

Ementa: Gratificação pelo exercício de atividades junto à Escola do Legislativo Municipal. Funções inerentes ao cargo e funções extras. Remuneração pelo trabalho extraordinário. Imprescindibilidade de previsão legal.

1 Relatório:

Trata-se de consulta formulada pela Dra. Maria Clara Costa Pinheiro de Azevedo, Promotora de Justiça Comarca de Nova Serrana, relacionada à legalidade do pagamento de gratificação ao Procurador Jurídico da Câmara de Vereadores pelo exercício de atividades na Escola Legislativa.

Foram juntadas à consulta a Portaria do Presidente da Câmara Municipal que nomeou os membros do Conselho Curador da Escola do Legislativo, a Resolução que cria referida Escola, Parecer Técnico Jurídico que conclui pela legalidade da concessão da gratificação desde que: 1) seja paga enquanto o referido servidor estiver exercendo atividades adicionais de trabalho técnico, científico ou especial; 2) seja observado o limite de até 50% conforme previsto em Lei; e 3) seja emitido pelo Presidente da Casa o ato normativo próprio autorizando a concessão da referida gratificação. Consta ainda da consulta ofício do Procurador Jurídico da Câmara solicitando o aumento de 20% para 50% do vencimento base pagos a título de gratificação pelo desempenho de funções que extrapolariam suas funções típicas do cargo.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação:

Ao analisar a questão trazida à apreciação deste Centro de Apoio Operacional, há que se considerarem dois aspectos: o primeiro, relativo à possibilidade do Procurador Jurídico da Câmara de Vereadores exercer outras funções além daquelas incluídas no rol de atribuições do seu cargo, e o segundo, relativo à remuneração pelo exercício das funções extraordinárias.

Como é sabido, no campo do Direito Privado, tudo o que não é proibido é permitido. Já no Direito Público, o que não é permitido, é proibido. Ao tratar dos princípios básicos da Administração Pública, em seu “Direito Administrativo Brasileiro”, 22ª edição, Malheiros, Hely Lopes Meirelles afirma:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública SÓ É PERMITIDO FAZER O QUE A LEI AUTORIZA. A lei para o particular significa “poder fazer assim”; para o administrador público significa “DEVE FAZER ASSIM”.

Diante desta premissa básica que rege o Direito Administrativo pátrio, tem-se que o servidor público pode exercer outras funções além daquelas próprias do cargo que ocupa, desde que haja previsão legal para tanto.

A respeito de cargos e funções, afirma a Professora Odete Medauar na obra “Direito Administrativo Moderno”, publicado pela Editora dos Tribunais (15ª edição, 2011, p. 282):

Para o desempenho da função pública pode ser atribuído à pessoa um cargo público. Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades, criado por lei em número determinado, com nome certo e remuneração especificada por meio de símbolos numéricos e/ou alfabéticos. Todo cargo implica o exercício de função pública. (...)

A função pública pode ser exercida sem estar revestida da conotação de cargo. Sob esse aspecto, o sentido da expressão se especifica para significar o tipo de vínculo de trabalho em que as atividades são exercidas por pessoas que não ocupam cargos, pois somente detêm funções. (...) Nem todas as funções são criadas por lei, em número certo; muitas decorrem das atividades típicas de cada órgão ou ente administrativo, sem número determinado...

Discorrendo sobre o princípio da legalidade, pilar do Estado Democrático de Direito, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, no Curso de Direito Administrativo (Malheiros, 13ª edição, 2000, p. 76):

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis.

Assim, havendo previsão legal, pode o servidor ter agregadas às suas atribuições naturais do cargo novas funções, desde que, obviamente, tal previsão esteja em consonância com todo o sistema jurídico.

O ocupante do cargo de Procurador Jurídico da Câmara dos Vereadores tem as atribuições inerentes a seu cargo, relacionadas à representação jurídica da Câmara, análises jurídicas pertinentes à atividade administrativa do órgão do Poder Legislativo e mesmo a emissão de pareceres acerca dos projetos de lei em tramitação.

