Recomendação Conjunta PGM e CGM nº 002/2021 de 03 de fevereiro de 2021

A Procuradoria-Geral do Município de Xanxerê, no uso de suas atribuições que lhe confere o artigo 17 da Lei Municipal nº 4.066 de 26 de março de 2019, resolve considerar e recomendar o que segue:

Considerando os princípios constitucionais consagrados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal;

Considerando o disposto no inciso II do artigo 37 da CF:

> 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:
> [...]
> II - 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;

Considerando que o concurso público é a forma de garantir a eficiência dos serviços prestados à sociedade, eis que existe para apurar os agentes de melhor qualificação, que atendam aos requisitos legais, para exercerem a função para a qual estão capacitados; serão selecionados através de provas, que garantem a todos igual acesso aos cargos públicos e, ao preencherem as exigências, serão contratados pela administração pública,

Dessa forma, ao atribuir função diversa ao funcionário para área que não de sua competência, está caracterizado o desvio de função, gerando a nulidade desses atos, como também sanções aos órgãos públicos, conforme prevê o artigo 37, parágrafo 2º[1] da CF;

[1] 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:
[...]
§ 2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Considerando que a Lei Orgânica do Município de Xanxerê/SC, rege-se pelos princípios constitucionais, notadamente o disposto no artigo 83:

> Art. 83 – A administração pública municipal direta, indireta e fundacional obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, bem como dos direitos assegurados pela Constituição Federal no capítulo da Administração Pública, no que couber, além do que dispor a presente Lei Orgânica.

Considerando o disposto na Súmula Vinculante nº 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";

Considerando que a única maneira de um servidor desempenhar função diversa de sua investidura, seria a realização de outro concurso público, concorrendo pelas vagas que se encontram ociosas na Administração Pública, sendo este remunerado, e obtendo os direitos decorrentes do cargo;

Considerando que a cessão de servidor público deve estar amparada no interesse da Administração e órgãos envolvidos, visando atender a uma finalidade pública, e é ato precário através do qual determinado órgão público/pessoa administrativa cede, **em caráter temporário**, servidor integrante do seu quadro para atuar em outro órgão público/pessoa administrativa, com o objetivo de cooperação entre as administrações e de exercício funcional integrado das atividades administrativas;

Considerando que é imperioso que o cargo a ser ocupado no órgão cessionário possua os mesmos requisitos de investidura e **semelhança de atribuições** ao cargo efetivo ocupado no órgão de origem/cedente, sob pena de caracterizar desvio de função e afronta à ordem constitucional;

Considerando a Orientação da Diretoria de Controle de Atos de Pessoal – DAP, do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – TCE-SC sobre desvio de função, a qual dispõe sobre as regras a serem respeitadas e observa:

> Desse modo, a eficiência e a eficácia no serviço público somente serão alcançadas se a Administração Pública coibir de forma efetiva e rigorosa o desvio de função do servidor público (ou seja, policial tem que exercer a função de policial, Professor tem que exercer a função de Professor,

Enfermeiro tem que exercer a função de Enfermeiro, etc.), mediante controle adequado do exercício do cargo público e aplicação plena do instituto do concurso público, com critérios de seleção apropriados para o cargo a ser provido, e com acompanhamento permanente do servidor durante a sua vida funcional, com avaliações periódicas, para evitar o desvio de função e o exercício do cargo de forma ineficiente, o que certamente repercutirá na qualidade do serviço público prestado à população, bem como dará efetividade aos princípios que regem Administração Pública, em especial aos princípios da moralidade, da eficiência e da impessoalidade.

Considerando a Orientação da Diretoria de Controle de Atos de Pessoal – DAP, do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – TCE-SC sobre cessão de servidores, a qual dispõe sobre as normas a serem rigorosamente observadas com relação a esse instituto, levando-se em conta a sua excepcionalidade e os princípios da eficiência e economicidade e o instituto do concurso público que constitui a regra para a composição do quadro de pessoal;

Considerando a Recomendação expedida pela 3ª Promotoria de Justiça da Comarca de Xanxerê nos autos do Inquérito Civil nº 06.2017.00001675-8 que trata sobre os desvios de função e cessão de servidores no Município de Xanxerê;

Considerando a Portaria nº 011/2020, editada pelo Prefeito do Município de Xanxerê, pela qual foi acatada a Recomendação expedida nos autos do Inquérito Civil nº 06.2017.00001675-8;

