

EDUARDO LUCHESI

Sociedade de Advogados

Parecer Individual nº 32/2021

Consultante: Prefeitura Municipal de Arroio do Tigre, RS.

Data: 16/09/21

Responsável Técnico: Eduardo Luchesi.

Consultante: Aline Feiten. Secretária

Resumo: Instituição de direitos aos servidores públicos com filhos portadores de necessidades especiais. Inexistência de vedação frente a LC 173/20. Considerações.

Consulta:

Somos questionados pelo Poder Executivo de Arroio do Tigre, através da servidora epigrafada que indaga: BOM DIA, Dr. EDUARDO, SOLICITO PARECER JURÍDICO EM RELAÇÃO AO PROJETO DE LEI Nº 173/2020, QUE TENHA COMO DEPENDENTE PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS, ENCAMINHADO NA DATA DE ONTEM (15/09), UMA VEZ QUE ESTE PROJETO FOI BAIXADO PARA ESTUDO JUNTO A CAMARA DE VEREADORES, POR ENTENDEREM QUE ESTE PROJETO SERIA UMA VANTAGEM INFRINGINDO ASSIM A LEI COMPLEMENTAR 173 DE 27 DE MAIO DE 2020, EM ESPECIAL, QUANTO AO DISPOSTO NO INCISO VI DO ART. 8º. CONSIDERANDO A PROIBIÇÃO DE MAJORAÇÃO DE AUXÍLIOS, VANTAGENS, OU BENEFÍCIOS DE QUALQUER NATUREZA.

Colaciona o parecer de ente consultivo do órgão legislativo que indica a existência, em tese, de contrariedade a LC 173/20.

E no ponto, já avançando no projeto entelado, não existe dita vedação por força da LC 173/20 sendo apenas o ato legislativo o cumprimento de uma obrigação legal pretérita a existência da LC 173/20.

A jurisprudência gaúcha há muito vem firmando o entendimento de que na hipótese de ausência de previsão

EDUARDO LUCHESI

Sociedade de Advogados

de redução da carga horária na lei de regência do Município, em atenção aos princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico, deve haver a aplicação da Lei Estadual nº 13.320/2009 que disciplina a matéria em âmbito estadual:

Art. 112. Os servidores públicos estaduais da administração direta e indireta que possuam filho dependente com deficiência congênita ou adquirida, com qualquer idade, terão sua carga horária semanal reduzida à metade sem redução salarial.

§ 1.º A redução de carga horária de que trata o “caput” deste artigo destina-se ao acompanhamento do filho, natural ou adotivo, no seu tratamento e/ou atendimento às suas necessidades básicas diárias.

§ 2.º No caso de ambos os cônjuges serem servidores estaduais e enquadrados nas disposições desta Subseção, a somente um deles será autorizada a redução de carga horária, de sua livre escolha.

§ 3.º O afastamento poderá ser consecutivo, intercalado, alternado ou escalonado, conforme necessidade e/ou programa do tratamento pertinente

Neste sentido colaciona-se recentes precedentes do e. TJRS e das Turmas Recursais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL DE TRÊS COROAS. PEDIDO DE REDUÇÃO DE CARGA HORÁRIA. FILHO PORTADOR DE TRANSTORNO ESPECTRO AUTISTA. MANUTENÇÃO DOS VENCIMENTOS. POSSIBILIDADE. No presente caso, o demandado afirma que não há base legal para a redução da jornada de trabalho de servidor, ainda mais sem a redução proporcional de vencimentos, pugnando, dessa forma, pela revogação da medida. Não obstante, nesses

