

Nota Técnica nº 02/2019

PAAF nº 0024.18.020879-5

Requerente: Dra. Ludmila Costa Reis –
Promotora de Justiça da Comarca de Betim/MG.

Ementa: Lei Municipal. Instituição de gratificação para servidores cedidos a outros órgãos a fim de fazer face à diferença de remuneração do cargo efetivo e do cargo comissionado ocupado no órgão de origem. Impossibilidade. Desvio de finalidade

1) RELATÓRIO

O presente Procedimento de Apoio à Atividade Fim foi instaurado em decorrência de consulta realizada pela Promotora de Justiça da Comarca de Betim/MG, Dra. Ludmila Costa Reis. A questão se relaciona à (ir)regularidade de pagamento de gratificação a servidores cedidos pelo município a outros órgãos públicos e que ocupavam, na municipalidade, cargos em comissão.

De acordo com a consulente, o inquérito civil contém indícios de que a Lei Municipal n.º 6.403/2018 foi elaborada com o único intuito de beneficiar duas servidoras que já trabalhavam no fórum local, mas tiveram que ser exoneradas do cargo comissionado que ocupavam por força de decisão judicial transitada em julgado. Acrescenta, ainda, que com a referida lei as servidoras puderam permanecer onde estavam, recebendo os mesmos valores.

No feito consta o inteiro teor do diploma legal questionado, qual seja:

Lei n.º 6.403, de 24 de julho de 2018

Dispõe sobre a cessão de servidores públicos para desenvolvimento de projetos em outros órgãos públicos

O Povo do Município de Betim, por seus representantes aprovou e eu, Prefeito Municipal, sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica o município de Betim autorizado a realizar cessão anualmente de até 2 (dois) servidores efetivos com graduação em curso superior e devidamente aprovado em estágio probatório para desenvolver projetos em outros órgãos públicos.

Parágrafo único. Os projetos desenvolvidos pelos servidores cedidos terão duração máxima de 2 (dois) anos, prorrogável por igual período.

Art. 2º Fica estabelecido que os servidores efetivos investidos em cargo em comissão, cedidos para realizarem o desenvolvimento de projetos em outros órgãos públicos, farão jus ao recebimento de gratificação para participação em projetos.

Parágrafo único. A gratificação de que trata o caput deste artigo foi estabelecida com o objetivo de compensar o valor recebido no cargo em comissão anteriormente exercido e terá o valor da diferença entre a remuneração do cargo efetivo e o auferido no cargo em comissão.

Art. 3º Fica destinada dotação orçamentária específica para o atendimento do disposto nesta Lei.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

É o breve relatório.

2) FUNDAMENTAÇÃO

Despiciendo discorrer sobre a ilegalidade e inconstitucionalidade da cessão de servidores ocupantes de cargos comissionados a outros órgãos, tendo em vista que há incompatibilidade entre os pressupostos justificadores de uma e outra.

De fato, como dispõe a Constituição da República, em seu art. 37, os cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, são destinados ao exercício de funções de direção, chefia e assessoramento. Tais nomeações pressupõem a necessidade de um vínculo de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado.

Fundado nesse uníssono entendimento, não se justifica a nomeação de servidor para cargo em comissão, cujo pressuposto é a relação de confiança entre este e a autoridade nomeante, e, posteriormente, a cessão deste servidor para o exercício de atividades em outros órgãos.

Tanto o é que, visando o reconhecimento da irregularidade da situação da cessão de servidores comissionados pelo Município de Betim, foi ajuizada ação civil pública que culminou em decisão judicial transitada em julgado, através da qual condenou-se o Município a exonerar os servidores cedidos dos cargos em comissão que ocupavam. Segue a transcrição da ementa do acórdão:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITO ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO OCUPANTE DE CARGO EM CONFIANÇA - ATRIBUIÇÕES DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO - CESSÃO - DESVIRTUAMENTO - DETERMINAÇÃO GENÉRICA - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

- A nomeação para cargo em comissão sem o devido exercício das atribuições específicas a ele correlatas em razão da cessão do servidor a outro órgão público ofende o princípio da moralidade, da razoabilidade, da finalidade, do interesse público, e, potencialmente, até mesmo a regra constitucional do concurso público, mormente considerando que tais funções, pela natureza distinta e de responsabilidade destacada, em regra, são muito mais bem remuneradas que aquelas de natureza meramente administrativa e burocrática.

- Ao Poder Judiciário cumpre apenas o controle de legalidade no caso concreto, e não a expedição de determinações comissivas ou proibitivas genéricas, prerrogativa precípua do Poder Legislativo.

- Recurso provido em parte. (TJMG - Apelação Cível 1.0027.14.019921-0/002, Relator(a): Des. (a) Adriano de Mesquita Carneiro (JD Convocado), 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/12/2017, publicação da súmula em 23/01/2018)

Nesse mesmo sentido, cita-se jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de denúncia de responsabilidade dos Srs. (...), formulada ante a existência de irregularidades no Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba. Considerando que, após a realização de inspeção no Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba – TRE/PB, foi confirmada a existência de impropriedades na área de pessoal daquela Corte;

Considerando que foram designados para o exercício de funções comissionadas no TRE/PB servidores requisitados que não comprovaram ocupar cargo efetivo em seus órgãos/entidades de origem, desobedecendo o comando insculpido no art. 12, § 3º, da Lei nº 8.868/94;

(...);

(...);

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

8.1. (...);

8.2 (...);

8.3 (...);

8.4. determinar ao Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba que:

8.4.1. (...);

8.4.2. observe, rigorosamente, no ato de nomeação para funções comissionadas de servidores requisitados de outros órgãos ou entidades a existência de vínculo efetivo com a administração pública, em conformidade com o disposto no art. 5º, § 3º, da Lei nº 8.868/94;¹⁴ (grifos acrescentados)

Também o TRF da 4ª Região tem decidido nos mesmos moldes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CESSÃO. .

