

CONSULTA Nº 55/2019

PROCEDIMENTO IDEA nº 167.9.127846/2019

SUMÁRIO

1. Do objeto da consulta	01
2. Da gratificação de incentivo financeiro aos agentes comunitários de Saúde de Itanagra (Lei Municipal nº 02/2018)	02
3. Das gratificações estabelecidas no Estatuto dos Servidores do Município de Itanagra (Lei Municipal nº 059/2012)	12
4. Da gratificação por Condição Especial de Trabalho	17
5. Conclusão	23

1. Do objeto da consulta

Trata-se de consulta formulada pela Promotora de Justiça Andréa Lemos Fontoura, titular da 2ª Promotoria de Justiça de Mata de São João.

O órgão de execução solicitou ao CAOPAM orientação doutrinária e jurisprudencial acerca da legalidade das gratificações pagas aos servidores do município de Itanagra, nos seguintes termos:

Formule-se consulta ao CAOPAM, a fim de que este forneça orientação doutrinária e jurisprudencial acerca da legalidade e/ou constitucionalidade das gratificações de desempenho pagas aos servidores da Prefeitura Municipal de Itanagra, bem como aponte se foram estabelecidos critérios objetivos para pagamento das mesmas, se foram atendidos os critérios de razoabilidade e proporcionalidade nos percentuais fixados e se houve a indicação de fonte de custeio do pagamento de verbas.

Com o propósito de fornecer os subsídios solicitados e respeitada a independência funcional do órgão de execução, o **CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE PROTEÇÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA – CAOPAM**, com amparo no art. 17, da Resolução nº 006/2009, do Colégio de Procuradores de Justiça, bem como no art. 3º, V, IX, XIII do Ato Normativo nº 027/2014, da Procuradoria-Geral de Justiça, apresenta a seguinte análise técnico-jurídica.

2 – Da gratificação de incentivo financeiro aos agentes comunitários de saúde de Itanagra (Lei Municipal nº 02/2018)

A Lei Municipal nº 02/2018, autorizou o pagamento de um incentivo financeiro adicional aos agentes comunitários de saúde e aos agentes de combate às endemias, nos moldes abaixo:

Art. 1º. Fica autorizado o repasse da parcela extra do Incentivo Financeiro Anual aos Agentes Comunitários de Saúde e de Combate as Endemias no último trimestre de cada ano, conforme previsto no Parágrafo único da Portaria nº 314, de 28 de Fevereiro de 2014 do Ministério da Saúde.

Art. 2º. Os valores referentes ao repasse da parcela extra do Incentivo Financeiro correrão por conta do orçamento do Ministério da Saúde conforme exposto no Art. 2º da Portaria nº 314, de 28 de fevereiro de 2014 do Ministério da Saúde.

Art. 3º. Não haverá incidência de quaisquer encargos sociais, previdenciários ou fundiários sobre o valor de Incentivo Financeiro adicional de que trata a presente Lei.

Art. 4º. O valor repassado por meio da presente Lei não tem natureza salarial e não se incorporará à remuneração do Agente Comunitário de Saúde e Agente de Combate à Endemias, não servindo de base de cálculo para o recebimento de qualquer outra vantagem funcional.

A Constituição Federal dispõe sobre o tema da seguinte forma:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

(sublinhamos)

Dando concreção ao preceito constitucional, a Lei Federal nº 11.350/06 regulamentou o § 5º do artigo 198 da Carta Republicana, disciplinando as atividades dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combates às endemias, e acrescentou o artigo 9-D que trata da gratificação de incentivo financeiro para esses agentes. Vejamos:

Art. 9º-D. É criado incentivo financeiro para fortalecimento de políticas afetas à atuação de agentes comunitários de saúde e de combate às endemias.

§ 1º Para fins do disposto no caput deste artigo, é o Poder Executivo federal autorizado a fixar em decreto:

I - parâmetros para concessão do incentivo; e

II - valor mensal do incentivo por ente federativo

Por sua vez, foram estabelecidas as formas de repasse conforme artigo 6º da Portaria nº 1.024/15 do Ministério da Saúde. Transcrevemos:

Art. 6º O incentivo financeiro para fortalecimento de políticas afetas à atuação

de ACS, instituído nos termos do art. 9º-D da Lei nº 11.350, de 2006, será concedido aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de acordo com o quantitativo máximo de ACS passível de contratação nos termos da PNAB.

§ 1º O valor mensal do incentivo financeiro para fortalecimento de políticas afetas à atuação de ACS de que trata o "caput" será de 5% (cinco por cento) sobre o valor do piso salarial de que trata o art. 9º-A da Lei nº 11.350, de 2006, por ACS que esteja com seu vínculo regularmente formalizado perante o respectivo ente federativo, observado o quantitativo máximo de ACS passível de contratação, nos termos da PNAB.

§ 2º O repasse dos recursos financeiros de que trata o "caput" deste artigo será efetuado periodicamente em cada exercício e corresponderá a 12 (doze) parcelas mensais, incluindo-se 1 (uma) parcela adicional no último trimestre de cada ano, a qual será calculada com base no número de ACS registrados no Sistema Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (SCNES) no mês de agosto do ano vigente, multiplicado pelo valor vigente do Incentivo Financeiro para fortalecimento de políticas afetas à atuação dos ACS.

