



CÂMARA MUNICIPAL DE PRADÓPOLIS

Estado de São Paulo
CNPJ: 01.926.718/0001-76
Procuradoria Legislativa

PARECER JURÍDICO

Parecer n° 076/2018

Ref.: Criação de função gratificada de “coletor de lixo” e percepção cumulada com horas extras.

Direito constitucional e administrativo. Criação de função gratificada de “coletor de lixo”. Inconstitucionalidade. Atribuições burocráticas/de mera execução operacional que não guardam qualquer identidade com aquelas destinadas à chefia, direção ou assessoramento. Violação ao inciso V do art. 37 da CF. Recebimento conjunto de função gratificada com adicional de horas extras. Impossibilidade de incompatibilidade. Regime de dedicação integral que é incompatível com o recebimento por trabalho extraordinário. Pagamento de horas extras desvirtuado do trabalho extraordinário como forma indireta de reajuste/aumento ou como remuneração adicional pelo exercício de função diversa das atribuições de emprego público. Ilegalidade flagrante. Desvio de finalidade, desvio de função, violação ao Princípio da legalidade, burla ao concurso público. Previsão legal do emprego público de “coletor de



CÂMARA MUNICIPAL DE PRADÓPOLIS

Estado de São Paulo
CNPJ: 01.926.718/0001-76
Procuradoria Legislativa

lixo”. Inexistência de provimento. Imprescindibilidade da realização de concurso público (CF, art. 37, inciso II). Regularização. Situação transitória e excepcional até o provimento dos empregos públicos efetivos a demandar a criação de “gratificação de serviço”. Caráter temporário e precário da benesse. Preservação da continuidade dos serviços públicos. Lei 8.987/95, § 1º do art. 6º.

Trata-se de consulta formulada pelo Ilmo. assessor parlamentar Sr. Aginaldo Trindade Marques (Memorando nº 010/2017), acerca da (in)constitucionalidade e/ou (i)legalidade da criação de função gratificada de “coletor de lixo” no âmbito do Poder Executivo Municipal, bem assim a possibilidade de seus detentores cumularem o recebimento da referida função com o adicional de horas extras.

É o breve relato.

Primeiramente, há de se ressaltar que as atribuições inerentes ao cargo/emprego/função de “coletor de lixo” não possuem finalidade/natureza atrelada às tarefas de chefia, direção ou assessoramento a embasar a criação de função gratificada.

Como é sabido, o inciso V do art. 37 da CF é expresso ao vincular a criação de funções gratificadas (denominada de “função de confiança” pelo legislador constitucional) e/ou cargos em comissão APENAS às atribuições de direção, chefia e assessoramento, o que está longe de ser o caso em análise.



CÂMARA MUNICIPAL DE PRADÓPOLIS

Estado de São Paulo
CNPJ: 01.926.718/0001-76
Procuradoria Legislativa

Com efeito, as rotinas e as atividades do coletor de lixo são burocráticas e de mera execução de tarefas operacionais, equidistantes daquelas atinentes às funções/cargos de comando, devendo se submeter, portanto, à regra geral do concurso público (CF, art. 37, inciso II).

Assim, inexistindo atribuições correlatas/inerentes às funções de chefia, direção ou assessoramento, resta afastada a criação de função gratificada (função de confiança) ou de cargo em comissão de “coletor de lixo”, nos termos da previsão constitucional.

Quanto à indagação sobre a possibilidade do recebimento cumulativo de função gratificada com horas extras, não obstante a prejudicialidade do questionamento face ao acima consignado (inconstitucionalidade da criação de função gratificada para as atribuições de “coletor de lixo”), imperioso destacar que o regime que submetidos os ocupantes de função gratificada e/ou cargo em comissão (dedicação integral) é incompatível com a percepção por trabalho extraordinário.

Veja que, sem prejuízo do dever a que todo ocupante de função gratificada/cargo em comissão se submete em dedicar-se plenamente às funções, sem vinculação a jornada de trabalho, crível depreender que o próprio acréscimo remuneratório decorrente da função/cargo, aliado ao plexo de atribuições de comando/confiança, os distanciam do regime ordinário dos demais servidores/trabalhadores. Explico.

O servidor ou empregado investido em função de comando (chefia, direção ou assessoramento) possui um plexo de atribuições de maior hierarquia e grau de responsabilidade, recebendo a devida contraprestação.

Pois bem, o elastecimento de suas atribuições e responsabilidades implica no próprio rompimento do regime funcional ordinário de mero executor de tarefas/atribuições previamente definidas a serem executadas em período diário determinado.



