

4.2 SOCIEDADE EM DEBATE

4.2.1 A inconstitucionalidade do pagamento de gratificação natalina a secretários municipais

Rodrigo Alves Barcellos

Advogado em Minas Gerais

*Pós-graduado em Direito Público pela PUC-MG
Coordenador Subseccional da Escola Superior da Advocacia*

Um tema que tem gerado bastante controvérsia, principalmente em virtude da Recomendação da Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais¹ que busca coibir o pagamento de gratificação natalina a prefeitos, vice-prefeitos e vereadores, diz respeito à inconstitucionalidade da percepção dessa verba remuneratória também por



secretários municipais.

Diz o artigo 39, § 4º, da Constituição da República que:

O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

Em que pese à clareza da determinação constitucional, Di Pietro, autora sempre citada para respaldar a possibilidade do pagamento de décimo terceiro “salário” ou gratificação natalina aos secretários municipais, comentando a norma acima, enfatiza que:

Embora o dispositivo fale em **parcela única**, a intenção do legislador fica parcialmente frustrada em decorrência de outros dispositivos da própria Constituição, que não foram atingidos pela Emenda. Com efeito, mantêm-se, no artigo 39, § 3º, a norma que manda aplicar aos ocupantes de cargo público o disposto no artigo 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX. Com isto, o servidor que ocupe cargo público (o que exclui os que exercem mandato eletivo e os que ocupam emprego público, já abrangidos pelo artigo 7º) fará jus a: décimo terceiro salário, adicional noturno, salário-família, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, a 50% à do normal, adicional de férias, licença à gestante, sem prejuízo do emprego e salário, com a duração de cento e vinte dias.

Poder-se-ia argumentar que o § 4º do artigo 39 exclui essas vantagens ao falar em parcela única; ocorre que o § 3º refere-se genericamente aos **ocupantes de cargo público**, sem fazer qualquer distinção quanto ao regime de retribuição pecuniária. Quando há duas normas constitucionais aparentemente contraditórias, tem-se que adotar interpretação conciliatória, para tirar de cada uma delas o máximo de aplicação possível. No caso, tem-se que conciliar os §§ 3º e 4º do artigo 39, de modo a entender que, embora o segundo fale em parcela única, isto não impede a aplicação do outro, que assegura o direito a determinadas vantagens, portanto, igualmente com fundamento constitucional.²

Ao nosso modesto sentir, essa não é a melhor interpretação. Tem-se, *in casu*, a norma do § 4º do art. 39 da Constituição Federal, que é específica no que tange à remuneração dos secretários municipais. A norma genérica do § 3º contempla a possibilidade do pagamento do décimo terceiro aos servidores ocupantes de cargos públicos que não aqueles expressamente ressalvados pelo § 4º do dispositivo constitucional em comento.

É princípio basilar de hermenêutica jurídica que a norma especial afasta a incidência da norma geral no que diz respeito à questão específica, na linha do velho brocardo latino: *lex speciali derogat generali*. A questão específica da remuneração de secretários municipais é regida pela norma especial do § 4º do art. 39 da Carta de 1988, por isso que, vale repetir, a norma geral não revoga nem modifica a norma especial ou, noutras palavras, a norma especial sim é que afasta a aplicabilidade da norma geral do § 3º do mesmo artigo.

Diniz ensina que:

Uma norma é especial se possuir em sua definição

legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados *especializantes*. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também esteja previsto na geral.

E continua:

Para Bobbio, a superioridade da norma especial sobre a geral constitui expressão da exigência de um caminho da justiça, da legalidade à igualdade, por refletir, de modo claro, a regra da justiça *suum cuique tribuere*. Ter-se-á, então, de considerar a passagem da lei geral à exceção como uma passagem da legalidade abstrata à equidade. Essa transição da norma geral à especial seria o percurso de adaptação progressiva da regra de justiça às articulações da realidade social até o limite ideal de um tratamento diferente para cada indivíduo, isto porque as pessoas pertencentes à mesma categoria deverão ser tratadas da mesma forma, e as de outra, de modo diverso. Há, portanto, uma diversificação do desigual. Esse critério serviria, numa certa medida, por ser decorrência do princípio constitucional da isonomia, para solucionar antinomias, tratando desigualmente o que é desigual, fazendo diferenciações exigidas fática e axiologicamente, apelando para isso à *ratio legis*³

Pensamos que a razão da norma insculpida no § 4º do artigo 39 da Constituição Federal situa-se justamente no fato de dar tratamento desigual a agentes públicos que se encontram em situação de desigualdade. Acaso fosse intenção do legislador constitucional possibilitar o pagamento da pecúnia natalina aos secretários municipais, não teria veiculado expressamente esses agentes na prescrição restritiva mencionada.

