

Parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda

INTERESSADO: COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS – CPTM

ASSUNTO: ADM DIRETA – EMPRESAS DESCENTRALIZADAS

EMENTA: COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS – CPTM. NOVO PLANO DE CARGOS, SALÁRIOS E CARREIRA. TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS COM EXIGÊNCIA DE ESCOLARIDADE SUPERIOR COM ATRIBUIÇÕES SIMILARES. VIABILIDADE. CRIAÇÃO DE CARGOS COM ATRIBUIÇÕES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 37, II DA CF/88.

Senhor Procurador do Estado Chefe da Consultoria Jurídica:

1. Vieram os presentes autos, encaminhados pelo Gabinete do Procurador Geral, através da Coordenadoria das Empresas e Fundações, com vistas a obter parecer desta Consultoria Jurídica acerca de dúvidas suscitadas pelo CDEC.

2. Tratou-se, na espécie, de consulta enviada, num primeiro momento, à Consultoria Jurídica da Fazenda, tendo sido encaminhada à Coordenadoria de Empresas e Fundações, tendo retornado a referida consulta por despacho da Ilma. Sra. Coordenadora das Empresas e Fundações, Dra. Cristina M. Wagner Mastrobuono.

3. No caso em análise, a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM submeteu ao Conselho de Defesas de Capitais do Estado de São Paulo – CDEC proposta de alteração de plano de cargos e salários, tendo, na oportunidade, o CDEC formulado dúvidas acerca da implantação do referido plano, conforme fls. 1.105/1.107^{vº}.

4. Trata-se de análise de Plano de Cargos, Carreiras e Salários (PCCS) da CPTM a ser implantado em vista da fusão, na figura atual da CPTM, das extintas CBTU – Companhia Brasileira de Trens Urbanos e da FESPASA – Ferrovia Paulista S.A. Tendo em vista as distorções trazidas pela referida fusão nos quadros de pessoal, a CPTM apresenta PCCS com vistas a uniformizar o tratamento dado aos empregados diversos, para enquadrá-los em novos quadros cujo requisito de escolaridade é o nível médio completo.

5. Há, ainda, a previsão de enquadramento do antigo Analista de Patrimônio no cargo de Arquiteto.

6. Os questionamentos, apresentados pelo CDEC, concentram-se na possibilidade, do ponto de vista jurídico, da transformação de cargos que exigiam, anteriormente, apenas o nível fundamental incompleto para cargos de nível médio completo, bem como acerca da viabilidade da transformação de cargo de Analista de Patrimônio em cargo de Arquiteto.

7. A título exemplificativo, foi feito quadro comparativo das atribuições anteriores de “Eletricista de Manutenção I”, cuja exigência era tão somente ensino fundamental, que se pretende migrar para “Oficial de Manutenção Elétrica”, cuja escolaridade mínima é o ensino médio completo, bem como curso de Eletricidade ou Eletrônica do SENAI ou instituição similar.

8. Foram apresentados, assim, os seguintes questionamentos: (i) Os empregados que foram admitidos (CBTU/FEPASA) e que hoje figuram nos quadros da CPTM, com nível fundamental incompleto/completo, podem ser transferidos, no novo Plano, para cargos de nível médio? E quanto aos empregados admitidos antes de 1988, a mesma regra poderá ser aplicada? (ii) Caso seja legal a pretensão quanto ao questionamento nº 1, poderá ser feita a transposição de apenas parte dos empregados, ou seja, somente aqueles que possuem os pré-requisitos e os que não possuem permanecerem no cargo em extinção na vacância? (iii) Os empregados admitidos como Analista de Patrimônio podem ser transferidos para o cargo de Arquiteto?

É o breve relatório. Passo a opinar.

9. A grande questão envolvida na pretensão trazida pela CPTM diz com as exigências constitucionais acerca da regra do Concurso Público para provimento de emprego público e eventual configuração das figuras da ascensão ou da transposição, ambas de provimentos derivados, figuras estas vedadas a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 37, II.

“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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

(...)

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

10. Com efeito, a análise da migração de diversos cargos e a transformação do cargo de analista de Patrimônio em Arquiteto implica a verificação no caso específico se tais alterações na estrutura da referida empresa pública configurariam a transposição ou transferência e o acesso ou ascensão.

