

Porto Alegre, 15 de junho de 2023.

Informação nº 1.319/2023

Interessado: Município de Montenegro/CM – Poder Legislativo.
Consulente: Adriano Bergamo, Consultor Jurídico.
Destinatário: Presidente do Poder Legislativo.
Consultores: Augusto Schreiner Haab e Júlio César Fucilini Pause.
Ementa: Alteração do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Municipais. Direitos assegurados aos contratados por tempo determinado. Medida que se encontra dentro das competências privativas do Chefe do Poder Executivo, consoante dispõe o art. 61, § 1º, inciso II, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, para dispor em lei. Considerações.

Por meio de consulta registrada sob o nº 33.550/2023, somos indagados sobre a possibilidade de alteração do Regime Jurídico, para o fim de modificar o rol de direitos garantidos aos contratados por tempo determinado, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal.

Passamos a considerar.

1. Impende registrar, *ab initio*, que as alterações no Regime Jurídico dos Servidores Públicos Municipais estão abarcadas pela competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local. Nada impede, portanto, que o Administrador Público, diante da análise de conveniência e oportunidade, modifique a Lei local, **sempre com justificativa voltada ao atendimento do interesse público e dentro da capacidade orçamentária do Município**, buscando se adequar à realidade local.

O entendimento doutrinário a respeito desse tema é esclarecedor, como a exemplo da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Nas relações contratuais, como se sabe, direitos e obrigações recíprocos, constituídos nos termos e na ocasião da avença, são unilateralmente imutáveis e passam a integrar de imediato o patrimônio jurídico das partes, gerando desde logo, direitos adquiridos em relação a eles. **Diversamente, no liame da função pública, composto sob a égide estatutária, o Estado ressalvadas as pertinentes disposições constitucionais impeditivas, deterá o poder de alterar legislativamente o regime jurídico de seus servidores, inexistindo a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes de seu ingresso. Então, benefícios e vantagens, dantes previstos podem ser ulteriormente suprimidos. Bem por isto, os direitos que deles derivem não se incorporam ao patrimônio jurídico do servidor (firmando-se como direito adquirido), do mesmo modo que nele se integrariam se a relação fosse contratual.**¹ (grifamos)

2. À vista do exposto, passamos a analisar o Projeto de Lei Complementar nº 65/2023:

2.1. No tocante à **iniciativa**, temos que está adequada ao regramento constitucional, haja vista que é de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, dentro de sua análise discricionária e da capacidade orçamentária do Município, tratar, por meio de lei, sobre a elaboração do regime jurídico e os direitos daqueles por ele regidos, a teor do que estabelecem o art. 30, inciso I², e o art. 61, § 1º, inciso II, alíneas “a” e “c”³, ambos da Constituição Federal, este último aplicável por simetria ao Prefeito Municipal.

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15ª. ed. ampliada e atualizada. São Paulo, Ed. Malheiros, Ano: 2003, p. 235-236

² “Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;”

³ “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

2.2. No que tange à **técnica legislativa**, entendemos que o Projeto, em sua maior parte, está de acordo com o que estabelece a Lei Complementar nº 95/1998, que trata sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Recomendamos, por oportuno, a supressão do ponto que se encontra em cima do inciso II, bem como seja averiguada a inserção de aspas no início da oração, considerando sua utilização no inciso III.

2.3. No que diz com o **mérito**, não há dúvidas de que a matéria se encontra inserida na competência ressaltada no item 2.1. do Chefe do Poder Executivo Municipal, porquanto diz respeito à alteração do Regime Jurídico especificamente quanto aos direitos assegurados aos contratados por tempo determinado.

Com efeito, a contratação de pessoal, por tempo determinado, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, é prevista tanto no art. 37, inciso IX, da CF⁴, como no art. 19, inciso IV, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul⁵. O Supremo Tribunal Federal – STF ao julgar, em abril de 2014, o Recurso Extraordinário nº 658.026, assunto correspondente ao Tema 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral, indicou claramente a prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37,

[...]

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;"

⁴ "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:

[...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"

⁵ "Art. 19. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos municípios, visando à promoção do bem público e à prestação de serviços à comunidade e aos indivíduos que a compõem, observará os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da legitimidade, da participação, da razoabilidade, da economicidade, da motivação, da transparência e o seguinte:

[...]

IV - a lei estabelecerá os casos de contratação de pessoal por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"

inciso II, da Carta Maior), estabelecendo que as hipóteses que restringem o cumprimento desse instituto devem ser interpretadas restritivamente.

