

INFORMAÇÃO Nº 122/2001

PROCESSO Nº 2.577-02.00/01-5

ÓRGÃO: CÂMARA MUNICIPAL DE ENGENHO VELHO

Servidores Públicos Municipais que também são Vereadores. Incidência do artigo 38 da Constituição Federal. A dispensa autorizada pelo Prefeito Municipal do cumprimento do horário de trabalho que coincida com as sessões legislativas, mediante posterior compensação, viabiliza a compatibilidade de horários. Possível, no caso, a percepção conjunta da remuneração e dos subsídios.

Senhor Coordenador:

Vem a exame desta Consultoria Técnica, por determinação do Exmo. Senhor Conselheiro Gleno Ricardo Scherer, Vice-Presidente no exercício da Presidência desta Corte de Contas, consulta formulada pela Sra. Catarina Piran, Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Engenho Velho, através do “Ofício n.º 29/2001.”

O Ofício em referência, em sua parte expositiva, está redigido nos seguintes termos:

“1- O Vereador titular Valdecir Luis Stevan, sendo servidor público concursado, ocupa o cargo de motorista do Departamento da Saúde, pode assumir duas funções ao mesmo tempo? De servidor e de Vereador?”

“2- E a servidora com contrato emergencial a Senhora Gersi Soares Floriano, é Vereadora Suplente trabalhando como servidora de servente, pode assumir duas vezes por ano o cargo de Vereadora?”

“Obs: O Vereador Valdecir Luis Estevan, já assumiu os dois cargos desde 1º de janeiro de 2001, sendo que as sessões foram realizadas em horários diversos do expediente do servidor.

“Aproveitamos a oportunidade para enviar cópias de dispensa concedida pelo Exmo. Sr. Prefeito Municipal Hélio Trombetta, aos referidos servidores.

“Pedimos informações sobre o referido assunto, se o ofício de dispensa concedida pelo Executivo é suficiente para que os servidores possam exercer as duas funções.”

É a consulta.

Convém referirmos, preliminarmente, os termos do disposto no § 2º; art. 138 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas do Estado - RITCE, no sentido de informar que “*a resposta à consulta não constitui prejudicamento de fato ou caso concreto.*” (Grifamos).

Ademais, o § 1º do referido dispositivo regimental prevê que as consultas, sempre que possível, devem ser instruídas “*com parecer do Órgão de Assistência Técnica ou Jurídica da autoridade consulente*”, o que, entretanto, não foi efetuado.

1. O questionamento formulado propõe, em síntese, a análise da condição remuneratória de dois Vereadores que também são servidores do Município, um com vínculo efetivo e outro contratado emergencialmente, face ao disposto no artigo 38 da Constituição Federal.

Diz o citado artigo:

“Art. 38. Ao servidor público da administração direta autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

“I- tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;

“II- investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração.

“III- investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;

“IV- em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento;

“V- para efeito de benefício previdenciário, no caso de afastamento, os valores serão determinados como se

no exercício estivesse.” (grifamos)

Sobre o tema, ensina Hely Lopes Meirelles no seu clássico “Direito Administrativo Brasileiro”:

“O exercício de mandatos eletivos por servidor público não é vedado na CF, cujo art. 38 regula a situação dos servidores em geral, da Administração direta e indireta, investidos em mandatos eletivos.

“As duas principais regras que defluem da norma constitucional são: 1º) o servidor público pode exercer mandato eletivo federal, estadual ou municipal sem perder o cargo, emprego ou função, devendo apenas afastar-se, com prejuízo da remuneração; 2º) o tempo de serviço do servidor afastado para exercer mandato eletivo será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento.