Dito isso, destaca-se que *a priori* para que essa bonificação esteja dentro da legalidade é preciso que exista dotação orçamentária e autorização legislativa.

No âmbito administrativo, veja-se o seguinte julgado do Tribunal de Contas do Mato Grosso:

“PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃOZINHO. CONSULTA. REVOGAÇÃO DA RESOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 24/2009. PESSOAL. AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE. DIREITOS SOCIAIS. INCENTIVO FINANCEIRO. PARCELA EXTRA ANUAL. REPASSE DIRETO AOS AGENTES SOB A FORMA DE INCENTIVO ADICIONAL. POSSIBILIDADE DESDE QUE HAJA PREVISÃO LEGAL ESPECÍFICA. UTILIZAÇÃO PARA PAGAMENTO DO 13º SALÁRIO: a) Os Agentes Comunitários de Saúde, quando vincularem-se à Administração, seja sob o regime celetista ou estatutário, têm seus direitos trabalhistas resguardados, respectivamente, pelos artigos 7º, e 39, § 3º, da Constituição

Federal/1988. b) A legislação vigente do Ministério da Saúde não faz mais a distinção entre incentivo de custeio e incentivo adicional, adotando o termo “incentivo financeiro”. c) O incentivo financeiro mensal destina-se a auxiliar os municípios na implantação das Equipes de Saúde da Família, podendo ser utilizados para o pagamento de salários ou incentivos aos ACS's. d) A parcela extra anual do incentivo financeiro também se destina à implantação das Equipes de Saúde da Família, ou seja, vincula-se ao Programa Saúde da Família, podendo ser utilizada para o pagamento do 13º salário ou outros incentivos previstos em lei.”

(TCE – MT - PROCESSO Nº : 5.458-5/2012 INTERESSADO : PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃOZINHO ASSUNTO : CONSULTA RELATOR : CONSELHEIRO ALENCAR SOARES PARECER Nº : 014/2012).

Nesse mesmo sentido, é a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Vejamos:

“RECURSO DE REVISTA. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Havendo tese explícita sobre a matéria na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 118 da SBDI-1 do TST. Não houve negativa de prestação jurisdicional, não se vislumbrando a violação do artigo 93, IX, da Constituição Federal (Súmula 459 do TST). Recurso de revista não conhecido. RECURSO DE REVISTA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. INCENTIVO FINANCEIRO ADICIONAL INSTITUÍDO PELA PORTARIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE Nº 674/2002. Discute-se nos autos se os agentes comunitários de saúde têm direito à percepção da verba denominada “incentivo financeiro adicional”, prevista em Portaria do Ministério da Saúde 674/2002. A jurisprudência desta Corte Superior considera que, nos termos dos artigos 37, X, 61, II, a e 169, todos da Constituição Federal, a concessão de qualquer vantagem ou aumento aos servidores mediante autorização prévia conferida por lei específica, sendo necessário, para tanto, a observância da dotação orçamentária e os limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal. Há precedentes. Recurso de

revista conhecido e não provido.”

(TST, RR - 1926-79.2012.5.03.0036, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 02/08/2017, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/08/2017; destaques aditados)

(sublinhamos)

“RECURSO DE REVISTA. AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE. INCENTIVO FINANCEIRO ADICIONAL. PREVISÃO EM PORTARIAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. De acordo com a jurisprudência atual e iterativa desta Corte Superior, o aumento de remuneração dos servidores públicos municipais não pode envolver benefícios que criem despesa com pessoal não prevista em lei orçamentária local, cuja competência é do Chefe do Poder Executivo Municipal, por simetria do art. 61, § 1º, II, "a", da Constituição Federal. Assim, a vantagem denominada "incentivo financeiro adicional", instituída mediante Portarias do Ministério da Saúde, não é devida aos agentes comunitários de saúde. Incidência do art. 896, § 7º, da CLT. Recurso de revista de que não se conhece.”

(TST, RR - 398-95.2013.5.15.0050, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 28/06/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/06/2017; destaques aditados)

(sublinhamos)

“RECURSO DE REVISTA. I. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. INCENTIVO FINANCEIRO ADICIONAL. Esta Corte Superior firmou entendimento de que as Portarias do Ministério da Saúde que disciplinam os incentivos financeiros adicionais têm o objetivo único de fixar a importância que o Ministério da Saúde deve repassar aos entes públicos com o intuito de incrementar ações e projetos direcionados à saúde da população. Por outro lado, as referidas Portarias não podem instituir vantagem pecuniária aos agentes comunitários de saúde, porquanto a concessão de aumento na remuneração ou de vantagens pecuniárias depende de expressa autorização legislativa, nos termos do art. 37, X, da Constituição Federal. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. II. DEPÓSITOS DE FGTS. ÔNUS

