PARECER Nº 953/2021 DA COMISSÃO DE CONSTITUÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO Nº 0081/2019.

Trata-se de projeto de decreto legislativo de iniciativa do nobre Vereador Celso Giannazi, que susta os efeitos do Decreto nº 58.225/2018, que dispõe sobre a concessão de licença médica, restrição de função, aposentadoria por invalidez e realização de exame médico admissional para ingresso no serviço municipal.

De acordo com a justificativa do projeto, o Poder Executivo extrapolou sua competência ao colocar no artigo 7º do referido Decreto o corte do salário caso o servidor não compareça à avaliação médico-pericial, contrariando o direito à concessão de licença previsto em lei. Além do mais, o salário possui natureza alimentar, imprescindível à sobrevivência humana, sendo, inclusive, impenhorável, conforme entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sob o aspecto estritamente jurídico, o projeto reúne condições para prosseguir em tramitação, porém, limitado à sustação dos dispositivos que, tendo relação com o citado artigo 7º, extrapolaram o poder regulamentar do Executivo, conforme o Substitutivo adiante proposto.

Preliminarmente, cumpre observar que o art. 14, XIII, da Lei Orgânica do Município atribui à Câmara competência para sustar os atos normativos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar. A instrumentalização do ato de sustação se dá por intermédio de decreto legislativo, previsto no art. 236 do Regimento Interno como proposição destinada a regular matéria que exceda os limites da economia interna do Legislativo.

Vale lembrar inicialmente que "os decretos ou regulamentos de execução costumam ser definidos como regras jurídicas gerais, abstratas e impessoais, editadas em função de uma lei, concernentes à atuação da Administração, possibilitando a fiel execução da lei a que se referem. A Constituição de 1988 expressamente prevê a edição de regulamentos de execução em seu art. 84, IV. Segundo esse dispositivo, compete privativamente ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis." (...) "Os decretos de execução, uma vez que necessitam sempre de uma lei prévia a ser regulamentada, são atos normativos ditos secundários (o ato primário é da lei, pois deflui diretamente da Constituição); situam-se hierarquicamente abaixo da lei, a qual não podem contrariar, sob pena de serem declarados ilegais. A própria Constituição, em seu art. 49, inciso V, atribui competência ao Congresso Nacional para 'sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar' " (in Direito Constitucional Descomplicado, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, 4ª ed., Ed. Método, p. 587).

Assim, podem ser sustados tanto os decretos que, sob o pretexto de dar cumprimento a uma lei, inovem a ordem jurídica, quanto aqueles que, autonomamente editados, regulem matéria reservada à lei.

Importa ressaltar também que, a partir da Emenda Constitucional nº 32/2001, passou a existir autorização expressa na Constituição, em seu art. 84, VI, para que o Presidente da República disponha sobre organização e funcionamento da Administração Federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e proceda à extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos, diretamente mediante decreto.

Portanto, hoje, a Constituição Federal expressamente prevê a edição de decretos como atos primários, diretamente hauridos de seu texto, independentemente de lei.

Conforme ensinam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, "os decretos previstos nessa Emenda (art. 84, VI, da Constituição) são atos de efeitos internos, dispondo sobre a organização e funcionamento da Administração e a extinção de cargos vagos, embora, indiretamente, tenham reflexos para os administrados em geral" (ob. cit., pp. 590/591).

Também estes podem ser sustados pela Câmara, quando cuidem da matéria que o art. 84, VI, da Constituição Federal, tenha expressamente reservado à lei em sentido formal.

Fixada assim a competência da Câmara para a matéria, segue-se a análise do caso concreto.

O Decreto nº 58.225/2018 contém 105 artigos, que regulamentam a concessão aos servidores municipais de licenças para tratamento de saúde, por motivo de doença em pessoa da família, licença compulsória, licença por acidente de trabalho ou por doença profissional ou do trabalho, licença à gestante, licença-maternidade especial, de readaptação e restrição funcional e de aposentadoria por invalidez, bem como a realização de exame médico admissional em candidatos a ingresso no serviço público municipal.