A tese fixada, partindo da disposição constitucional, elenca de forma objetiva os elementos que precisam estar presentes para que uma contratação de pessoal, por tempo determinado e conseqüentemente para que a respectiva prorrogação do contrato seja considerada válida:

Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que:

- a) os casos excepcionais estejam previstos em lei;
- b) o prazo de contratação seja predeterminado;
- c) a necessidade seja temporária;
- d) o interesse público seja excepcional;
- e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração. (grifamos)

Já no que diz respeito aos direitos assegurados a estes contratados, a Corte Suprema assentou STF, por meio da tese fixada no Tema nº 551⁶, que:

Servidores temporários não fazem jus a décimo terceiro salário e férias remuneradas acrescidas do terço constitucional, salvo (I) expressa previsão legal e/ou contratual em sentido contrário, ou (II) comprovado desvirtuamento da contratação temporária pela Administração Pública, em razão de sucessivas e reiteradas renovações e/ou prorrogações. (RE 1066677/MG, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, relator para acórdão Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 22.5.2020, publicado em 1º. 7.2020) (grifamos)

⁶ Descrição: “Recurso extraordinário em que se discute, à luz do caput e do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de extensão de direitos dos servidores públicos efetivos aos servidores e empregados públicos contratados para atender necessidade temporária e excepcional do setor público.”

Então, aos contratados por tempo determinado são garantidos tão somente os direitos estabelecidos em lei e/ou contrato, ainda que possuam índole constitucional. Nesse contexto, exsurge a pretensão da municipalidade de modificar o art. 236 do Regime Jurídico, o qual assevera a natureza administrativa dos contratos pactuados e estabelece o rol de direitos a ser verificado.

Em síntese, pretende a Administração alterar os incisos II e III do aludido art. 236, com o intuito de acrescer, respectivamente, a possibilidade de convocação para atuação em regime suplementar de trabalho e a viabilidade de gozo de férias, durante o contrato, nos termos assegurados na Lei Municipal Complementar nº 2.635/1990.

2.3.1 Da previsão de regime suplementar de carga horária

A convocação para atuação em regime suplementar, em linhas gerais, configura-se como uma extensão da carga horária para suprir uma necessidade temporária e excepcional da Administração Pública, a fim de garantir a execução dos serviços públicos essenciais aos munícipes. Trata-se, com efeito, de ferramenta a ser utilizada com cautela, sob pena de configurar burla ao princípio do concurso público (art. 37, inciso II, da CF).

Nesse contexto, não há dúvida de que a matéria está abarcada pela discricionariedade do Gestor Público, que detém conhecimento da realidade local e competência para tratar deste tipo de vantagem. Ademais, desconhecemos posicionamentos do Poder Judiciário ou das Cortes de Contas apontando como ilegal ou inconstitucional a **previsão** de convocação para atuação em regime suplementar dos contratados. As manifestações existentes, na maioria das vezes, referem à ausência desta possibilidade legal.

Não obstante, entendemos que, para além da simples previsão, a operacionalização da convocação pode ser vista como atentatória à natureza da contratação temporária, eis que esta, como relatado no subitem acima,

destina-se a casos excepcionais e temporários, nos exatos termos da lei autorizativa. Assim, em nossa avaliação, o contratado por determinada carga horária deve observá-la, sob pena de esvaziar a própria justificativa da sua contratação.

Veja-se que não há óbice, caso a Administração, a partir de uma reanálise da realidade local, entenda pela necessidade, que a carga horária prevista em lei/contrato seja majorada durante a contratação. Para tanto, contudo, faz-se necessário encaminhamento de projeto de lei à Câmara para alterar a lei autorizativa, expondo as razões, aditando, futuramente, o respectivo contrato.

Por oportuno ainda pontuamos que o serviço extraordinário não pode ser confundido com a convocação para atuação em regime suplementar. Como dito, o regime suplementar, temporariamente, estende a carga horária do servidor⁷, o que, ao menos em tese, não se confunde com a determinação para realização de serviço extraordinário, direito previsto na Constituição e no Regime Jurídico, para os casos em que o servidor/contratado por tempo determinado realiza carga horária diária ou semanal superior àquela prevista em lei para seu cargo/função.

Assim, ainda que ambas as ferramentas possam indicar a insuficiência de pessoal para atendimento das demandas locais, com a consequente majoração da carga horária daqueles que já estejam no serviço público, tendo, dessa forma, consequências práticas similares, os pressupostos são distintos. Por isso, embora não haja manifestações judiciais específicas e não se ignore que a matéria está abarcada pela discricionariedade do Gestor, não é nossa recomendação tal inserção.