DA PROVA. A decisão regional, em que se entendeu ser da Reclamada o ônus da prova quanto aos depósitos de FGTS por se tratar de fato extintivo do direito da Autora, está de acordo com o entendimento contido na Súmula 461 do TST. Logo, não há falar em ofensa aos arts. 333, I, do CPC/73 e 818 da CLT. Além do mais, uma vez uniformizada a jurisprudência pelo Tribunal Superior do Trabalho, não há mais razão para o recebimento de novos recursos de revista sobre a matéria, quer por divergência jurisprudencial, quer por violação de lei federal ou da Constituição da República. Recurso de revista de que não se conhece. III. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS A TÍTULO INDENIZATÓRIO. RESSARCIMENTO DE GASTOS COM A CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. 1. O entendimento consolidado no âmbito desta Corte Superior é no sentido de que a condenação ao pagamento de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho se sujeita à constatação da ocorrência concomitante de três requisitos: (a) sucumbência do empregador, (b) comprovação do estado de miserabilidade jurídica da Reclamante e (c) assistência do trabalhador pelo sindicato da categoria (Súmulas 219, I, e 329 do TST). 2. Extraí-se da decisão recorrida que a Reclamante contratou advogado particular e, portanto, não está assistida por advogado credenciado pelo sindicato da categoria profissional, razão por que a condenação ao pagamento de honorários assistenciais contraria o entendimento consagrado nas Súmulas 219, I, e 329 do TST. 3. Na jurisprudência desta Corte Superior não se tem admitido a aplicação subsidiária dos arts. 389 a 404 do Código Civil de 2002 para efeito de deferimento de honorários advocatícios, porque há norma trabalhista expressa quanto à matéria (art. 14 da Lei nº 5.584/1970). 4. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.”

(TST, RR - 2283-07.2012.5.15.0010, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, Data de Julgamento: 21/06/2017, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/06/2017)

Nessa linha de entendimento, aponta o julgado do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais a seguir:

“CONSULTA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE E AGENTE DE COMBATE

ÀS ENDEMIAS. RECURSOS DA ASSISTÊNCIA FINANCEIRA COMPLEMENTAR PRESTADA PELA UNIÃO. DESPESAS COM REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES EFETIVOS. INCLUSÃO NO CÁLCULO DA DESPESA COM PESSOAL DA ESFERA DE GOVERNO RECEBEDORA DOS RECURSOS. OBSERVÂNCIA DA LRF E DO ART. 9º-F DA LEI N. 11.350/06. 1. As despesas com remuneração de servidores efetivos, ocupantes dos cargos de agente comunitário de saúde e de agente de combate às endemias, custeadas com recursos da assistência financeira complementar prestada pela União, deverão ser consideradas no cálculo da despesa com pessoal da esfera de governo recebedora dos recursos, observando-se as disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal, nos termos do art. 9º-F da Lei n. 11.350/06. 2. Nos casos das transferências intergovernamentais obrigatórias, decorrentes de programas compartilhados por mais de um ente da federação, como ocorre em alguns programas vinculados ao Sistema Único de Saúde – SUS e ao Sistema Único de Assistência Social – SUAS, cada esfera de governo deve lançar como sua despesa de pessoal apenas a parcela que lhe couber na remuneração do servidor, e não a totalidade. 3. Encaminhe-se ao consulente cópia das Consultas n. 656574, 838600, 838645 e 838980. 4. Aprovado o voto do Relator, por unanimidade.” (destaques aditados) Diante do exposto, conclui-se que, o Incentivo Financeiro previsto no artigo 9º-D, da Lei nº 11.350/2006, pode ser utilizado para adimplemento de verbas salariais ou incentivos pessoais, desde que exista dotação orçamentária e autorização legislativa, esta a ser concretizada através de projeto de Lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo local, 7 por aplicação do Princípio da Simetria, nos termos do quanto disposto nos artigos 37, X, 61, §1º, II, “a”, e 169, §1º, I e II, todos da Constituição Federal. Ou seja, independentemente do regime de trabalho (estatutário ou celetista) ao qual se encontram submetidos os Agentes Comunitários de Saúde e de Combate às Endemias, a parcela sob enfoque não está adstrita ao pagamento de gratificação, por exemplo, ficando a sua quitação condicionada ao preenchimento dos requisitos constitucional e legalmente estabelecidos.PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SERVIDOR PÚBLICO DO MUNICÍPIO DE SANTA INÊS. AGENTE DE COMBATE AS ENDEMIAS. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

(TCE-MG - CONSULTA: 958370, Relator: CONS. CLÁUDIO TERRÃO, Data de Julgamento: 17/02/2016, Data de Publicação: 02/03/2016)
(sublinhamos)

Nessa linha de raciocínio, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais concluiu que:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE CARANGOLA. PISO NACIONAL. LEI FEDERAL Nº 12.994/14. NÃO COMPROVAÇÃO DE VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AUSÊNCIA DE LEI LOCAL QUE DISPONHA DE FORMA COMPLETA SOBRE O REFERIDO ADICIONAL. INCENTIVO ADICIONAL. VERBA DESTINADA AOS ENTES PÚBLICOS PARA CUSTEAR AS ATIVIDADES DA ÁREA DA SAÚDE BÁSICA.