11. Tanto o acesso como a transposição configuram formas de provimentos não mais admitidos pela Constituição. O acesso é provimento de cargo sem realização de concurso público, que configura a passagem de determinado servidor para cargo superior ao seu.

12. Já a transferência é o provimento de cargo consubstanciado na passagem de determinado servidor para cargo diferente do seu.

13. Não só tal vedação se dá no nível constitucional, como o próprio Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de sumular o assunto. Confira-se.

Súmula 685. 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.

14. Como cedoço, às entidades da administração indireta, ainda que dotadas de personalidade jurídica de direito privado, como é o caso, aplicam-se as regras da obrigatoriedade da acessibilidade por intermédio de concurso público, nos termos do já citado art. 37, II da CF/88.

15. Assim, as regras relativas à realização de concursos públicos para acesso aos empregos públicos se aplicam à CPTM.

16. Ante as considerações efetuadas, temos o seguinte quadro: (i) a CPTM é empresa pública e, portanto, se submete às exigências do art. 37, II da CF/88; (ii) a CF/88 veda o acesso a empregos públicos sem a realização de concursos públicos, com o que corrobora integralmente a Súmula 685 do STF; (iii) a CPTM apresenta novo Plano de Cargos e Salários, na intenção de migrar diversos cargos antigos para novos cargos. Portanto, a questão que se coloca, a meu ver, é se as referidas migrações/transformações submetidas a exame dessa consultoria obedecem ou ferem as regras de acessibilidade a empregos públicos, por intermédio de concurso público.

17. Com relação aos questionamentos contidos no item 1 de fls. 1107 e 1107 v^o, ou seja: se os empregados que foram admitidos (CBTU/FEPASA) e que

hoje figuram nos quadros da CPTM, com nível fundamental incompleto/completo podem ser transferidos no novo Plano, para cargos de nível médio, temos que a resposta a ser dada é positiva, caso as atribuições do novo cargo sejam, em sua essência, similares às anteriores.

18. De fato, no caso concreto há uma necessidade de a administração racionalizar a sua estrutura, na medida em que houve uma fusão entre duas empresas extintas. É imperativo, portanto, que a CPTM encontre uma forma de reestruturar a sua organização, com vistas a tornar possível a conjunção dos empregados das duas outras empresas extintas.

19. Logo, caso essa reestruturação, que visa a uma racionalização da administração e acarreta, conseqüentemente, alteração no nível de cargos ocupados por empregados públicos, apenas configure reorganização da estrutura de cargos da empresa pública, não se colhem óbices jurídicos, porquanto não há maltrato das regras constitucionais do concurso público.

20. Isso porque a intenção apenas de reestruturar e reorganizar a carreira, com o estabelecimento de qualificação necessária a sua ocupação, desde que mantidas, em sua essência, as atribuições desenvolvidas pelos empregados públicos antes e depois da reestruturação, dentro de seus respectivos cargos, não fere a regra do concurso público.

21. Destarte, temos que, caso as atribuições a serem exercidas pelo novo cargo sejam, em essência, as mesmas, o que deverá ser objeto de análise pela própria CPTM, apenas havendo a exigência de grau de escolaridade superior, não há na verdade criação de novo cargo, mas apenas reorganização daquele antes existente. De modo que, no meu entender, não há qualquer violação dos dispositivos constitucionais mencionados e tampouco da Súmula 685.

22. Importante mencionar que, no intuito de responder aos questionamentos, ampla pesquisa foi elaborada, tendo por base as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Diversas decisões foram encontradas, algumas das quais foram colacionadas neste Parecer. É preciso que se esclareça, antes da análise das referidas decisões que, muito embora tais decisões refiram-se a cargos públicos ocupados por estatutários e não de emprego público, entendo que a mesma razão jurídica deve ser aplicada, eis que o que está em pauta é a violação ou não da regra do concurso público, a qual, nos termos da CF/88, art. 37, II, se aplica tanto a cargos como a empregos públicos. Daí porque se justifica que o Parecer ora proferido tenha tomado como base, dentre outros, essas decisões. Vejamos.