EDUARDO LUCHESI

Sociedade de Advogados

casos, deve ser observada a Lei Estadual nº 13.320/2009, que consolidou a legislação relativa à pessoa com deficiência no âmbito estadual, a qual prevê a redução da carga horária, em 50%, para os servidores que possuam filhos ou dependente com doença congênita. Da análise dos documentos acostados pela parte Agravada, vê-se que há prova suficiente para a caracterização de um juízo de probabilidade do direito afirmado, no sentido de que autora necessita dispor de 50% da sua carga horária de trabalho para auxiliar nos cuidados e desenvolvimento do filho menor, portador de Transtorno do Espectro Autista. Nesse contexto, considerando todo o aparato legal que circunda a espécie (Constituição Federal e Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência) tenho por manter o deferimento da medida postulada em antecipação de tutela - redução da jornada de trabalho da autora em 50%, sem a redução de vencimentos -, em atenção aos princípios constitucionais da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, na medida em que, se reduzido os seus vencimentos, estaria se obstando a subsistência da servidora, ao invés de priorizá-la, juntamente com sua família, que inclui um portador de necessidades especiais, que certamente necessita de diversos tratamentos de saúde. AGRADO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 71007682263, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Mauro Caum Gonçalves, Julgado em 29/08/2018)

RECURSO INOMINADO. SERVIDOR PÚBLICO. AGENTE EDUCACIONAL

II. PRETENSÃO À REDUÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. No caso em tela, o recorrente assevera que não há base legal para a redução da jornada de

EDUARDO LUCHESI

Sociedade de Advogados

trabalho de servidor, ainda mais sem a redução proporcional de vencimentos, pugnando, dessa forma, pela reforma da sentença. Contudo, sem razão. Nesses casos, deve ser observada a Lei Estadual n. 13.320/2009, que consolidou a legislação relativa à pessoa com deficiência no âmbito estadual, a qual prevê a redução da carga horária, em 50%, para os servidores que possuam filhos ou dependente com doença congênita, por analogia e ausência de legislação estadual acerca da redução de jornada aos servidores. Ademais, o conjunto probatório é suficiente para a caracterização de um juízo de probabilidade do direito afirmado, no sentido de que o recorrido necessita dispor de 50% da sua carga horária de trabalho para garantir a recuperação do servidor, portador de transtorno do espectro autista. Destarte, com o escopo de evitar desnecessária tautologia adoto como razões de decidir os argumentos da sentença, a qual mantenho por seus próprios e jurídicos fundamentos, consoante faculta o art. 46 da lei nº 9.099/95. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71007740418, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Rosane Ramos de Oliveira Michels, Julgado em 26/09/2018)

Em mesmo sentido, sinala-se, dispõe a legislação federal, com as recentes alterações trazidas pela Lei nº 13.370/2016:

Art. 98. Será concedido horário especial ao servidor estudante, quando comprovada a incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição, sem prejuízo do exercício do cargo.

[...]

§ 2º Também será concedido horário especial ao servidor

EDUARDO LUCHESI

Sociedade de Advogados

portador de deficiência, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário.

§ 3o As disposições constantes do § 2o são extensivas ao servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência.

Há que se ressaltar, ainda, que o Brasil é signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque, e em considerando que o referido tratado internacional foi internalizado na forma do artigo 5º, §3º, da CRFB, com redação da EC nº 45/04, a mesma possui status de Emenda Constitucional. Em seu artigo 3º a Convenção elenca os princípios gerais a serem obedecidos pelos Estados signatários:

Artigo 3 - Princípios Gerais

Os princípios da presente Convenção são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

EDUARDO LUCHESI

Sociedade de Advogados

O artigo 4º da Convenção de Nova Iorque estipula, ainda, as obrigações gerais, e dispõe, no artigo 1, alínea "b", que os Estados Partes modifiquem leis e práticas que sejam discriminatórias às pessoas com deficiência. Sob esse mandato, promulgou-se a Lei nº 13.146/15, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, também denominada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Posto isto, impende argumentar que direito administrativo contemporâneo, guiado pela corrente neoconstitucionalista, ou seja, pelo próprio processo de constitucionalização do direito, não mais aceita a legalidade administrativa com a rigidez que outrora se alvitrou. Tal alteração de entendimento ocorreu justamente em razão da colocação da Constituição Federal, e conseqüentemente dos direitos fundamentais – diga-se dignidade da pessoa humana – no epicentro do ordenamento jurídico, e, por decorrência, do próprio direito administrativo. Isso significa que resta superada a visão de que a função administrativa consiste na mera aplicação da lei de ofício: [...] a noção de que a Administração Pública é mera aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador. Por certo, não prescinde a Administração Pública de uma autorização legislativa para agir, mas, no exercício de competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado em termos globais, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público. (1 COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no Direito Administrativo brasileiro. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, v. 179/180, p. 51-67, jan./jun., 1990, p. 53. Apud)