- O piso salarial profissional nacional é o valor abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das Carreiras de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate às Endemias para a jornada de 40 (quarenta) horas semanais.
- Nos termos da Lei Federal 12.994/14, o piso salarial profissional nacional dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias é fixado no valor de R\$ 1.014,00 (mil e quatorze reais) mensais. A parte autora, em pedido genérico, alega que não recebe o piso salarial de agente comunitário de saúde, contudo, não demonstrou que o Município de Carangola está desrespeitando a Legislação de regência.
- O art. 39, §3º da Carta Magna, após sofrer alteração pela Emenda Constitucional nº 19/98, excluiu do rol dos direitos sociais estendidos aos servidores públicos o inciso que prevê, no art. 7º, o adicional de insalubridade. O adicional de insalubridade deixou de ser uma garantia dos servidores públicos em âmbito constitucional, podendo, entretanto, estar previsto em normas especiais no nível de cada ente federado. No âmbito do Município de Carangola, o adicional de insalubridade foi instituído pela Lei Complementar 053/2009, entretanto, verifica-se que a previsão do pagamento do adicional de insalubridade é genérica e, assim, precisa de regulamentação por parte do Legislativo Municipal. Inexistindo no âmbito municipal legislação definindo a forma de pagamento e o percentual do adicional, não há como ser

concedido o direito ao recebimento do referido benefício, em razão da impossibilidade de o Judiciário atuar como legislador positivo. - O incentivo financeiro trazido pela Lei nº 11.305/06 e pela Portaria nº 1.243/15 do Ministério da Saúde é direcionado aos entes públicos, com o objetivo de custear as atividades da área de Saúde Básica. Não há qualquer dispositivo que determine a realização de pagamentos, diretamente, aos Agentes Comunitários de Saúde. Trata-se de incentivo financeiro para o fortalecimento de políticas relacionadas à Saúde Básica dos entes públicos, ou seja, a lei não destina o incentivo aos servidores, de forma direta. O Decreto nº 8.474/2015 dispõe que incentivo financeiro será concedido aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de acordo com o quantitativo de ACE e ACS. (TJMG - Apelação Cível 1.0133.14.002295-4/001, Relator(a): Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/07/2018, publicação da súmula em 11/07/2018)
(sublinhamos)

Percebe-se que, as gratificações devem atender ao princípio da *legalidade*, de forma que apenas podem ser concedidas se expressamente previstas em lei. No caso em tela, observa-se que as vantagens pecuniárias examinadas encontram respaldo legal.

Todavia, além dessa concessão de qualquer vantagem ou aumento aos servidores ocorrer mediante autorização prévia conferida por lei específica, é necessária, ainda, a observância da dotação orçamentária e os limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 cuidou de destacar que a concessão de qualquer vantagem pecuniária ou aumento remuneratório só poderá ser feita se existir prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes e se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias do ente da federação (art. 169, §1º, I e II, CF). Reproduzindo os termos da Constituição Federal, a Constituição da Bahia estabeleceu que:

Art. 162 - A despesa com pessoal ativo e inativo do Estado e dos Municípios não poderá exceder aos limites estabelecidos em lei complementar.

Parágrafo único - A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, ressalvadas as empresas públicas e sociedades de economia mista, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

Regulamentando a previsão da Constituição Federal, a Lei de Responsabilidade Fiscal nº 101/2000 (conforme determinado no art. 169, *caput*, CF) estabeleceu limites e controles da despesa total com pessoal (art. 18), dispondo, no art. 19, inciso III, que os Municípios não poderão exceder o percentual de 60% de sua receita corrente líquida com gastos com pessoal, acrescentando, em seguida, que esse limite global será repartido, na ordem de 6% para o Poder Legislativo e 54% para o Executivo (art. 20, III, “a” e “b” da LRF).

Sobre esse aspecto, infere-se que a Lei Municipal nº 002/2018, que possui efeitos pecuniários imediatos, identificou quais dotações orçamentárias seriam destinadas para suportar esse aumento de remuneração. Todavia, o art. 4º do citado diploma legal refere que esses pagamentos não possuem natureza salarial, *o que contraria os julgados referidos acima, que atestam a clara natureza remuneratória desses pagamentos, que deverão ser computados para o cálculo do limite de gastos com pessoal.*

Note-se que como o propósito das determinações constitucionais e legais é zelar pela responsabilidade na gestão financeira, cabe ao órgão de execução, *caso julgue oportuno e condizente com o objeto do inquérito civil, requisitar ao ente público que informe qual o percentual contemporâneo de gastos com pessoal. Se a resposta indicar despesas em montante superior ao permitido pela Lei de Responsabilidade Fiscal, poderá o órgão de execução, a seu juízo, adotar as medidas de responsabilização contra as autoridades responsáveis.*

Além do aspecto da validade formal, o órgão de execução formulou indagação acerca da existência de critérios objetivos para a concessão. No caso sob apreciação, o critério estabelecido pelo diploma municipal remete à normativa federal, sendo de natureza puramente objetiva: o incentivo será concedido a todos os agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias que estejam laborando à época de sua percepção.