ADI 1591 / RS – RIO GRANDE DO SUL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI

Julgamento: 19/08/1998

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 30-06-2000 PP-00038 EMENT VOL-01997-01 PP-00133

Parte(s)

REQTE. : PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT

ADVDO. : ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTROS

REQDO. : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REQDO. : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVDO. : REGIS ARNAOLDO FERRETTI E OUTROS

Ementa

Unificação, pela Lei Complementar nº 10.933-97, do Rio Grande do Sul, em nova carreira de Agente Fiscal do Tesouro, das duas, preexistentes, de Auditor de Finanças Públicas e de Fiscal de Tributos Estaduais. Assertiva de preterição da exigência de concurso público rejeitada em face da afinidade de atribuições das categorias em questão, consolidada por legislação anterior à Constituição de 1988. Ação direta julgada, por maioria, improcedente. (Grifei.)

ADI 1561 MC / SC – SANTA CATARINA

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES

Julgamento: 29/10/1997

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 28-11-1997 PP-62216 EMENT VOL-01893-01 PP-00184

Parte(s)

REQTE.: GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ADV. : PGE-SC JOÃO CARLOS VON HOHENDORFF

REQDO.: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

REQDO.: GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Ementa

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ESCRIVÃES DE EXATORIA E FISCAIS DE MERCADORIAS EM TRÂNSITO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ARTIGOS 1º E 2º DA LEI Nº 8.246/91 E ART. 2º DA LEI Nº 8.248/91, AMBAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. MEDIDA CAUTELAR.

1. A um primeiro exame, as normas impugnadas, das Leis nºs 8.246 e 8.248, de 18.04.1991, do Estado de Santa Catarina, não parecem incidir no mesmo vício de inconstitucionalidade que justificou a procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 81, de 10.03.93, daquele Estado, declarada na ADI nº 1.030. É que a LC nº 81/93 procedeu à “transformação, com seus ocupantes, de cargos de nível médio em cargos de nível superior”, incidindo numa “espécie de aproveitamento, ofensivo ao disposto no art. 37 da Constituição Federal”, conforme ficou ressaltado no acórdão daquele precedente. 2. Já nas normas, aqui impugnadas, das Leis nºs 8.246 e 8.248, de 18.04.1991, não se aludiu à transformação de cargos, nem se cogitou expressamente de aproveitamento em cargos mais elevados, de níveis diferentes. O que se fez foi estabelecer exigência nova de escolaridade, para o exercício das mesmas funções, e se permitiu que os Fiscais de Mercadorias em Trânsito e os Escrivães de Exatoria também as exercessem, naturalmente com a nova remuneração, justificada em face do acréscimo de responsabilidades e do interesse da Administração Pública na melhoria da arrecadação. E também para se estabelecer paridade de tratamento para os exercentes de funções idênticas. Mas não se chegou a enquadrá-los em cargos novos, de uma carreira diversa. Se isso pode, ou não, ser interpretado como burla à norma constitucional do concurso público, é questão que não se mostra suficientemente clara, a esta altura, de um exame sumário e superficial. 3. De resto, ainda que se pudesse vislumbrar em ambas as Leis, aqui impugnadas, os mesmos vícios da L.C. nº 81/93, não é de se desprezar a circunstância de que datam elas de 18.04.1991. Portanto, entraram em vigor há mais de seis anos. Sendo assim, a denegação da cautelar não afetará as finanças do Estado mais do que vinham sendo afetadas nestes últimos seis anos. Por outro lado, com sua

*concessão, haveria o risco, nunca desprezível, de se atingirem, consideravelmente, os vencimentos de 271 servidores, que os vinham percebendo, ao menos desde 1991. Circunstância que evidencia, também, não estar a Administração, durante todo esse tempo, tão convicta da inconstitucionalidade que agora sustenta. 4. Na verdade, somente um julgamento mais aprofundado, ou seja, do mérito da ação, poderá eventualmente vir a produzir os resultados pretendidos com sua propositura. 5. **Medida cautelar indeferida.** Decisão unânime. (Grifei.)*

23. E, por fim, mais recentemente, similar solução foi dada pelo Egrégio Supremo Tribunal acerca dos cargos de Assistentes Jurídicos da União. Vejamos excerto do julgado, da Relatoria da Ministra Ellen Gracie¹.