“O afastamento do cargo, emprego ou função com prejuízo da correspondente remuneração é decorrência do princípio geral da inacumulabilidade de cargos, empregos e funções públicas, constante do art. 37, XVI e XVII, da CF. A essa regra, entretanto, o texto constitucional admite duas exceções, relativamente aos mandatos de Prefeito e Vereador. Com efeito, o servidor que se afastar do cargo, emprego ou função para exercer o mandato de Prefeito poderá optar entre a remuneração e os subsídios (art. 38, II); se o mandato for de Vereador e houver compatibilidade de horários, não se afastará, passando a perceber cumulativamente a remuneração e os subsídios (art. 38, III), podendo ser promovido até por merecimento, pois a vedação constitucional atinge apenas os servidores afastados (art. IV). A fim de evitar quaisquer dúvidas, o texto constitucional esclarece que, para o exercício de mandato de Vereador, se não houver compatibilidade de horários, aplicar-se-á a regra geral do art. 38, IV, isto é, o servidor deverá afastar-se, podendo optar pela sua remuneração ou a do cargo eletivo.” (1)

Na mesma linha de orientação, manifesta-se Diogo de Figueiredo Moreira Neto, cuja lição a seguir transcrevemos:

“O art. 38 da Constituição ministra as regras mínimas a serem observadas, sempre que o servidor público seja investido em mandato eletivo (entendido, aqui, servidor com cargo, emprego ou função públicos).

“Se o cargo eletivo é federal ou estadual, o servidor ficará afastado de seu cargo, emprego ou função, sem direito de optar pela sua remuneração (art. 38, I); se, todavia, é cargo de Prefeito, haverá, da mesma forma, afastamento compulsório, mas o servidor poderá optar pela remuneração que lhe convier (art. 38, II); por fim, investido no mandato de vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo. Não havendo compatibilidade, terá também a opção, como no caso anterior (art. 38, III).” (2)

Trata o presente caso, como já referido, do exame de duas situações funcionais distintas, face ao contido no artigo 38. Tal fato, no entanto, não implica em tratamento diferenciado entre as duas situações, de vez que, o artigo em tela, no *caput*, refere, como objeto de suas disposições, a figura do “*servidor público*”, considerado na amplitude do conceito.

Consoante magistério de Celso Antonio Bandeira de Mello, “*servidor público, como se pode depreender da Lei Maior, é a designação genérica ali utilizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias e Fundações de direito público. Em suma: são os que entretêm com o Estado e com as pessoas de direito público da administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência.*” (3)

Assim, para efeitos do artigo 38, o que vier a valer para o Vereador que detém cargo de provimento efetivo na administração municipal, valerá, igualmente, para o que estiver provido em cargo temporário, independente, ademais, de ser um, titular de mandato e o outro, apenas suplente.

2. Ponto nuclear da questão, todavia, é a existência ou não, neste caso, da necessária compatibilidade de horários entre as duas atividades, tendo em vista a observação de que, segundo os documentos juntados a fls. 03 e 04 deste Processo, para que os indigitados servidores possam participar das sessões realizadas na Câmara, todas as terças-feiras, com início às 13:30 h., o Prefeito Municipal os “*dispensa*” de comparecerem ao serviço naquele período, obrigando-se aqueles a compensarem as respectivas horas fora de seu expediente normal de trabalho.

O tema envolvendo a conceituação de carga horária e horário de trabalho já foi objeto de exame no Parecer de n.º 103/93, produzido pela Auditora Substituta de Conselheiro Dra. Judith Martins Costa, do qual reproduzimos o seguinte excerto:

“Todavia, é preciso não confundir a alteração do horário de trabalho com a alteração da carga horária de

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

trabalho: esta, fixada em lei, não pode ser modificada por ato administrativo, o que decorre do princípio da hierarquia das normas, salvo se assim expressamente o permitir a lei. Mantida, porém, a mesma carga, isto é, o mesmo número de horas de trabalho em determinada unidade de tempo, v.g., o mês, nada impede seja modificada a distribuição, no tempo, desse número de horas, sempre em atenção à finalidade da prestação de serviços, pena de caracterizar-se o vício do desvio de finalidade.” (4)