3 – Das gratificações estabelecidas no Estatuto dos Servidores do Município de Itanagra (Lei Municipal nº 059/2012)

O rol de gratificações estabelecidas no Estatuto dos Servidores do município de Itanagra divide-se em seis espécies, conforme tabela abaixo:

Seção III Das Gratificações
Art. 78. Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei, serão deferidas ao servidor permanente as seguintes gratificações:
I - pelo exercício de cargo de provimento temporário ou função gratificada;
II - natalina;
III - adicional por tempo de serviço;
IV - adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;
V - adicional pela prestação de serviço extraordinário;
VI - adicional noturno;

As gratificações compõem o que a doutrina administrativista designa de *vantagens pecuniárias*, as quais consistem em parcelas acrescidas ao vencimento-base em decorrência de uma situação fática previamente estabelecida na norma jurídica pertinente, cuja disciplina está reservada à lei em sentido estrito. Veja-se a

lição de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO¹:

Toda vantagem pecuniária reclama a consumação de certo fato, que proporciona o direito à sua percepção. Presente a situação fática prevista na norma, fica assegurado ao servidor o direito subjetivo a receber o valor correspondente à vantagem. Esses fatos podem ser das mais diversas ordens: desempenho das funções por certo tempo; natureza especial da função; grau de escolaridade; funções exercidas em gabinetes de chefia; trabalho em condições anormais de dificuldades etc.

Aponta-se, assim, para a tradicional diferenciação das vantagens pecuniárias em duas categorias: *adicionais* e *gratificações*, cujos traços distintivos são referidos por MARÇAL JUSTEN FILHO, com esteio na lição de HELY LOPES MEIRELLES², da maneira abaixo:

O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser aquele uma recompensa ao tempo de serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor.

(sublinhamos)

Prossegue MARÇAL JUSTEN FILHO³:

Aprofundando a distinção, pode-se afirmar que a gratificação é uma vantagem relacionada a circunstâncias subjetivas do servidor, enquanto o adicional se

¹ *Manual de Direito Administrativo*, 26ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2013, p. 742.

² *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2018, livro eletrônico disponível em:
<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101039/anchor/a-157101039>

³ *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2018, livro eletrônico disponível em:
<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101039/anchor/a-157101039>

vincula a circunstâncias objetivas. Para permitir a melhor compreensão, pode-se afirmar que dois servidores que desempenhem um mesmo cargo farão jus a adicionais idênticos.

Já as gratificações serão concedidas em vista das características individuais de cada servidor. No entanto, é evidente que tais gratificações se sujeitam ao princípio da isonomia, de modo a que dois servidores que apresentem idênticas circunstâncias subjetivas farão jus a benefícios iguais.

(sublinhamos)

Do exposto, percebe-se que as gratificações podem ser concedidas em caráter *propter laborem* ou *propter personam*. Na primeira situação referem-se ao serviço (trabalho normal exercido em condições ou com características especiais). No segundo, dizem respeito a características especiais do agente público.

De qualquer forma, ressalta-se que as gratificações (assim como os adicionais) devem atender ao princípio da *legalidade*, de forma que apenas podem ser concedidas se expressamente previstas em lei.

Vejamos o que aponta o Estatuto dos Servidores Públicos, no âmbito do Município de Itanagra, acerca da gratificação pelo exercício de cargo temporários ou função gratificada:

Subseção I
Da Gratificação pelo Exercício de Cargo de Provimento Temporário

Art. 79. O servidor investido em cargo de provimento permanente terá direito a perceber, pelo exercício do cargo de provimento temporário, gratificação equivalente a 30% (trinta por cento) do valor correspondente ao símbolo respectivo ou optar pelo valor integral do símbolo, que neste caso, será pago como vencimento básico enquanto durar a investidura ou ainda pela diferença entre este e a retribuição do seu cargo efetivo.

§ 1º. O servidor substituto perceberá, a partir do 30º (trigésimo) dia consecutivo, a remuneração do cargo do substituído, paga na proporção dos dias de efetiva substituição, sendo-lhe facultado exercer qualquer das opções previstas neste artigo, assegurada a contagem do tempo de serviço respectivo para efeito de estabilidade econômica.

§ 2º. O valor da gratificação não servirá de base para cálculo de qualquer outra parcela remuneratória.

Como todas as demais vantagens pecuniárias concedidas aos servidores públicos, as gratificações devem estar atreladas a suportes fáticos claros e objetivos, que impeçam a sua outorga arbitrária, sem respeito à impessoalidade administrativa. Sob esse prisma, é certo que o diploma legal não esclarece o que é *cargo de provimento temporário*. É certo que, à par da hipótese considerada como regra pela Constituição Federal (a admissão para cargo de provimento permanente, mediante concurso público, nos moldes do art. 37, II), o texto constitucional prevê outras formas de investidura em cargos ou funções públicas, em caráter *temporário*: é o caso dos cargos em comissão e das funções de confiança (art. 37, V), bem como da contratação temporária (art. 37, IX).

Pois bem: ao prever a concessão de gratificação, na ordem de 30%, para o desempenho, por servidor permanente, de “cargo de provimento temporário”, a lei municipal revela potencial descompasso com a normativa constitucionalmente estabelecida, que, todavia, pode ser sanado mediante interpretação conforme a Constituição. Isso porque os contratados temporários não são ocupantes de *cargos públicos*, mas, simplesmente, pessoas investidas transitoriamente em funções públicas.