Percebe-se, pela justificativa do projeto, que o proponente apenas discorda da parte do Decreto que diz respeito ao corte de vencimento de servidor que deixe de comparecer à avaliação médico-pericial.

Sendo assim, a nosso ver, o mais apropriado seria propor a sustação apenas parcial do Decreto nº 58.225/2018. Com efeito, estes os dispositivos do Decreto que preveem o corte de vencimento de servidor:

Art. 7º No caso de não comparecimento do servidor à avaliação médico-pericial devidamente agendada, a COGESS comunicará a ausência à unidade de gestão de pessoas de origem do servidor, por meio de publicação no Diário Oficial da Cidade, para que adote as providências tendentes à suspensão do pagamento de seus vencimentos ou proventos, nos termos do artigo 230 da Lei nº 8.989, de 1979.

§ 1º A suspensão dos vencimentos ou proventos vigorará até que o servidor desista expressamente da licença solicitada ou até que seja considerada justificada sua ausência, devendo a unidade de gestão de pessoas responsável ser informada por meio de publicação no Diário Oficial da Cidade.

§ 2º O pagamento dos vencimentos ou proventos será restabelecido de acordo com o cronograma de fechamento da folha de pagamento, não sendo admitidos adiantamentos suplementares.

§ 3º Cabe à COGESS providenciar as publicações previstas neste artigo.

Art. 8º Caso a sua ausência tenha ocorrido por motivo justo comprovado, poderá o servidor pedir a reconsideração do despacho que determinou a suspensão dos seus vencimentos ou proventos, em até 2 (dois) dias úteis, contados da data da publicação da decisão no Diário Oficial da Cidade.

Parágrafo único. Acolhido o pedido de reconsideração, será agendada data para a perícia, não mais sendo cabível a apresentação de novo pedido de reconsideração ou de recurso.

.....

Art. 46. Na hipótese de não comparecimento do servidor à perícia médica agendada após a apreciação do pedido de reconsideração ou do recurso, será observado o procedimento previsto no artigo 7º deste decreto.

.....

Art. 55. No caso de não comparecimento do servidor à perícia agendada para análise de acidente de trabalho ou de doença profissional ou do trabalho ou, ainda, se o médico perito entender que a perícia é absolutamente necessária, não sendo caso de alta por abandono, a COGESS comunicará a ausência à unidade de gestão de pessoas de origem do servidor, por meio de publicação no Diário Oficial da Cidade, para que adote as providências tendentes à suspensão do pagamento de seus vencimentos ou proventos, conforme previsto no artigo 230 da Lei nº 8.989, de 1979.

§ 1º A suspensão do pagamento de vencimentos ou proventos será providenciada pela unidade de gestão de pessoas a que estiver vinculado o servidor em até 2 (dois) dias úteis, contados da data da publicação da comunicação a que se refere o caput deste artigo.

§ 2º O pagamento de vencimentos ou proventos ficará suspenso até que o servidor seja efetivamente avaliado em perícia médica ou que sua ausência seja considerada justificada, devendo a COGESS informar a unidade de gestão de pessoas responsável a esse respeito por meio de publicação no Diário Oficial da Cidade.

.....

Art. 58. (...)

.....

§ 5º No caso de não comparecimento injustificado à avaliação pericial, estando o servidor no gozo de licença por acidente do trabalho ou doença profissional ou do trabalho, deverá a COGESS, para os efeitos do disposto no artigo 230 da Lei nº 8.989, de 1979, adotar o procedimento previsto no artigo 55 deste decreto.

§ 6º (...)

Art. 63. (...)

Parágrafo único. Se o servidor não comparecer na data marcada, a COGESS poderá proceder de acordo com o disposto no artigo 230 da Lei nº 8.989, de 1979, observado o procedimento previsto no artigo 7º deste decreto.

.....

Art. 77. Se o servidor não comparecer à avaliação médico-pericial devidamente agendada, terá seu pagamento suspenso nos termos do artigo 230 da Lei nº 8.989, de 1979, observado o procedimento previsto no artigo 7º deste decreto.

.....