Bandeira de Mello afirma que:

Para que um discrimen legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende observar que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatos diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.⁴

De acordo com a boa técnica interpretativa, devemos entender que a Constituição Federal não possui palavras inúteis, sob pena de derrogação do brocardo *verba cum effectu, sunt accipienda*. Carlos Maximiliano ensina que “(...) as expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis”.⁵ No mesmo sentido, Alexandre Moraes, com base no magistério de Jorge Miranda, afirma que “(...) deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que

Informações Variadas

lhe suprima ou diminua a finalidade”.⁶ E arremata Ferrara: “A interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta respeitadora da lei”.⁷ Logo, ao interpretar-se a Carta Maior de forma a possibilitar o pagamento de verba natalina (décimo terceiro) aos secretários municipais, não haveria função normativa para o texto do § 4º do art. 39.

Bem por isso, presente a regra de hermenêutica mencionada, o § 4º do art. 39 da Constituição Federal deixou expresso que secretários municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. O § 3º abrange ocupantes de cargo público (gênero), o § 4º exclui secretários municipais (espécie).

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto enfatizou com clareza essa distinção:

Bem, sobre essa matéria, o §4º do art. 39 da Constituição Federal (redação introduzida pela EC nº 19/98) estabelece que o membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio, cuja fixação ou alteração é matéria reservada à lei específica, observada, em cada caso, a respectiva iniciativa (incisos X e XI do art. 37 da CF/88). Fez, então, uma nítida separação entre a classe dos servidores públicos em geral e o segmento daqueles agentes situados no topo da estrutura funcional de cada Poder Orgânico da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Isto, naturalmente, para ensejar maior visibilidade aos ganhos regulares de tais agentes de proa, cujos cargos, por isso mesmo, têm os respectivos nomes cunhados pela própria Constituição. O que não se dá com aqueles em que se decompõem as competências ordinárias do Estado.⁸

Fernando Botelho, desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, examinando especificamente a questão da inaplicabilidade dos direitos insculpidos no § 3º do art. 39 da CF aos secretários municipais, proferiu a seguinte decisão:

Contudo, a norma constitucional em comento, acrescentada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98, se torna aplicável, tão-somente, aos agentes públicos-servidores ocupantes de cargo público.

Aos agentes políticos, como os Secretários Executivos Municipais, aplica-se, com exclusividade, a outra disposição constitucional - do § 4º, do artigo 39, que, insista-se, dispõe:

‘O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.’

Nesse diapasão, vê-se que o legislador constituinte derivado deu tratamento diferenciado aos servidores públicos e aos agentes políticos quanto aos direitos sociais garantidos pelo artigo 7º, já que estendeu expressamente alguns destes apenas àqueles, isto é, aos servidores, ocupantes de cargo público.

Noutras palavras, a regra do artigo 7º se mostra

aparentemente geral, aplicável ao universo dos servidores públicos, mas não pode esta aplicabilidade fissurar a do artigo 39, § 4º, que se mostra especial e restritiva-específica, posto que dirigida a determinados agentes - membros de Poder.

Assim, a última prevalece sobre a primeira frente à especificidade de que cuida, vale dizer, exclui-se, do âmbito da primeira a categoria de agentes públicos (*lato sensu*) - os agentes políticos (*stricto sensu*) - cujo regramento remuneratório se conduz sob a égide especial-específica, do parágrafo 4º do art. 39/CF.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, após tecer considerações sobre os servidores públicos, adverte, neste exato sentido, que ‘ditas observações só valem para estes, não abrangendo os agentes políticos, pois é apenas dos primeiros que cogita o art. 39, § 3º’. (op. cit., p. 253)

Em que pese divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, filio-me, pois, a este entendimento: o de que aos agentes políticos integrados ao Poder Executivo Municipal não se aplicam direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, insculpidos no artigo 7º da Carta Magna, *in casu* consubstanciados no ‘décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria’ (inciso VIII) e ‘o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal’ (inciso XVII).⁹

Logo, inquestionável que, por força do art. 7º, VIII, combinado com o art. 39, § 3º, a gratificação natalina somente se aplica aos servidores ocupantes de cargo público. E, sobre o conceito de servidor público tal como dimana da Constituição, assim pontifica o ilustre José Afonso da Silva, com remissão a Hely Lopes Meirelles e Carmem Lúcia Antunes Rocha:

O elemento subjetivo do órgão público - o titular - denomina-se genericamente agente público, que, dada a diferença de natureza das competências e atribuições a ele cometidas, se distingue em: agentes políticos, titulares de cargos que compõem a estrutura fundamental do governo, e agentes administrativos, titulares de cargo, emprego ou função pública, compreendendo todos aqueles que mantêm com o Poder Público relação de trabalho, não eventual, sob vínculo de dependência, caracterizando-se, assim pela profissionalidade e relação de subordinação hierárquica.¹⁰