Ademais, é certo que essa gratificação foi igualmente trazida pelo Estatuto de Servidores Públicos do Estado da Bahia (Lei nº 6677/94). Vejamos:

Art. 78 - O servidor investido em cargo de provimento permanente terá direito a perceber, pelo exercício do cargo de provimento temporário, gratificação equivalente a 30% (trinta por cento) do valor correspondente ao símbolo respectivo ou optar pelo valor integral do símbolo, que neste caso, será pago como vencimento básico enquanto durar a investidura ou ainda pela diferença entre este e a retribuição do seu cargo efetivo.

Assim, como o diploma legal municipal contempla o pagamento da gratificação apenas para os *cargos* de provimento temporário, e não para toda e qualquer *função*, é certo que a única interpretação possível é no sentido de que a vantagem legalmente prevista incide, apenas, para os ocupantes de cargos em comissão e funções de confiança. Vistas as coisas sob esse ângulo, pode-se atestar que a previsão legal, na forma em que se encontra redigida, não é de “per si” inconstitucional. Todavia, *sugere-se ao órgão de execução que officie à Prefeitura Municipal de Itanagra, para que informe qual é a interpretação que vem dando ao preceito legal ora comentado, notadamente se vem concedendo a gratificação nele prevista exclusivamente para ocupantes de cargos em comissão e funções de confiança.*

Outra gratificação por desempenho trazida no Estatuto dos Servidores Públicos do município de Itanagra é referente ao adicional pela prestação de serviço extraordinário. Nesse ponto, o estatuto municipal dispõe o seguinte:

Subseção V
Do Adicional por Serviço Extraordinário

Art. 91. O serviço extraordinário dos servidores permanentes será remunerado com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) em relação à hora normal de trabalho.

Parágrafo único. Somente será permitida a realização de serviço extraordinário para atender situações excepcionais e temporárias, respeitado o limite máximo de 02 (duas) horas diárias, podendo ser elevado este limite nas atividades que não comportem interrupção, consoante se dispuser em regulamento.

Sobre o tema vale a referência ao ensinamento de MATHEUS CARVALHO⁴:

Adicional pela prestação de serviço extraordinário (hora extra) configura-se verba acessória paga ao servidor que trabalha além de sua jornada diária normal, por necessidade do serviço público. A hora extraordinária tem caráter excepcional, não podendo ultrapassar 2 (duas) horas por jornada (diária) e será remunerada com um adicional de 50% a mais em relação à hora normal daquele agente.

Pelo exposto, não se infere a existência de inconstitucionalidade ou ilegalidade na criação dessas vantagens pecuniárias.

4 – Da gratificação por Condição Especial de Trabalho

Voltando-nos para o caso concreto sob apreciação, a análise dos documentos apresentados revela que pelo menos 89 servidores estão recebendo vantagem pecuniária destinada a Diretores, Vice-Diretores ou Gratificação por Condição Especial de Trabalho.

Por seu turno, da totalidade de 89 servidores pelo menos 76 servidores estão recebendo Gratificação por Condição Especial de Trabalho, e ainda, observou-se que essa gratificação é destinada a servidores de diversas áreas de atuação, tais como: educação, obras, saúde, administração, desenvolvimento social e fazenda e finanças. E, ainda, da totalidade de servidores que recebem alguma espécie de bonificação somente 15 servidores ocupam cargo efetivos.

Nesse ponto, é de se observar que a concessão de vantagens pecuniárias, notadamente por condições extraordinárias de trabalho, não pode ser feita em benefício de ocupantes de cargo em comissão. Isso ocorre porque os cargos em

⁴ *Manual de direito administrativo*, 4^a ed., Salvador, Editora JusPodivm, p. 868

comissão já possuem *natureza extraordinária*, a respaldar a concessão de remuneração específica, na qual já se encontra embutida a presunção de que o servidor respectivo possui regime de trabalho especialmente mais gravoso ou complexo. Nesse sentido, a jurisprudência:

Recentemente, por meio do Prejulgado nº 25, o Tribunal Pleno fixou entendimento pela impossibilidade de *acumulação de cargos em comissão e funções comissionadas e o estabelecimento de gratificação por tempo integral e dedicação exclusiva a ocupante de cargo em comissão.*

Com efeito, em relação às gratificações decorrentes do exercício de funções de confiança, a própria Constituição, em seu art. 37, V, estabelece que as mesmas somente poderão ser exercidas por servidores efetivos e, assim como os cargos em comissão, destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento (...).

Nesse sentido, conclui-se que a concessão de gratificação a qualquer título a servidor investido em cargo comissionado, efetivo ou não, acarretaria pagamento em duplicidade, na medida em que o cargo em comissão possui as mesmas atribuições da função de confiança, além de pressupor exercício de encargo diferenciado de natureza especial.

Transcrevo, a seguir, as manifestações anteriores desta Corte a respeito do tema:

(...) Como bem destacado no parecer ministerial, dada a natureza das atividades exercidas pelo detentor de cargo em comissão (de chefia, assessoramento e direção), as mesmas já pressupõem o exercício de um encargo diferenciado de serviços, de natureza própria e especial. Não há que se falar, no caso, em percepção da remuneração do cargo em comissão, acrescido de gratificação por encargos especiais (...)
(Processo 521565/09, de minha relatoria).

(...)