ADI 2713 / DF – DISTRITO FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE

Julgamento: 18/12/2002

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 07-03-2003 PP-00033 EMENT VOL-02101-01 PP-00153

Parte(s)

REQTE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS DA UNIÃO - ANAUNI

ADVDOS.: MARCOS VINÍCIUS WITCZAK E OUTROS

REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Ementa

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 11 E PARÁGRAFOS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 43, DE 25.06.2002, CONVERTIDA NA LEI Nº 10.549, DE 13.11.2002. TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO EM CARGOS DE ADVOGADO DA UNIÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 131, CAPUT; 62, § 1º, III; 37, II E 131, § 2º, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Preliminar de ilegitimidade ativa “ad causam” afastada por tratar-se a Associação requerente de uma entidade representativa de uma categoria cujas

¹ No mesmo sentido ADI 1.342/SP

*atribuições receberam um tratamento constitucional específico, elevadas à qualidade de essenciais à Justiça. Precedentes: ADI nº 159, Rel. Min. Octavio Gallotti e ADI nº 809, Rel. Min. Marco Aurélio. Presente, de igual modo, o requisito da pertinência temática, porquanto claramente perceptível a direta repercussão da norma impugnada no campo de interesse dos associados representados pela autora, dada a previsão de ampliação do Quadro a que pertencem e dos efeitos daí decorrentes. Não encontra guarida, na doutrina e na jurisprudência, a pretensão da requerente de violação ao art. 131, caput da Carta Magna, uma vez que os preceitos impugnados não afrontam a reserva de lei complementar exigida no disciplinamento da organização e do funcionamento da Advocacia Geral da União. Precedente: ADI nº 449, Rel. Min. Carlos Velloso. **Rejeição, ademais, da alegação de violação ao princípio do concurso público (CF, arts. 37, II e 131, § 2º). É que a análise do regime normativo das carreiras da AGU em exame apontam para uma racionalização, no âmbito da AGU, do desempenho de seu papel constitucional por meio de uma completa identidade substancial entre os cargos em exame, verificada a compatibilidade funcional e remuneratória, além da equivalência dos requisitos exigidos em concurso. Precedente: ADI nº 1.591, Rel. Min. Octavio Gallotti. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.** (Grifei.)*

24. Portanto, respondendo à primeira assertiva e, de forma reflexa, à segunda, entendo não haver óbice do ponto de vista jurídico à implementação de novo Plano de Cargos, Carreiras e Salários, com a migração de cargos de nível fundamental incompleto/completo para nível médio, desde que as atribuições exercidas de acordo com essa transformação se afigurem em seu núcleo essencial as mesmas. Há, portanto, que se fazer a correlata análise para cada cargo criado, para que não se violem as disposições constitucionais.

25. Ante a resposta dada à primeira questão, entendo que não deve haver diferenciação de tratamento entre aqueles empregados que possuem o nível de escolaridade adequado e aqueles que não o possuem. Isso porque, se já exercem as atribuições ali descritas, de forma adequada, não há razão para exigir que tais empregados possuam o grau de escolaridade agora estabelecido. Trata-se de requisito a ser exigido pela CPTM para os novos concursos públicos. Elucidativas, nesse sentido, as palavras do Ministro Aldir Passarinho citado no julgado da ADI 1.561/SC, cuja ementa se encontra transcrita acima.

“É bastante comum que a Administração, verificando que, ante as responsabilidades do cargo, deve ter o servidor um nível maior de escolaridade, passe, por isso, a exigir que o candidato ao lugar seja possuidor de certificado ou diploma correspondente a esse nível. E, de outra parte, reconhecendo que os servidores que já ocupem os cargos possuem larga experiência e não devem ser prejudicados, os mantenham nos cargos independentemente de não serem detentores de tais diplomas ou certificados, o que passa a ser exigido somente para os novos.”

26. Veja-se, ainda, que, caso se permita que haja dois cargos, cujas atribuições sejam muito similares, diversos problemas serão criados no âmbito da justiça trabalhista, tais como ações de equiparação salarial, como bem ressaltado nas informações de fls. 1105/1108.

27. O terceiro questionamento, que se refere à possibilidade de enquadramento dos empregados admitidos como Analistas de Patrimônio nos cargos de Arquitetos, entendendo ser inviável.