Art. 87. Os servidores aposentados por invalidez poderão ser convocados a comparecer a COGESS para avaliação médico-pericial, com vistas à manutenção da aposentadoria, sob pena de suspensão do pagamento de seus proventos, nos termos do artigo 230 da Lei nº 8.989, de 1979, observado o procedimento previsto no artigo 7º deste decreto.

Note-se que, todas as vezes em que o Decreto se refere à suspensão de pagamento ao servidor por não comparecimento, injustificado, à perícia médica, para fins de concessão de licença, restrição de função, aposentadoria por invalidez e exame médico admissional para ingresso no serviço municipal, há remissão ao art. 230 da Lei nº 8.989, de 29 de outubro de 1979, cuja redação é a seguinte:

Art. 230 - O funcionário ou o inativo que, sem justa causa, deixar de atender a exigência legal, para cujo cumprimento seja marcado prazo certo, terá suspenso o pagamento dos seus vencimentos ou proventos, até que satisfaça essa exigência.

O Decreto peca, porém, pela falta de menção às garantias do devido processo legal e da ampla defesa, sugerindo que, na ausência de comparecimento do servidor à perícia designada, possa, desde logo, ter seus vencimentos cortados, sem qualquer limite ou critério de razoabilidade ou proporcionalidade. Mais do que isso, o Decreto acaba sendo mais rigoroso do que a pena, propriamente dita, de suspensão do servidor, prevista no Estatuto dos Funcionários Públicos do Município. Confiram-se, a propósito, os seguintes artigos da Lei nº 8.989/79:

Art. 186 A pena de suspensão, que não excederá a 120 (cento e vinte) dias, será aplicada em casos de falta grave ou de reincidência. (Redação dada pela Lei nº 13.519/2003)

§ 1º - O funcionário suspenso perderá, durante o período de cumprimento da suspensão, todos os direitos e vantagens decorrentes do exercício do cargo.

§ 2º - Quando houver conveniência para o serviço, a pena de suspensão poderá ser convertida em multa, sendo o funcionário, nesse caso, obrigado a permanecer em exercício.

§ 3º A multa não poderá exceder à metade dos vencimentos, nem perdurar por mais de 120 (cento e vinte) dias. (Redação dada pela Lei nº 13.519/2003)

.....

Art. 199 O funcionário poderá ser suspenso preventivamente, até 120 (cento e vinte) dias, desde que o seu afastamento seja necessário para assegurar a averiguação da infração a ele imputada ou para inibir a possibilidade de reiteração da prática de irregularidades. (Redação dada pela Lei nº 13.519/2003)

§ 1º .....

Art. 200 Durante o período de suspensão preventiva, o funcionário perderá 1/3 (um terço) dos vencimentos, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I e II do parágrafo 1º do artigo 199. (Redação dada pela Lei nº 13.519/2003)

Parágrafo Único ..... (negritos acrescentados)

Além disso, a Lei nº 8.989/79 prevê que o servidor deverá ser notificado a exercer a sua defesa antes de qualquer corte no pagamento de seus vencimentos:

Art. 187 A autoridade que tiver conhecimento de infração funcional que enseje a aplicação de penas de repreensão e suspensão até 5 (cinco) dias deverá notificar por escrito o servidor da infração a ele imputada, com prazo de 3 (três) dias para oferecimento de defesa. (Redação dada pela Lei nº 10.806/1989)

§ 1º .....

Nesse aspecto, o Decreto Municipal n º 58.225/2018 também se afasta do modelo adotado no âmbito federal pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que cuida do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, a saber:

Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.

§ 1º Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação.

§ 2º Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço.

.....

Art. 146. Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar.

Pelo exposto, verifica-se que o Decreto nº 58.740/2019, ao determinar a suspensão de vencimentos do servidor sem prévio processo administrativo, com as garantias inerentes à ampla defesa e ao devido processo legal, contraria o artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. Por outro lado, o Decreto não contém qualquer regra que limite o corte dos vencimentos a percentual justo e proporcional, que não prive o servidor da totalidade dos vencimentos essenciais à sua subsistência.

Em síntese, os artigos 7º, 8º, 46, 55, 77, 87, além do § 5º do art. 58 e do parágrafo único do art. 63, todos do Decreto nº 58.225/2018, contrariam os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que devem pautar a Administração Pública na condução dos processos administrativos, consoante o artigo 2º da Lei Municipal nº 14.141, de 27 de março de 2006:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da primazia no atendimento ao interesse público, economicidade, eficiência, legalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade.

