanto a esta situação, observe o que predispõe a doutrina a respeito das violações da regra do concurso público, argumento que pode muito bem ser trazido para o caso dos autos:

“Constata-se, já à primeira vista, que o desvio de função, caso não se trate de situações emergenciais, transitórias e/ou especificamente remuneradas, viola o princípio da legalidade, pois implica em cometer a servidor público atribuições diversas das correspondentes ao cargo do qual ele é titular.

...

Mas não é só. Assim agindo, o superior hierárquico, juntamente com o destinatário da ordem ilegal, também deixa de observar o princípio da exigibilidade do concurso público...

De fato, disserta Mateus Bertoncini, o concurso público é um elemento essencial no combate contra a vulgar cultura de corrupção, ‘acostumada às contratações diretas – sem concurso – ou por meio de concursos fraudados, realizados para encobrir o lesivo empreguismo, em benefício pessoal do cacique político – em maior monta –, e de seu apaniguado’.

A violação do concurso público, completa Mateus Bertoncini, ‘só interessa àqueles que desejam servir-se do Estado, objetivo que se caracteriza por sua absoluta incompatibilidade com os conceitos de serviço público e de servidor público’.

Nesse ponto não se pode deixar de conferir especial enfoque para a gravidade da afronta a esse princípio constitucional, responsável por assegurar a todos, mediante o cumprimento de determinados requisitos, o acesso aos cargos públicos.

...

O desvio de função de igual modo viola o princípio da moralidade administrativa, na medida em que se revela como mais um ‘jeitinho brasileiro’, infeliz prática institucionalizada e que cria “no povo brasileiro ojeriza contra as autoridades’.

...

Constata-se, dessarte, que o desvio de função de servidor público efetivo configura ato de improbidade, porquanto viola princípios norteadores da atividade administrativa e configura desvio de finalidade, práticas tipificadas no artigo 11, caput e inciso I, da Lei nº 8.429/92.” (ANDRADE, Marlon. O e desvio ilegal de função de servidor. RDDP. 2012. Pg.141)



Procuradoria-Geral do Município

Denota-se, portanto, que a caracterização da situação de desvio de função, consistindo esta no exercício de atribuições diversas daquelas para o cargo ao qual o servidor prestou o concurso e foi empossado, além de ser repelido no ordenamento, é passível de caracterizar dano ao erário, falta funcional do superior hierárquico e improbidade administrativa.

Entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto o desvio de função gerou a Súmula 685, *in verbis*:

"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".

E não é só, este mesmo entendimento impulsionou a edição da súmula vinculante 43:

"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.

Corroborando com este aspecto, o próprio legislador municipal já consagrou expressamente a repugna a figura de se ingressar num cargo e exercer outras atividades, conforme preconiza a letra do artigo 249 da L.C. 011/1992:

Art. 249. Ressalvados os casos de substituição temporária e o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, é vedado o desempenho, pelo servidor, de atribuições diversas das inerentes ao seu cargo efetivo, não produzindo qualquer efeito funcional inclusive percepção de retribuição, os atos praticados com infringência do disposto neste artigo.

Parágrafo único. Será responsabilizada a autoridade que descumprir ou permitir que se descumpra o disposto neste artigo.



Procuradoria-Geral do Município

Senão bastasse configurar desvio de função, referida atuação viola também a isonomia, ao passo de pré selecionar um cargo com remuneração equivalente e que teve uma maior concorrência para seu preenchimento a míngua de outros. Estaria a se violar a concorrência do certame.

Com efeito, a sugestão que se amolda ao presente caso, s.m.j., é a realização de concurso público para preenchimento definitivo dessas vagas ociosas.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, opino pela **impossibilidade do aproveitamento** dos candidatos aprovados para a função de “bilheteiro” – correspondente a assistente de atividades administrativas no edital - para exercício da função de “operador de atrações de lazer” – correspondente a Agente de Serviços Operacionais.

É o parecer que submeto a autoridade superior para deliberação.

Procuradoria Geral do Município, em Goiânia/GO, aos 15 de fevereiro de 2019.

GUILHERME SANINI SCHUSTER
Procurador do Município de Goiânia

Pela anuência

Em 5 / 02 / 2019

Dra. Maume Suzue Coelho
Procuradora Especial de
Assuntos Administrativos
OAB/GO 37.630 - Mat. 1313835