28. Notadamente, a questão que aqui se coloca pode ser analisada sob o mesmo viés da questão anterior. Em outras palavras, há que se verificar se há compatibilidade de atribuições entre os cargos, de modo a que não haja criação de novo cargo, a ser ocupado por empregados que prestaram concurso para cargo diverso. Nesse caso haveria violação à regra do concurso público estampada na CF/88.

29. No que tange à transferência de empregados que ocupavam o cargo de Analista de Patrimônio para Arquiteto, parece não haver qualquer correlação entre as atribuições do cargo anterior e aquele que se pretende criar.

30. É que, nos termos do quanto informado pelo CDEC, a formação antes exigida para ocupar o cargo de analista de patrimônio se referia às áreas de Administração de Empresas, Economia, Matemática, Ciências Contábeis e outros. Tais formações em nada se assimilam a atribuições inerentes ao cargo de Arquiteto, profissão essa inclusive regulamentada por órgão específico. No presente caso, há, efetivamente, a criação de um novo cargo, a ser provido por meio de concurso público.

31. Nesse sentido, ADI 248/RJ, conforme ementa que segue.

ADI 248 / RJ – RIO DE JANEIRO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 18/11/1993

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 08-04-1994 PP-07222 EMENT VOL-01739-01 PP-00008

Parte(s)

REQTE.: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVS.: JOSE EDUARDO SANTOS NEVES E OUTROS

REQDA.: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Ementa

ADIN – CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (ADCT, ARTS. 69 E 74) – PROVIMENTO DERIVADO DE CARGOS PÚBLICOS (TRANSFE-

RÊNCIA E TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS) – OFENSA AO POSTULADO DO CONCURSO PÚBLICO – USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA CONSTITUCIONALMENTE RESERVADO AO CHEFE DO EXECUTIVO – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. – Os Estados-membros encontram-se vinculados, em face de explícita previsão constitucional (art. 37, caput), aos princípios que regem a Administração Pública, dentre os quais ressalta, como vetor condicionante da atividade estatal, a exigência de observância do postulado do concurso público (art. 37, II). A partir da Constituição de 1988, a imprescindibilidade do certame público não mais se limita a hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, impondo-se as pessoas estatais como regra geral de observância compulsória. – **A transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas traduzem, quando desacompanhadas da prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos, formas inconstitucionais de provimento no Serviço Público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais foi ele legitimamente admitido. Insuficiência, para esse efeito, da mera prova de títulos e da realização de concurso interno. Ofensa ao princípio da isonomia.** – A iniciativa reservada das leis que versem o regime jurídico dos servidores públicos revela-se, enquanto prerrogativa conferida pela Carta Política ao Chefe do Poder Executivo, projeção específica do princípio da separação de poderes. Incide em inconstitucionalidade formal a norma inscrita em Constituição do Estado que, subtraindo a disciplina da matéria ao domínio normativo da lei, dispõe sobre provimento de cargos que integram a estrutura jurídico-administrativa do Poder Executivo local. – A supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido. Doutrina e jurisprudência. (Grifei.)

32. Ante todo o aqui exposto, é importante que a administração atente para a não transferência de cargos anteriores para novos cargos cujas atribuições sejam essencialmente diversas das anteriores, casos em que haveria violação à regra do concurso público e, portanto, da isonomia.

É o parecer que ora submeto à consideração de V. Sa.

CJ/SF, 20 de maio de 2013.

Beatriz Meneghel Chagas Camargo

Procuradora do Estado

OAB/SP 257.307

1. Aprovo o Parecer CJ/SF nº 0546/2013.^{2*}
2. Encaminhe-se ao CDEC, para as providências decorrentes.

CJ/SF, 20 de maio de 2013.

MARIO ENGLER PINTO JUNIOR

Procurador do Estado

Chefe da CJ/SF

2 * Este expediente recebeu os seguintes enquadramentos, conforme as escalas de classificação divulgadas no site da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda: **Primeira Categoria**, pela qualidade da instrução, clareza na formulação da dúvida jurídica e antecedência do encaminhamento; e **Alta Complexidade**, pela extensão do trabalho realizado e o tempo despendido com o exame do assunto, incluindo a emissão de parecer ou manifestação.