⁷ A título complementar, destacamos que encontramos disposições legais envolvendo a convocação para regime suplementar apenas no Plano de Carreira do Magistério.

2.3.3 Das férias

Por se tratar de vínculo excepcional e temporário, de regra, não há que se falar no gozo de férias durante o período de contratação temporária. Destarte, as disposições legais trazem a determinação de indenização proporcional ao final do contrato.

No entanto, há casos em que a relação contratual ultrapassa o período de (doze) meses, verificando-se, ao menos em tese a partir do disposto no art. 97 do Regime Jurídico, o implemento de um período aquisitivo de férias. Inclusive, nossa opinião técnica nestes casos, sem descartar o risco da medida, tem se inclinado a defender a viabilidade do gozo, como aprofundamos na Informação Técnica em anexo.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJ/RS, analisando a legislação do próprio Município Consulente, por via transversa, já respaldou tal leitura, ocasião condenou o Ente ao pagamento em dobro das férias de contratado por tempo determinado. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE MONTENEGRO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. 1. O contrato temporário de trabalho não cria nenhum vínculo entre o contratado e a Administração Pública, que pode, a qualquer momento, num juízo de conveniência e oportunidade, extinguir o contrato firmado. Relação de direito material que é regida pelas normas de direito administrativo, sendo descabida a pretensão à percepção de verbas de natureza trabalhista. 2. **Os servidores contratados temporariamente possuem direito a férias (art. 7º, XVII, c/c art. 39, § 3º, da Constituição Federal). Aplicação da Lei Complementar Municipal nº 2.635/90, que garante ao servidor o pagamento em dobro da remuneração quando as férias não forem concedidas dentro de doze meses contados do término do período aquisitivo. 3. As Leis Complementares Municipais nº 5.369/10 e 5.384/10 foram declaradas inconstitucionais no julgamento da ADI 70042681502, de modo que carece de amparo legal o reajuste pretendido. DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO. (Apelação Cível Nº 70052402385, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 30/01/2014). (Grifamos)**

Vale a transcrição de parte do voto da Relatora da Apelação supracitada, Desembargadora Matilde Chabar Maia, pelo conteúdo elucidativo para o caso posto, onde se evidencia a ideia pela possibilidade de gozo de férias por contratados temporários de modo a evitar o pagamento em dobro:

[...] In casu, a autora laborou por aproximadamente dois anos e onze meses (de 02/02/2009 a 31/12/2011) e o Município admite à fl. 42 que a autora não gozou férias durante toda a duração do contrato.

Assim, verifica-se que o prazo previsto no art. 101 foi inobservado em relação ao primeiro período aquisitivo, de modo que a respectiva remuneração deveria ter sido paga em dobro. De outro lado, a dispensa da autora se deu antes de decorrido o prazo para a concessão das férias do segundo período aquisitivo, mostrando-se correto o pagamento efetuado pela Administração Pública. [...]

Ante o exposto, embora não seja usual, entendemos juridicamente possível a previsão do gozo de férias durante a relação contratual.

3. Por fim, se a despesa for considerada como de criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental, salvo enquadramento como despesa irrelevante, nos termos do §3º do art. 16 da Lei Complementar – LC nº 101/2000, é de todo recomendável a juntada do estudo prévio de impacto financeiro-orçamentário e a declaração de existência de dotações orçamentárias, como forma de adequar a pretensão ao art 169, § 1º, CF, e ao previsto no art. 16 da LC nº 101/2000, sob pena de ser considerado ato nulo de pleno direito, nos termos da alínea “a” do inciso I do art. 21 da mesma Lei Complementar.

São as informações.

Documento assinado eletronicamente
Augusto Schreiner Haab
OAB/RS nº 123.390

Documento assinado eletronicamente
Júlio César Fucilini Pause
OAB/RS nº 47.013



Borba, Pause & Perin - Advogados

Somar experiências para dividir conhecimentos

OAB/RS nº 7.512

(51) 3027.3400

www.borbapauseperin.adv.br

faleconosco@borbapauseperin.adv.br



Este é um documento eletrônico assinado digitalmente conforme o art. 1º, § 2º, inciso II, da Lei Federal nº 11.419/2006, de 19/12/2006. Para conferência do conteúdo, acesse, o endereço www.borbapauseperin.adv.br/verificador.php ou via QR Code e digite o número verificador: 103745198393450640