Por um lado, depreende-se do conteúdo dos documentos que instruem a consulta objeto da presente nota jurídica que o Estatuto dos Servidores Públicos de Nova Serrana, em seu art. 99, prevê a possibilidade de pagamento de gratificação por adicional de função. Por outro lado, a Resolução da Câmara Municipal n.º 119/2015, que cria a Escola do Legislativo, prevê que o Procurador-Geral é membro integrante do Conselho Curador, enquanto que no § 4º do art. 3º daquele mesmo dispositivo dispõe que “os cargos do Conselho não serão remunerados sendo considerados serviços relevantes”.

Portanto, pelo exercício das funções junto ao Conselho Curador, e dentro do rol de competências deste, não poderá ser remunerado o Procurador-Geral da Câmara. Trata-se de

um *múnus* que, com a edição da Resolução n.º 119/2015, passou a integrar o conjunto de funções atribuídas ao seu cargo. Todavia, caso o Procurador exerça outras atividades alheias à competência do Conselho Curador, mas no interesse da Escola Legislativa, como, por exemplo, o magistério, é possível, em tese, que seja remunerado através de gratificação, desde que devidamente regulamentada.

Como já se afirmou, a todo cargo corresponde um feixe de funções. No caso do exercício pelo servidor público de função além daquelas atribuídas ao cargo em que se encontra investido, há que se considerar se as exerce sem prejuízo das atribuições de seu cargo ou se deixa de exercer aquelas para exercer as novas atribuições. Caso passe a exercer funções com prejuízo de suas atribuições, deverá ser remunerado pelo exercício das novas funções, conforme previsto em lei. Caso as exerça sem prejuízo daquelas atinentes a seu cargo e, ainda, em horário extraordinário, além da jornada de trabalho prevista em lei, é indispensável que haja a remuneração pelas horas extras.

De fato, o artigo 39 da Constituição da República prevê, em seu § 3º, a aplicabilidade aos servidores públicos da garantia assegurada ao trabalhador no art. 7º, XVI, qual seja, a “remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal”.

A jurisprudência reconhece este direito aos servidores públicos. É o que se pode inferir do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Apelação Cível nº 1.0024.12.088090-1/001

0880901-90.2012.8.13.0024 (1)

Relator(a): Des.(a) Ana Paula Caixeta

Data de Julgamento: 23/03/2017

Data da publicação da súmula: 28/03/2017

Ementa:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO PROCESSUAL - INDEFERIMENTO DE PROVA - IRRELEVÂNCIA PARA A SOLUÇÃO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO CONFIGURAÇÃO - DIREITO ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - ESTADO DE MINAS GERAIS - AGENTE DE SEGURANÇA SOCIOEDUCATIVO - VÍNCULO TEMPORÁRIO - NULIDADE - DIREITO LIMITADO AO SALDO DE SALÁRIO - HORA-EXTRA NÃO DEVIDA - VÍNCULO EFETIVO - HORAS-EXTRAS - JORNADA 12X36 - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - **EXTRAPOLADA JORNADA REGULAR LEGALMENTE PREVISTA - DIREITO ÀS HORAS-EXTRAS** - HORÁRIO DE ESTUDANTE - AUSÊNCIA DE PROVA.

- Nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil de 1973, vigente na fase de instrução, competia ao Juiz indeferir a produção das provas desnecessárias ou meramente protelatórias, sem que isso configurasse cerceamento de defesa.

- O servidor temporário cujo vínculo é nulo tem direito tão somente ao saldo de salário, não fazendo jus a outros direitos, tais como o adicional de horas-extras.

- O servidor efetivo que excedeu sua jornada de trabalho faz jus à percepção de horas-extras, acrescidas do adicional de 50%.

- A jornada em regime de 12x36 horas, exercida de fato, dá ensejo ao pagamento de horas-extras, caso tenha sido extrapolada a jornada legalmente prevista para o servidor.

- Ausente prova de que o servidor fazia jus ao horário especial de estudante e que este tenha sido desrespeitado pela Administração, ausente o direito a horas-extras em razão do labor em horário regular.

O fundamento do direito à remuneração pelas horas-extras é a vedação ao locupletamento: não pode o Poder Público usufruir do trabalho do servidor sem que lhe retribua por meio de adequada remuneração. Nesta mesma esteira se deve entender a necessidade de remuneração pelo serviço prestado além das atribuições do cargo ocupado pelo servidor, e sem prejuízo destas, desde que, obviamente, esta remuneração esteja prevista em lei.

