

Resposta à consulta nº 029/2023

Consulente: Dr. Limírio Abrão de Mello

Procuradoria Municipal

Monte Santo de Minas - MG

Solicita o ilustre consulente esclarecimento sobre a possibilidade de promoção de reenquadramento dos profissionais lotados no cargo de auxiliar de enfermagem para técnicos de enfermagem, sob alegação que exercem a função de técnico enfermagem e possuem a aludida formação para tanto. O consulente informa, ainda que no Município de Monte Santo de Minas não há, na estrutura administrativa, o cargo de técnico de enfermagem.

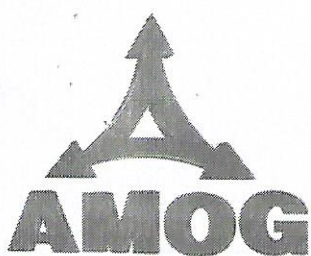
Para análise do caso, necessário mergulhar, primeiramente, na moldura constitucional sobre o tema, uma vez que toda e qualquer lei que se pretenda inserir no ordenamento jurídico deve, antes de tudo, ser confrontada com o texto constitucional. Sobre o tema, discorre o Professor José Afonso da Silva que é *“do consenso geral da doutrina que as regras constitucionais são dotadas de uma superioridade evidente com respeito às demais normas jurídicas da coletividade estatal”*¹.

Como é sabido, o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, dispõe que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Nesse contexto, durante a sessão plenária de 24/09/2003, o Supremo Tribunal aprovou a Súmula 685, que dispõe ser 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, tendo como precedente representativo o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 231, cuja ementa se transcreve:

Ação direta de inconstitucionalidade. Ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. O critério do

¹ Aplicabilidade das normas constitucionais. 6ª ed. 2ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 42.

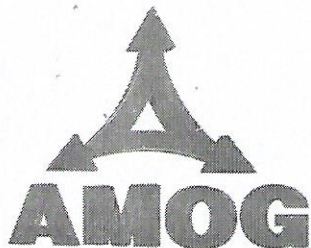


mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas e títulos, não o sendo, porém, para os cargos subsequentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que é a “promoção”. Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela CF/1988 a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados. O inciso II do art. 37 da CF/1988 também não permite o “aproveitamento”, uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido pelo mencionado dispositivo. [ADI 231, rel. min. Moreira Alves, P, j. 5-8-1992, DJ de 13- 11-1992.]

Após reiteradas decisões sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal, na Sessão Plenária de 08/04/2015, converteu a antiga Súmula 685 na Súmula Vinculante 43², oportunidade em que se consignou o seguinte:

Percebe-se, assim, que o tema albergado pelo enunciado sob encaminhamento revela-se atual e dotado de nítido efeito de multiplicação, porquanto se mostra frequente a necessidade de reforçar o

² 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.



primado de que o provimento de cargos somente pode ser realizado com a prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos.

No mesmo sentido é a Súmula 76 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, in verbis:

SÚMULA 76 (MODIFICADA NO D.O.C. DE 05/05/11 – PÁG. 10 - MANTIDA NO D.O.C. DE 07/04/14 – PÁG. 04)

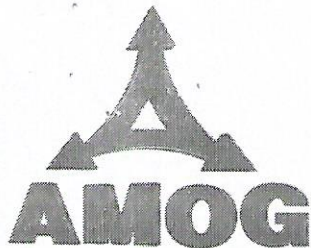
Por força do disposto no inciso II do art. 37 da Constituição da República de 1988, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS:

- Art. 37, inciso II da Constituição da República de 1988, com redação dada pela Emenda à Constituição da República nº 19, de 04/06/98;
- Art. 37, inciso IX da Constituição da República de 1988;
- Súmula 685 do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, importante frisar que a matéria em debate é aplicável aos três Poderes, alcançando a Administração Pública como um todo (União, Estados e Municípios), seja para a admissão de pessoas que não compõem o quadro geral de servidores, seja para o provimento de cargo por meio de concurso interno.

Importante ressaltar que há diversos precedentes do STF que, sob vários aspectos e em situações diferentes, confirmam que nosso sistema constitucional não transige com a regra do concurso público (ADI 231, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 05/08/92, DJ de 13/11/92; ADI 3.582, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 1º/8/07, DJ de 17/08/07; ADI 3.434-MC, voto do Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 23/08/06, DJ de 28/09/07; ADI 388, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 20/09/07, DJ de 19/10/07; ADI 3.442, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento



em 07/11/07, DJ de 07/12/07).