CÂMARA MUNICIPAL DE PRADÓPOLIS

Estado de São Paulo
CNPJ: 01.926.718/0001-76
Procuradoria Legislativa

Veja que o servidor/empregado ao assumir essa gama de atribuições assume, também, uma nova posição hierárquica dentro da estrutura administrativa organizacional da Administração Pública/empresa, adquirindo prerrogativas e deveres para a fiel e efetiva execução da função.

Nesse sentido, impor ao servidor/empregado detentor de cargo/emprego/função de comando (chefia, direção, assessoramento, gerência e etc) uma carga horária pré definida ou a submissão ao regime de remuneração por trabalho extraordinário configuraria, *ultima ratio*, a própria incompatibilidade com a natureza das funções de comando, bem assim o engessamento/mitigação das prerrogativas inerentes ao cargo/função, prejudicando uma atuação autônoma e incondicionada.

Sem prejuízo disso, vale frisar, ainda, que o Município de Pradópolis adotou o regime contratual (celetista) para seus servidores, sendo as relações funcionais regidas pela CLT.

Nesse diapasão, a confirmar a incompatibilidade da fixação da jornada de trabalho e do pagamento de horas extras a servidores/empregados ocupantes de funções de comando, cito o disposto no art. 62¹ da CLT, o qual afasta a incidência das normas que tratam de jornada de trabalho e horas extras a tais funcionários.

Segundo o referido dispositivo, os gerentes e os exercentes de cargos de gestão, assim considerados, também, os diretores e chefes de departamento ou filial não se submetem às regras da jornada de trabalho e do pagamento de horas extras por trabalho extraordinário.

¹ Art. 62 - **Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:**

I - **os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho**, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados:

II - **os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.**



CÂMARA MUNICIPAL DE PRADÓPOLIS

Estado de São Paulo
CNPJ: 01.926.718/0001-76
Procuradoria Legislativa

Portanto, incabível por expressa vedação legal a percepção cumulada de horas extras àqueles investidos em cargos de chefia, direção ou assessoramento.

Imperioso **ALERTAR**, ademais, que eventual pagamento de horas extras desvinculado de trabalho extraordinário, seja como forma indireta de aumento/reajuste ou de retribuição pela execução de funções diversas das atribuições normais/ordinárias do emprego público, configura flagrante ilegalidade, implicando, a um só tempo, desvio de finalidade por parte do Gestor; corroboração indevida com o desvio de função do servidor; violação ao Princípio da legalidade e burla ao concurso público, configurando incontestemente ato de improbidade administrativa: **(i)** do Gestor, por lesão ao erário – art. 10, da LIA (pagamento de horas extras sem contraprestação de trabalho extraordinário) e por violação aos princípios da Administração Pública – art. 11 (inobservância da finalidade vinculada em lei para pagamento de horas extras remuneração exclusiva de trabalho extraordinário; criação de despesa sem lastro legal etc) e **(ii)** do servidor, por enriquecimento sem causa – art. 10 (recebimento de horas extras sem a consequente prestação de trabalho extraordinário).

Importante anotar, outrossim, que, salvo engano deste Procurador, o Município de Pradópolis possui emprego público efetivo de “coletor de lixo” devidamente criado por lei, não havendo, apenas, provimento/investidura de servidores.

Ora, uma vez existente o emprego público efetivo na estrutura administrativa funcional da Administração Pública, de rigor o seu preenchimento pela via do concurso público.

Por certo, não há que se cogitar da exceção quando plenamente possível o cumprimento da regra que, *in casu*, é o concurso público.

Crível considerar, por oportuno e razoável, que a regularização da situação (realização do concurso público e provimento dos empregos públicos efetivos



CÂMARA MUNICIPAL DE PRADÓPOLIS

Estado de São Paulo
CNPJ: 01.926.718/0001-76
Procuradoria Legislativa

de “coletor de lixo”) demandará certo tempo da Administração, período no qual os serviços de coleta de lixo não poderão sofrer solução de continuidade (Lei nº 8.987/95, § 1º do art. 6º).

Em sendo assim, inexistindo servidores investidos no emprego público de coletor de lixo, entendo por razoável a criação de eventual gratificação de serviço (que nada se assemelha à função gratificada!), de natureza absolutamente precária e excepcional, a fim de retribuir, durante o período estritamente necessário à realização do concurso público e provimento dos empregos públicos efetivos, os servidores que realizarão referidas atribuições, desde que ocupantes de empregos públicos efetivos com atribuições similares/assemelhadas àquelas de coletor de lixo, evitando-se incorrer em desvio de função.