(...) É preciso reiterar não ser legalmente admissível que servidores comissionados acumulem outras funções com recebimento de gratificações ou encargos especiais - estes já têm funções outras (chefia, direção ou assessoramento) que lhes exigem, normalmente, dedicação exclusiva em tempo integral, e habitualmente já lhe são

creditados valores por esta especial circunstância, o que retira a possibilidade de qualquer outro acréscimo (...) (TCE – PR - Processo 568996/13, rel. Cons. Corregedor-Geral José Durval Mattos do Amaral - Acórdão nº 671/18 (processo nº 577361/16)).

(sublinhamos)

O Tribunal de Contas da União firmou posicionamento no seguinte sentido:

GRUPO I – CLASSE V– Plenário

TC-002.643/2003-4 - c/ 6 volumes

Natureza: Relatório de Auditoria

Órgão: Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região - TRT/PI

Responsável: Adão Alves dos Santos – Diretor-Geral

Advogado: não há

Sumário: AUDITORIA. FALHAS E IRREGULARIDADES. AUDIÊNCIA DO RESPONSÁVEL. NÃO-ACOLHIMENTO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. DETERMINAÇÕES. JUNTADA DOS AUTOS ÀS CONTAS DO TRT-22ª REGIÃO-1999.

1. São indevidos os pagamentos das Gratificações Judiciária e Extraordinária, instituídas pelo Decreto-lei nº 2.173/84 e pela Lei nº 7.758/89, respectivamente, feitos em favor de servidores ocupantes de cargos do grupo DAS, níveis 4, 5 e 6, e não-optantes pela remuneração do cargo efetivo, após o advento da Lei nº 9.030/95.

2. De acordo com o art. 2º da Lei nº 7.758/89 é indevido o pagamento de Gratificação Extraordinária a servidores não-ocupantes de cargos efetivos ou empregos permanentes, inclusive os detentores de cargo do grupo DAS, de quaisquer níveis.

3. Consoante Acórdão nº 1999/2004-Plenário, é exigível, a partir de 25/12/96, a devolução das importâncias indevidamente pagas com inobservância do art. 2º da Lei nº 7.758/89.

4. Impõe-se a devolução das importâncias indevidamente pagas em desconformidade com a Resolução TRT-22ª Região nº 002/98.

Em continuidade:

TOMADA DE CONTAS. TRE/MT. EXERCÍCIO DE 2000. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO N. 220/1999. TCU. PLENÁRIO. PAGAMENTO DA GRATIFICAÇÃO DE ADICIONAL DE LOCALIDADE A SERVIDORES REQUISITADOS E OCUPANTES DE CARGO EM COMISSÃO. CONCESSÃO INDEVIDA DE AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO A POLICIAIS MILITARES E A SERVIDORES ESTADUAIS E MUNICIPAIS REQUISITADOS NÃO OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO OU FUNÇÕES COMISSIONADAS. CONTAS REGULARES COM RESSALVA. DETERMINAÇÕES. 1. É dever da administração observar, quanto à requisição de servidores, os prazos previstos na Lei n. 6.999/1982. 2. A Gratificação Especial de Localidade - GEL instituída pela Lei n. 8.270/1991 é devida tão-somente a servidores ocupantes de cargo efetivo. 3. Julgam-se regulares com ressalva as contas dos responsáveis, quando as falhas detectadas não se revestem de gravidade suficiente para macular o conjunto da gestão apreciada. (TCU 01091620011, Relator: MARCOS BEMQUERER, Data de Julgamento: 02/12/2008).

É indevida a inclusão concomitante, nos proventos, da vantagem prevista no art. 192 da Lei 8.112/1990 com a opção pela gratificação de função ou remuneração do cargo em comissão, prevista no seu art. 193. Há direito em optar-se entre receber os “quintos” com a opção ou com a vantagem do art. 192 da Lei 8.112/1990. (Acórdão 7156/2010-Segunda Câmara | Relator: RAIMUNDO CARREIRO. ÁREA: Pessoal | TEMA: Aposentadoria | SUBTEMA: Aposentadoria-prêmio. Outros indexadores: Quintos, Acumulação, Vantagem opção).

“É ilegal a inclusão, nos atos de concessão, da parcela de Gratificação de Atividade pelo Desempenho de Função – GADF de forma destacada, cumulativamente com parcelas de ‘décimos/quintos’ ou atualmente VPNI, decorrentes de Função Gratificada – FG e de Gratificação de Representação

de Gabinete – GRG” (Súmula 280 do TCU).

(sublinhamos)

O Superior Tribunal de Justiça assim tem se posicionado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO EXECUTOR MATERIAL DO ATO IMPUGNADO. GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE JUDICIÁRIA. EXCLUSÃO DA INCIDÊNCIA OS OCUPANTES DE CARGOS REMUNERADOS COMO CARGO COMISSIONADO. 1. O Presidente do TRF da 1ª Região agiu por força da determinação do Conselho da Justiça Federal, sendo portanto mero executor do ato impugnado. 2. Somente a autoridade que tem poder para praticar e desfazer o ato é parte legítima para figurar como impetrado. 3. Os antigos chefes de secretaria, cujo cargo era comissionado, mas de provimento efetivo, foram equiparados aos ocupantes de cargo em comissão, passando a serem similares, em termos de remuneração, aos DAS.5, depois transformado em FC 09 e, por fim, em CJ-3. 4. A Lei 10.475/2002, no parágrafo único do art. 8º, excluiu da incidência da gratificação de atividade judiciária os ocupantes de cargo remunerados como sendo em comissão ou função gratificada. 5. Em literal interpretação, temos que os impetrantes não fazem jus à GAJ. 6. Segurança denegada. (STJ - MS: 11052 DF 2005/0167046-0, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 04/10/2006, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJ 18/12/2006 p. 276).