O agravo de instrumento não permite o exame do mérito da ação que o originou. Situação em que deve ser privilegiada a segurança jurídica, no sentido

de manter a decisão liminar proferida pelo Relator originário. O preceito normativo de cessão de servidores perante requisição se aplica somente ao servidor nomeado para cargo de provimento efetivo. Não é possível a cessão ou a colocação à disposição de outro órgão ou ente público o servidor nomeado para cargo em comissão, pois tal cargo pressupõe um vínculo intersubjetivo e de confiança entre o agente nomeante e o servidor nomeado, o que não se verifica na hipótese de cessão a outro órgão. Prequestionamento estabelecido pelas razões de decidir. Agravo de instrumento improvido.¹⁵ (grifos acrescentados)

Ocorre que, com o claro fim de contornar a decisão judicial já citada e prolatada nos autos da Apelação Cível 1.0027.14.019921-0/002, Relator(a): Des.(a) Adriano de Mesquita Carneiro (JD Convocado), 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/12/2017, publicação da súmula em 23/01/2018, em franca desobediência às suas determinações, foi encaminhado à Câmara de Vereadores de Betim/MG projeto de lei que, aprovado, passou a garantir aos servidores cedidos exonerados de seus cargos em comissão a mesma remuneração percebida quando ocupavam tais cargos. O meio utilizado para tanto foi a instituição de gratificação àqueles “servidores efetivos investidos em cargo em comissão, cedidos para realizarem o desenvolvimento de projetos em outros órgãos públicos”.

A intenção de burlar a determinação judicial é cristalina, restando evidente da leitura do teor do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 6.403/2018:

Parágrafo único. A gratificação de que trata o caput deste artigo foi estabelecida com o **objetivo de compensar** o valor recebido no cargo em comissão anteriormente exercido **e terá o valor da diferença entre a remuneração do cargo efetivo e o auferido no cargo em comissão.** (grifo e negrito nossos)

15 AG 0 SC 0004566-91.2010.404.0000 – Rel. Desemb. MARINA VASQUES DUARTE DE BARROS FALCÃO – DJU 13/08/2010

14 Acórdão nº 176/2000 – Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, Sessão de 09.08.2000, DOU de 22.08.2000

Ora, a perda financeira nos vencimentos de servidor efetivo que, para ser cedido a outro órgão, tenha que ser exonerado do cargo em comissão que ocupa, não é fato gerador apto a fazer nascer o direito a uma gratificação como forma de compensação dessa perda.

De acordo com a definição de Hely Lopes Meirelles, os adicionais e gratificações são recompensas, por exemplo, pelo tempo de serviço do servidor, pelo desempenho de funções especiais ou compensações por serviços executados em condições anormais¹⁶. Ao tratar do tema, leciona a administrativista 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.¹⁷

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.

Como se percebe, a gratificação é uma recompensa remuneratória àquele servidor que irá exercer as funções decorrentes de seu cargo em condições especiais. E, para que se justifique, deve haver motivação suficiente que dê respaldo à concessão desta recompensa. Adicionais e gratificações são concedidos aos servidores que, por algum motivo, desempenhem suas funções em condições diversas daquelas em que se encontram os demais servidores, condições estas que justifiquem o 'plus' em sua remuneração. Fernanda Marinela afirma a respeito do tema:

Gratificações e adicionais são retribuições pagas ao servidor em contraprestação a um determinado requisito preenchido pelo mesmo e prevista na legislação. Geralmente essas retribuições lhe são pagas em virtude de uma determinada função exercida (ex. função de chefia); de um tempo em que o mesmo está no serviço público (ex. quinquênios) ou em virtude de uma nova qualificação adquirida (ex. uma especialização).¹⁸

No caso em análise, a motivação para a concessão da gratificação não é bastante: o simples fato de exercer as funções atribuídas a seu cargo no âmbito do órgão cessionário não traz para o servidor a prerrogativa de acréscimo remuneratório. Ao contrário, ordinariamente o exercício das funções no órgão cessionário é mais interessante para o servidor do que o exercício das funções em seu órgão de origem, ou seja, o órgão cedente. Assim, não há substrato jurídico que justifique o acréscimo à remuneração.

Por outro lado, há que se considerar que a legislação municipal em questão padece claramente do vício de desvio de finalidade. Ora, a finalidade das leis é estabelecer direitos e deveres nos planos

16 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 389.

17

18 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 4ª edição. Niterói: Impetus, 2010. P. 658.

geral e abstrato, visando o bem comum. No caso presente, a lei municipal tem efeitos concretos direcionados especificamente ao benefício de particular e não ao interesse público. Assim, diante do claro desvio de finalidade, inconstitucional se revela a norma em apreço.

O que se observa no caso em apreço é a evidente tentativa de se burlar a decisão judicial já citada e obtida pelo MPMG, assegurando-se vantagem financeira indevida exatamente para compensar a diferença entre o vencimento do servidor cedido e aquele que receberia se estivesse exercendo um cargo em comissão no órgão cedente (de origem).

3) CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, respeitada a independência funcional do Douto Promotor de Justiça Natural e sem caráter vinculante, conclui o Centro de Apoio Operacional pela ilegalidade da gratificação em apreço, prevista na Lei Municipal 6.403/2018, manifestamente danosa ao erário do Município de Betim/MG.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, bem como à Douta Coordenadoria da Procuradoria de Justiça de Controle de Constitucionalidade, com posterior arquivamento do presente feito.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 25 de janeiro de 2019.

José Carlos Fernandes Junior

Promotor de Justiça

Coordenador do CAO – Patrimônio Público