Neste diapasão, a doutrina de Gustavo Binembojm afirma que "a superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade". Isso significa que a legalidade administrativa continua a existir, contudo enquanto princípio interno do direito administrativo, de modo que deixou de ocupar a posição soberana d'outrora lhe atribuída. (BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pág. 36.)

EDUARDO LUCHESI

Sociedade de Advogados

Assim, embora a atividade administrativa, em regra, deva ser realizada segundo a lei, deve, primeiramente, legitimar-se perante o direito, com necessário fundamento na Constituição. A filtragem constitucional do Direito Administrativo ocorrerá, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional.

A Constituição, portanto, passou a funcionar como critério imediato da tomada de decisões pelo administrador. Deste modo, houve um significativo esvaziamento – para alguns total⁴ – dos espaços de discricionariedade na atividade administrativa, que, além de pautar-se nas finalidades legais, passou a ter obediência aos fins constitucionais.

Em suma, a constitucionalização do direito administrativo convolou a legalidade em juridicidade administrativa. Ademais, é imprescindível assentar que em se tratando de princípios constitucionais, deve-se se exercer com acuidade o juízo de ponderação, sobretudo na hipótese do caso aqui tratado, sempre com proeminência do postulado da proporcionalidade. O postulado da proporcionalidade, remansosamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência como princípio, é condição para o conhecimento de normas jurídicas. Tal postulado orienta a interpretação e aplicação de normas no sentido de acomodar os bens jurídicos em jogo, sem que se exclua um em prol da subsistência do outro. Ou seja, dentre as opções disponíveis, todas são otimizadas em algum nível. Este é o dever de ponderação, ao qual se liga o postulado da proporcionalidade. (BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pág. 98).

Nesta esteira, conquanto não haja no ordenamento local disposição quanto a redução da carga horária do servidor responsável por pessoa portadora de deficiência física, existe, na legislação estadual, o art. 127 da Lei Complementar n. 10.098/1994, o qual autoriza a redução da carga horária de servidores para acompanhar filho portador de necessidades especiais, sem

EDUARDO LUCHESI

Sociedade de Advogados

prejuízo de vencimentos e sem necessidade de cumprimento de carga mínima.

Mostra-se, pois, lógico e proporcional aplicar aludida legislação, por analogia, ao servidor público municipal, em razão de inexistir, no estatuto municipal, regra que expressamente permita a exceção de redução de carga horária, sem prejuízo de vencimentos, em face de filho com necessidades especiais. Importa destacar que os direitos em voga possuem absoluta prioridade, devendo ser respeitados, independentemente, de existência de recursos. Portanto, o argumento puro e simples do respeito ao orçamento público, não pode servir para obstaculizar a implementação dos direitos que compõem o mínimo existencial das pessoas. Saliente-se, também, que a intromissão do Poder Judiciário na atividade administrativa, in casu, se mostra possível haja vista a que medida pleiteada busca dar eficácia à normas constitucionais, em face de evidente omissão do Poder Público.

Portanto, não existindo na legislação do Município disposição acerca redução da carga horária de servidores para acompanhar filho portador de necessidades especiais, nos termos da fundamentação acima, à luz, primordialmente, dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da não discriminação, é imperiosa a determinação legal de tal medida, com aplicação, por analogia, do art. 127 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94 e art. 112 da Lei Estadual nº 13.320/2009, não existindo prejuízo na terminologia utilizada (PCD), já que em consonância com a legislação estadual e seguindo a esta, que já existe, evitando assim a judicialização do tema e derrota da urbe em processo, o que isto sim gerará despesa desnecessária.

É o parecer.



Eduardo Luchesi
OAB/RS 70.915A