(sublinhamos)

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná também possui semelhante jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - APOSENTADORIA - CUMULAÇÃO DE FUNÇÃO GRATIFICADA E VANTAGENS DE CARGO EM COMISSÃO - INVIABILIDADE - CORREÇÃO DO ATO PELO TRIBUNAL DE CONTAS - ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE DITA

COATORA - DENEGAÇÃO - DECISÃO ACERTADA - RECURSO IMPROVIDO.
(TJ-PR - AC: 974163 PR 0097416-3, Relator: Paulo Roberto Hapner, Data de
Julgamento: 25/02/2003, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 6329)

(sublinhamos)

Nessa linha de raciocínio, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo concluiu que:

1. 0009314-44.2018.8.08.0000

Classe: Direta de Inconstitucionalidade

Relator: WILLIAN SILVA

Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO

Data do Julgamento: 19/07/2018

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI MUNICIPAL. GRATIFICAÇÃO REMUNERATÓRIA ESPECIAL. DESTINAÇÃO AOS SERVIDORES DA MUNICIPALIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME. VEDAÇÃO DA PERCEPÇÃO POR SERVIDORES PURAMENTE COMISSONADOS. EXCLUSIVIDADE DA PERCEPÇÃO POR SERVIDORES EFETIVOS, OCUPANTES DE FUNÇÕES DE CONFIANÇA, LOGO, NÃO OCUPANTES DE CARGOS COMISSONADOS. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. DEFERIMENTO.

A concessão de gratificação especial é destinada, exclusivamente, aos cargos de confiança, ocupados apenas por servidores efetivos. Violação da norma constitucional prevista no art. 32, V, da Constituição do Estado do Espírito Santo. *Fumus boni juris epericulum in mora* comprovados.

(sublinhamos)

Por essa razão, *sugere-se ao órgão de execução que requirite ao Município de Itanagra que informe os nomes e cargos ocupados pelas pessoas que receberam, nos últimos três meses, a gratificação por condição especial de trabalho, para que se possa verificar se vem sendo concedida para ocupantes de cargos em*

comissão ou funções de confiança.

Por derradeiro, no que refere às demais gratificações previstas (gratificação natalina, adicional por tempo de serviço, adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas e adicional noturno, é certo que não pesa nenhuma irregularidade, tratando-se de vantagens remuneratórias de franca e consolidada admissão no ordenamento jurídico brasileiro, encontrando-se incorporadas nos estatutos do funcionalismo público em vários níveis (federal, estaduais e municipais).

4. Conclusão

Em resposta à consulta efetuada, o CAOPAM manifesta o seguinte entendimento:

- (a) Infere-se que a Lei Municipal nº 02/2018 segue o modelo constitucional e normativa federal correspondente ao pagamento de incentivo financeiro para os agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, não se verificando nenhuma invalidade na referida norma, abstratamente considerada. Todavia, sugere-se ao órgão de execução, caso julgue oportuno e condizente com o objeto do inquérito civil, requisitar ao ente público que informe se existe disponibilidade orçamentária para arcar com o pagamento desses incentivos financeiros, bem como que adote as providências necessárias para que os incentivos financeiros sejam considerados gastos com pessoal para o fim da observância ao limite previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal.
- (b) Da mesma forma, no que se refere à gratificação exercício de cargo de provimento temporário, a previsão legal, na forma em que se encontra redigida, não é de “per si” inconstitucional. Todavia, sugere-se ao órgão de

execução que officie à Prefeitura Municipal de Itanagra, para que informe qual é a interpretação que vem dando ao preceito legal ora comentado, notadamente se vem concedendo a gratificação nele prevista exclusivamente para ocupantes de cargos em comissão e funções de confiança.

- (c) Com relação ao adicional por serviço extraordinário, observa-se não existir incompatibilidade, em abstrato, com a Constituição Federal. Todavia, sugere-se ao órgão de execução que requirite ao Município de Itanagra que informe os nomes e cargos ocupados pelas pessoas que receberam, nos últimos três meses, a gratificação por condição especial de trabalho, para que se possa verificar se vem sendo concedida para ocupantes de cargos em comissão ou funções de confiança, haja vista que essa vantagem remuneratória não pode ser concedida cumulativamente com as gratificações pagas para ocupantes de cargos e funções nessa última hipótese.
- (d) Por fim, não se vislumbra nenhuma irregularidade na previsão normativa relativa às demais vantagens pecuniárias (gratificação natalina, adicional por tempo de serviço, adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas e adicional noturno).

Colocamo-nos à disposição para fornecer outros subsídios que se revelem necessários.

Salvador-Bahia, 16 de setembro de 2019.

Luciano Taques Ghignone
Promotor de Justiça
Coordenador do CAOPAM