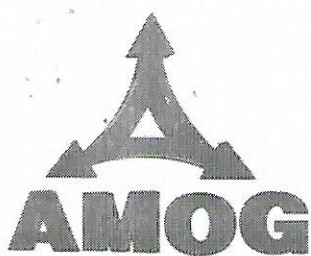
A propósito, no julgamento da ADI 3966/SC, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal afirmou que *“é vedado qualquer tipo de provimento derivado de cargo público que possibilite a investidura de servidor público em cargo com atribuições e níveis de escolaridade e de formação profissional diversas do cargo originalmente ocupado. Nesse caso, exige-se provimento originário, consubstanciado na nomeação de pessoas previamente aprovadas em concurso público destinado ao provimento dos novos cargos”*.

De igual modo, por ocasião do julgamento da ADI 351/RN, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, cujo cerne da questão girava em torno da possibilidade de transposição, a Corte Suprema assentou que *“A estabilidade excepcional garantida pelo artigo 19 do Ato das Disposições Transitórias da Carta de 1988 não confere direito a qualquer tipo de reenquadramento em cargo público. O servidor estável, nos termos do preceito citado, tem assegurada somente a permanência no cargo para o qual foi contratado, não podendo integrar carreira distinta. Com a promulgação da Carta atual, foram banidos do ordenamento jurídico brasileiro os modos de investidura derivada. A finalidade de corrigir eventuais distorções existentes no âmbito do serviço público estadual não torna legítima a norma impugnada, que se ampara em meio eivado de absoluta inconstitucionalidade”*.

No mesmo sentido é o julgamento análogo ao fato consultado, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, conforme publicação de recente acórdão:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA - AÇÃO ORDINÁRIA - SERVIDOR PÚBLICO - DESVIO DE FUNÇÃO - CARGOS DE AUXILIAR E TÉCNICO DE ENFERMAGEM - DEMONSTRADO - DIFERENÇAS SALARIAIS - CARÁTER INDENIZATÓRIO - CONECTIVOS DA CONDENAÇÃO - LEI N. 9.494/97 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.960/2009 - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1- Embora similares, não se confundem as atribuições inerentes ao cargo de Auxiliar de Enfermagem, contemplado na Lei Complementar Municipal n.º 18/93, e aquelas próprias do cargo de Técnico de Enfermagem,



firmadas no Anexo I da Lei Complementar n.º 395/2012.

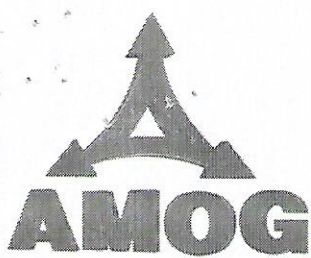
2- A prestação de serviços em desvio de função gera para a Administração o dever de remunerar o funcionário, sob pena de enriquecimento ilícito.

3- Comprovado o desvio de função, devidas as diferenças de vencimentos em decorrência da diferença entre as atribuições efetivamente exercidas e aquelas inerentes ao cargo originário, respeitada a prescrição quinquenal.

4- Não há falar em equiparação salarial ou em reenquadramento do servidor em desvio de função, o que é vedado pelo ordenamento jurídico e representa burla ao concurso público, mas apenas no pagamento da remuneração correspondente aos períodos em que desempenharam funções alheias aos cargos ocupados, detendo caráter exclusivamente indenizatório.

5- Aplica-se o artigo 1º-F da Lei n.º 9.494/97, com redação dada pela Lei n.º 11.960/09, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º desta lei aplica-se à fase executiva administrativa dos julgados (precatórios), sendo forçoso reconhecer a vigência plena do referido dispositivo legal em relação às fases de conhecimento e execução judicial. (TJMG – Ap. Cível/Rem Necessária 1.0000.18.032688-6/003, Relator(a): Des.(a) Maria Inês Souza, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/05/2023, publicação da súmula em 17/05/2023)

Diante de todo o exposto o pedido de reenquadramento dos servidores lotados no cargo de auxiliares de enfermagem não merece prosperar, na medida em que contraria o disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, o disposto na Súmula Vinculante 43, do Supremo Tribunal Federal, bem como diversos precedentes da Corte Suprema, do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Esta assessoria jurídica coaduna com a posição da Procuradoria do Município de Monte Santo de Minas esposta no pedido de parecer, até porque não existe o cargo de técnico de enfermagem na estrutura do



Associação dos Municípios da Microrregião da Baixa Mogiana
Fundada em 08.01.1976
Rua Joaquim Augusto Ferreira, nº 12 – Parque das Orquídeas – CEP 37.800-000.
Telefax: 35.3551.5664 – e-mail: amog.amog@yahoo.com.br
GUAXUPÉ – MINAS GERAIS

Município.

Estas são as considerações sobre o assunto, s.m.j.

Guaxupé-MG, 06 de junho de 2023.

Atenciosamente,

ASSESSORIA JURÍDICA DA AMOG