Na prática, o Decreto nº 58.225/2018 acaba presumindo, de forma desarrazoada, que todo servidor que deixe de comparecer à perícia o faz de má fé, enquanto não justificada a sua ausência. Ocorre que, muitas vezes, a justificativa existe e é juridicamente válida, mas pode demorar algum tempo para chegar ao conhecimento da Administração Pública pelos mais variados motivos. Portanto, a presunção de má fé não se sustenta, podendo gerar situações de grave injustiça, à semelhança do que já ocorreu no caso que chegou ao conhecimento da Sexta Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação/Exame Necessário nº 1007393-38-2016.8.26.0053, julgada em 8 de maio de 2017:

Ou seja, como bem decidiu o MM. Juiz:

Sabe-se que quando o médico pede o afastamento do servidor, este é imediato. A inspeção pela junta médica que defere o pedido, por sua vez, pode demorar muito a ser realizada - vez por culpa do periciando, vez outras por culpa própria da Administração - que não consegue dar vazão à grande quantidade de pedidos de licença para tratamento de saúde. Assim não é crível que até resultado final da perícia médica que deve ser submetido o impetrante, tenha ele descontados seus vencimentos. Se assim fosse, não haveria preocupação se quer em responder os pedidos de licença para tratamento de saúde, porque haveria uma presunção de má-fé por parte do servidor em benefício da Administração. Incabível essa inversão de valores. A Administração não pode pautar como "injustificadas" ausências quando ainda não concluído o procedimento administrativo para sua comprovação, sob pena de punir antecipadamente seus servidores à revelia do devido procedimento administrativo e do contraditório e ampla defesa (...) (fl. 781).

De fato, exatamente como decidido, até que seja proferido laudo médico oficial, não pode o impetrante sofrer descontos em seus vencimentos e nem sofrer a anotação de faltas injustificadas em relação ao período em que aguarda a conclusão do seu pedido de licença.

Em suma, a hipótese era mesmo de concessão da segurança, de modo que a r. sentença deve ser mantida tal qual proferida.

Demonstrada, portanto, a incompatibilidade do Decreto contestado com a legislação vigente, somos PELA LEGALIDADE do projeto de Decreto Legislativo, na forma do Substitutivo que segue.

Nos termos do art. 105, XIII, do Regimento Interno, compete ao Plenário a apreciação do presente projeto.

SUBSTITUTIVO Nº DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA AO PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO Nº 0081/19.

Susta parcialmente o Decreto nº 58.225, de 9 de maio de 2018, que regulamenta a concessão aos servidores municipais das licenças que especifica.

A Câmara Municipal de São Paulo D E C R E T A:

Art. 1º Ficam sustados os artigos 7º, 8º, 46, 55, 77, 87, além do § 5º do art. 58 e o parágrafo único do art. 63, todos do Decreto n° 58.225, de 9 de maio de 2018, que regulamenta a concessão aos servidores municipais das licenças que especifica, de readaptação, de restrição de função e de aposentadoria por invalidez, bem como a realização de exame médico admissional em candidatos a ingresso no serviço público municipal, conforme previsto na legislação específica.

Art. 2º As despesas decorrentes da execução do presente Decreto Legislativo correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 3º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data da sua publicação.

Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, em 01/09/2021.

Ver. Carlos Bezerra Jr. (PSDB) - Presidente

Ver. Alessandro Guedes (PT)

Ver. Faria de Sá (PP) - Relator

Ver. Gilberto Nascimento (PSC)

Ver. Professor Toninho Vespoli (PSOL)

Ver. Rubinho Nunes (PSL)

Ver. Sandra Tadeu (DEM) - Abstenção

Ver. Sansão Pereira (REPUBLICANOS) - Abstenção

Ver. Thammy Miranda (PL)

Este texto não substitui o publicado no Diário Oficial da Cidade em 04/09/2021, p. 105

Para informações sobre o projeto referente a este documento, visite o site www.saopaulo.sp.leg.br.