Quanto à **compatibilidade de horários**, citamos a definição de José Cretella Junior, em seu “Dicionário de Direito Administrativo”:

“Horários compatíveis são períodos de tempo não coincidentes, harmonizáveis, levada em consideração é claro, a distância entre os dois lugares em que as funções públicas são exercidas, de tal modo que o funcionário, sem prejuízo do bom desempenho, possa locomover-se de um ponto a outro, desempenhando a contento os dois cargos públicos.”(5)

Impõe-se, igualmente, menção ao Parecer n.º 114/92, da lavra do Auditor Substituto de Conselheiro, Dr. Wremir Scliar, que operacionalisa a verificação de compatibilidade de horário quando refere:

“Face ao exposto, soluciona-se a consulta nos termos da informação técnica e deste Parecer, observando-se, ainda, que a questão relativa à compatibilidade de horários somente pode ser aferida com a demonstração prática (aritmética), confrontando-se a escala horária dos cargos referidos.”(6)

Portanto, considerando a doutrina e os Pareceres acima referidos e, procedendo-se à aferição (“com a demonstração prática (aritmética)”) da situação em exame, temos que, objetivamente, graças à dispensa que beneficia os servidores de estarem trabalhando no período coincidente com o da realização da sessão legislativa, fica evitada a colisão de horários que viria a caracterizar a incompatibilidade aventada na CF.

Se pode ou não o administrador público municipal proceder a tal dispensa, é matéria de outra ordem, sendo de se alertá-lo, obviamente, de que deve certificar-se da correção deste procedimento, em face do ordenamento jurídico competente.

Assim, especificamente quanto ao direito destes servidores Vereadores, entendemos que lhes é facultado perceberem cumulativamente a remuneração e os subsídios a que, nos termos do artigo 38 inciso II, da Constituição Federal fariam jus.

Estas as considerações que entendemos necessárias e que submetemos à apreciação superior.

(1)MEIRELLES, Hely Lopes, São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 22ª Edição, 1997, p. 395.

(2)MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 10ª Edição, 1992, p. 206 e 207.

(3)MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 11ª Edição.

(4)Aprovado pelo Tribunal Pleno em 13.10.1993.

(5)CRETELLA JUNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. 4ª Edição, 1998.

(6)Parecer aprovado pelo Tribunal Pleno em 20.05.1992.

(7)SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 5ª Edição, 1978, p. 369.

Em 05 de setembro de 2001. PAULO LUIZ SQUEFF CONCEIÇÃO Auditor Público Externo

De acordo com as considerações expendidas, ressaltando que o exame no particular da figura compatibilidade de horários e, por conseguinte, as conclusões antes firmadas, se fixam nos estritos termos como propostos na inicial. É de se fixar que o conceito de compatibilidade “expressa a natureza de direitos ou ações que podem ser exercitados simultaneamente, sem que um possa ser repellido pelo outro” (7), e adite-se, a compatibilidade há de ser plena ao longo de todo o período da relação estabelecida. Destacamos também a referência no estudo, no sentido de que, “se pode o administrador público municipal proceder a tal dispensa, é matéria de outra ordem”, e de que “deve certificar-se da correção deste procedimento, em face do ordenamento jurídico” aplicável. Em face da determinação contida à fl. 2, encaminhe-se o expediente à DCF para que se proceda à distribuição. Em 05-09-2001. Bel. WILSON LUIS JOHANSEN, Coordenador.

Processo nº 2577-02.00/01-5 - O Tribunal Pleno, em sessão de 24-10-2001, ressaltando o contido no artigo 138, parágrafo 2º, do Regimento Interno deste Tribunal, no sentido de que a resposta à Consulta não

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

constitui prejulgamento de fato ou de caso concreto, à unanimidade, acolhe o Voto do Senhor Conselheiro-Relator e decide enviar à Consulente cópia da Informação nº 122/2001 da Consultoria Técnica, acolhida nesta data, folhas 06 a 13, por entender que a mesma responde adequadamente os questionamentos propostos.