Sobre as gratificações de serviço, trago à baila as lições do saudoso e ilustre administrativista Hely Lopes Meirelles²:

“(…) são vantagens pecuniárias atribuídas precariamente aos servidores que estão prestando serviços comuns da função em condições anormais de segurança, salubridade ou onerosidade (gratificações de serviço), ou **concedida como ajuda aos servidores que reúnam as condições pessoais que a lei especifica (gratificações especiais)**.
As gratificações – de serviços ou pessoais – **não são liberalidades puras da Administração; são vantagens pecuniárias concedidas por recíproco interesse do serviço e do servidor, mas sempre vantagens transitórias, que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem geram direito subjetivo à continuidade de sua percepção.**(...)

² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 39ª Edição. São Paulo – Editora Malheiros – 2013. pags. 560-561



CÂMARA MUNICIPAL DE PRADÓPOLIS

Estado de São Paulo
CNPJ: 01.926.718/0001-76
Procuradoria Legislativa

Gratificação de serviço (propter laborem) é aquela que a Administração institui para recompensar riscos ou ônus decorrentes de trabalho normais executados em condições anormais de perigo ou de encargos para o servidor, tais como os serviços realizados com risco a vida e saúde ou prestados fora do expediente, da sede ou das atribuições ordinárias do cargo (...).

Nessa categoria de gratificações entram, dentre outras, as que a Administração paga pelos trabalhos realizados com risco de vida e saúde; pelos serviços extraordinários; pelo exercício do Magistério; pela representação de gabinete; pelo exercício em determinadas zonas ou locais; pela execução de trabalho técnico ou científico não decorrente do cargo; pela participação em banca examinadora ou comissão de estudo ou de concurso; pela transferência de sede (ajuda de custo); pela prestação de serviços fora da sede (diárias).

Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja, porque são retribuições pecuniárias pro labore faciendo e propter laborem.

Cessado o trabalho que lhes dá causa ou desparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento.

Daí por que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria (...)" (g.n)

Portanto, como solução transitória até a regularização definitiva do caso (provimento de empregados públicos efetivos de coletor de lixo pela via



CÂMARA MUNICIPAL DE PRADÓPOLIS

Estado de São Paulo
CNPJ: 01.926.718/0001-76
Procuradoria Legislativa

concurso público), entendo cabível e razoável a manutenção dos serviços públicos de coleta de lixo nos moldes acima delineados.

Ante o exposto, e tudo mais que dos autos consta, **OPINO** pela INCONSTITUCIONALIDADE e ILEGALIDADE na criação de função gratificada de “coletor de lixo”, ante a violação ao inciso V do art. 37 da CF, bem assim pela IMPOSSIBILIDADE/INCOMPATIBILIDADE da percepção cumulada de função gratificada com o adicional de horas extras, ressaltando configurar ato de flagrante ilegalidade o pagamento de horas extras sem a correspondente contraprestação (trabalho extraordinário) como forma indireta de aumento/reajuste de vencimentos de servidores ou como retribuição pelo exercício de funções atinentes a outro emprego público; sugerindo, no mais, alternativa/opção transitória, nos termos descritos acima para se evitar a paralisação dos serviços de coleta de lixo no Município.

É o parecer.

Dê-se ciência pessoal à autoridade consulente sobre o teor do presente parecer jurídico, visando subsidiar os trabalhos de fiscalização da vereança.

Proceda-se, por fim, a ampla publicidade do presente parecer.

Após, archive-se.

Pradópolis, 30 de janeiro de 2018.

MARCELO BATISTELA MOREIRA
Procurador Jurídico Legislativo
OAB/SP nº 305.353

PROTOCOLO DE ASSINATURA(S)

O documento acima foi proposto para assinatura digital na plataforma Portal OAB. Para verificar as assinaturas clique no link: <https://oab.portaldeassinaturas.com.br/Verificar/BD55-027C-62C0-DBE2> ou vá até o site <https://oab.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido.

Código para verificação: BD55-027C-62C0-DBE2



Hash do Documento

BFA604B2F83EECC44AEEEE21FEE5519E227F3D31A8E29CE80D30F208C94CF0F6E

O(s) nome(s) indicado(s) para assinatura, bem como seu(s) status em 19/03/2018 é(são) :

- Marcelo Batistela Moreira - 298.136.198-80 em 19/03/2018 11:30 UTC-03:00

Tipo: Certificado Digital