O artigo 37, inciso X, da Constituição de 1988, determina que a remuneração dos servidores públicos e o subsídio devem ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada a revisão geral anual. Destarte, para que haja a remuneração pela realização de atividades além daquelas atribuídas ao cargo, é imprescindível a previsão em lei específica. A observância do princípio da legalidade no tocante à remuneração dos servidores públicos é indispensável para que se garanta outro princípio: o da impessoalidade.

Em resposta à Consulta n.º 453.082, o Relator Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais afirma, no que foi acompanhado por seus pares:

(...)o pretendido pelo consulente é a instituição de uma gratificação de serviço extraordinário para aqueles servidores do Legislativo Municipal que prestam serviços além da jornada normal de trabalho.

Assim, no primeiro quesito, desde que haja previsão legal e dotação orçamentária própria, e que seja implementada pelos beneficiários da mencionada vantagem a condição factual, isto é, o trabalho em jornada extraordinária, é possível a Câmara instituir a gratificação correspondente a seus servidores. (in Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Edição 2002_11_12_0002.2xt de 03 – Ano)

No caso de servidores que não tenham jornada de trabalho fixada por lei, ainda assim se vislumbra a possibilidade de previsão de pagamento de gratificação por atividade que vá além das atribuições do cargo. O artigo 39, § 1º, da Constituição, prevê que a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório (e aí se incluem as gratificações de função) deverá observar a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira, os requisitos para a investidura e as peculiaridades do cargo.

O servidor público pode ser remunerado por subsídio, como nos casos do § 4º do art. 39 da Carta Magna, ou ter sua remuneração composta pelo vencimento básico e eventuais vantagens. Essas vantagens são acréscimos pecuniários que se fundamentam em determinadas razões, como tempo de serviço, horas extras, trabalho noturno, etc. Como nos ensina Odete Medauar,

As vantagens pecuniárias mais frequentes são os adicionais e as gratificações. Não se vislumbra com nitidez a diferença substancial entre ambos, daí porque o mesmo tipo de vantagem pode figurar como adicional em determinados estatutos e figurar como gratificação em outros. (...)

Os 'adicionais' mais comuns são os seguintes: a) adicional por tempo de serviço, conferido, em geral, a cada período de cinco anos de trabalho; b) adicional de trabalho noturno (CF, art. 7º, IX, aplicável aos servidores).

As 'gratificações' mais usuais são as seguintes: a) gratificação de gabinete, para quem presta serviços em órgãos de alto escalão; b) gratificação pelo exercício de cargo ou função de chefia, direção, assessoramento; c) gratificação natalina, que é o décimo terceiro salário; d) gratificação por dedicação exclusiva; e) gratificação por tempo integral.

Por sua vez, Regis Fernandes de Oliveira, em "Servidores Públicos" (Malheiros, 2004, p. 72) afirma:

Os 'adicionais' decorrem do tempo de serviço ('ex facto temporis') ou da exigência de conhecimentos especializados ou um regime próprio de trabalho ('ex facto officii'). Os primeiros decorrem da só prestação do serviço. Os demais, da recompensa por circunstâncias de desempenho em funções especiais. Na sempre precisa lição de Hely Lopes Meirelles '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.

Nesta toada, resta clara a possibilidade de previsão legal para pagamento de gratificação pelo exercício de atividades extras ou especiais pelos servidores públicos.

Não obstante as solicitações feitas ao órgão de execução ministerial consulente, não pode ser juntada ao expediente eventual legislação que preveja o pagamento ao Procurador-Geral do Município de gratificação pelo exercício de atividades junto à Escola do Legislativo e que não se enquadrem nas atribuições do Conselho Curador. Ressaltamos que é indispensável a existência de norma neste sentido, como, inclusive, foi salientado pelo Consultor Jurídico Vander Lúcio Gomes Penha em seu parecer dirigido à Câmara Municipal de Nova Serrana.

Assim, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, são estas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes.

Remeta-se cópia, via *e-mail*, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente feito.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 22 de agosto de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público