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também examinou a matéria em abril de 2008 nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.08.470784-3/000, em que o Procurador-Geral de Justiça de Minas Gerais apresentou representação, com pedido de cautelar suspensiva, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 2.949, de 2 de junho de 2004, do Município de Boa Esperança, que instituiu o décimo terceiro subsídio aos secretários municipais. O dispositivo da lei municipal em comento tinha a seguinte redação: “Art. 2º - Será devido décimo terceiro (13º) subsídio aos Secretários Municipais, no valor de seu subsídio mensal, a ser pago no final de cada ano da legislatura”. O Desembargador-relator Célio César Paduani deferiu a cautelar reivindicada, para suspender a eficácia desse artigo 2º, sendo a liminar ratificada pela Corte Superior do Tribunal de Justiça mineiro em votação unânime.

No mesmo sentido, com base em decisão do Superior Tribunal de Justiça¹¹, o Tribunal de Contas do Estado da Bahia, no Parecer Normativo nº 10/2005, asseverou que

“(…) não podem os agentes políticos municipais do Estado da Bahia, eleitos *ou nomeados*, receber gratificação natalina, ou décimo terceiro salário, a partir do exercício em curso de 2005, ficando revogadas quaisquer orientações pregressas que versem sobre o assunto e que se choquem com o aludido decisório”, fazendo alusão às razões de decidir do Ministro José Arnaldo Da Fonseca, que enfatizou: “(…) em se tratando de dinheiro público, não se pode cogitar do subjetivismo de ser justo ou injusto o pagamento de determinado encargo, devendo prevalecer, isso sim, a sua legalidade e constitucionalidade”.

Alguns tribunais de Justiça admitiam, até bem pouco tempo atrás, o pagamento de gratificação natalina aos secretários municipais, desde que amparado por lei municipal autorizadora. No entanto, nunca conseguiram responder à seguinte indagação: se a Constituição Federal, em seu art. 39, § 4º, veda o pagamento “(…) de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória”, como pode a lei municipal dispor em sentido contrário, sem quedar-se em inconstitucionalidade material?

Lado outro, se prefeitos e vereadores, que possuem a legitimidade da soberania popular expressada através do voto, não fazem jus à verba natalina, situação já pacificada na doutrina e na jurisprudência pátria, por que motivo os secretários municipais, que, na maior parte das vezes, galgam esses postos pelo apadrinhamento unipessoal, pela posição político-partidária que adotam no período pré-eleitoral, teriam direito a esse beneplácito remuneratório? Ainda mais que a vedação ao pagamento provém do mesmo dispositivo constitucional (art. 39, § 4º) em que todos esses agentes estão expressamente elencados. Secretários municipais, da mesma forma que prefeitos e vereadores, não prestam concurso público, não são organizados em carreira; o provimento de seus cargos ocorre de forma discricionária e é desprovido do vínculo da permanência no serviço público. Eles comandam a secretaria pelo período do mandato do prefeito ou enquanto gozar da confiança e simpatia deste ou ainda de acordo com os influxos das conjecturas políticas da época. Logo, não podem ser equiparados aos servidores efetivos elencados no § 3º do artigo 39 do Texto Fundamental, pelo fato de serem regidos por situação funcional juridicamente diversa.

Insista-se: sem previsão constitucional, não há como estender aos secretários municipais a gratificação natalina. A finalidade da regra insculpida no artigo 39, § 4º, da Constituição Federal é justamente unificar a remuneração,

evitando a multiplicação indevida de parcelas. Logo, se secretários municipais não são equiparados aos empregados ou aos servidores públicos, concluímos que os direitos sociais fundamentais inseridos nos artigos 7º e 39, § 3º, da Lei Fundamental, incluindo o décimo terceiro, não os alcançam, sendo, de consequência, inconstitucional qualquer disposição legislativa municipal que lhes proporcionem o percebimento dessa verba pecuniária.

Notas e referências bibliográficas:

- ¹ BRASIL. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Procedimento Administrativo n. MPMG-0024.09.000597-6. Ementa: “*Norma jurídica municipal. Pagamento de 13º salário a agentes políticos detentores de mandato eletivo. Impossibilidade. Inexistência de relação com o Poder Público, senão a de natureza política. Inconstitucionalidade.*”
- ² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 464.
- ³ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 74.
- ⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 41.
- ⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 250.
- ⁶ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 43.
- ⁷ FERRARA, Francesco. *Trattato di Diritto Civile Italiano*. v. 1. Roma: Athenaeum, 1921. p. 206.
- ⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 3.491-0. Rio Grande do Sul. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. j. 27 set 2006.
- ⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 1.0107.07.001029-6/001. Comarca de Cambuquira. Rel. Des. Edgard Penna Amorim. j. 08 ago 2008.
- ¹⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 658.
- ¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário n.º 15.476/BA. 5ª T. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. j. 16 mar 2004.