Considerando que estão cedidos ao Corpo de Bombeiros Militar do Município de Xanxerê os seguintes servidores: Clesmar Maricar, Ivaldir Busaquera e Silvia Regina Baraldi Bandeira;

Considerando que dos servidores atualmente cedidos ao Corpo de Bombeiros Militar, Ivaldir Busaquera e Silvia Regina Baraldi Bandeira ingressaram com ação judicial contra o Município de Xanxerê, visando o reconhecimento de desvio de função, o pagamento da diferença salarial entre o cargo de auxiliar de serviços gerais e o supostamente exercido – Bombeiro-, horas extraordinárias não pagas e adicional noturno, e, por fim, pagamento de indenização por dano moral;

Considerando a sentença proferida nos autos do processo nº 0300360-11.2016.8.24.0080 movido por Ivaldir Busaquera, em que o Município de Xanxerê foi condenado ao seguinte:

> Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado por IVALDIR BUSAQUERA, com fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para: a) Reconhecer o desvio de função e CONDENAR o requerido ao pagamento da diferença salarial entre o seu cargo de investidura e o cargo efetivamente exercido (bombeiro), desde 4.2.2011 a dezembro de 2016; b) CONDENAR o réu ao pagamento das horas extraordinárias que excederem a 8 (oito) horas contínuas de trabalho; c) CONDENAR o réu ao pagamento de adicional noturno nos dias trabalhados no período de 4.2.2011 a 12.2016, descontados eventuais valores já adimplidos. Sobre os valores incidem: a) correção monetária pelo INPC até 29.06.2009, e pelo IPCA-E a partir de 30.06.2009 (STF, RE 870.947/SE (Tema 810), Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017 e publicado em 20/11/2017); b) juros de mora segundo os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 com redação alterada pela Lei n. 11.960/2009. Considerando a sucumbência recíproca, condeno o autor e réu ao pagamento das custas processuais, na proporção de 20% ao autor e 80% ao réu. Condeno-os, ainda, ao pagamento dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa nos termos do art. 85, §2º, do CPC, distribuídos na mesma proporção das custas processuais.

Considerando a sentença proferida nos autos do processo nº 0302350-37.2016.8.24.0080 movido por Silvia Regina Baraldi Bandeira, em que o Município de Xanxerê foi condenado ao seguinte:

> Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado por SILVIA REGINA BARALDI BANDEIRA, com fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para: a) Reconhecer o desvio de função e CONDENAR o requerido ao pagamento da diferença salarial entre o seu cargo de investidura e o cargo efetivamente exercido (bombeiro), desde 3.8.2011 a abril de 2015; b) CONDENAR o réu ao pagamento das horas extraordinárias que excederem a8 (oito) horas contínuas de trabalho; c) CONDENAR o réu ao pagamento de adicional noturno nos dias trabalhados no período de 3.8.2011 a abril de 2015, descontados eventuais valores já adimplidos. Sobre os valores incidem: a) correção monetária pelo INPC até 29.06.2009, e pelo IPCA-E a partir de 30.06.2009 (STF, RE 870.947/SE (Tema 810), Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017 e publicado em 20/11/2017); b) juros de mora segundo os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 com redação alterada pela Lei n. 11.960/2009. Considerando a sucumbência recíproca, condeno a autora e o réu ao pagamento das custas processuais, na proporção de 20% ao autor e 80% ao réu. Condeno-os, ainda, ao pagamento dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa nos termos do art. 85, §2º, do CPC, distribuídos na mesma proporção das custas processuais.

Considerando que o salário médio de Soldado do Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Santa Catarina é de R$ 5.762,00 (cinco mil, setecentos e sessenta e dois reais);

Considerando que a municipalidade foi condenada ao pagamento da diferença salarial até abril de 2015 a Silvia Regina Baraldi Bandeira, e até dezembro de 2016 a Ivaldir Busaquera, desse período até quando permanecerem cedidos ao órgão, será criado novo passivo e o Município poderá vir a ser condenado novamente ao pagamento de diferenças salariais;

RECOMENDA-SE que todos os servidores cedidos ao Corpo de Bombeiros retornem **imediatamente** aos seus cargos de origem, uma vez que a justiça já reconheceu o desvio de função.

FERNANDO DAL ZOT
Procurador-Geral do Município de Xanxerê
OAB/SC 35.504

ANDREZA GALLAS
Controladora-Geral do Município de Xanxerê

Ciente 08/02/2021.