

PARECER JURÍDICO

Solicitante: Wagner Vieira Neves – Prefeito Municipal

Assunto: SECRETÁRIOS MUNICIPAIS. SUBSÍDIO. PARCELA ÚNICA. LIMITES CONSTITUCIONAIS. FÉRIAS, ABONO DE FÉRIAS E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. POSSIBILIDADE.

O ilustre Prefeito Municipal apresenta-me consulta a respeito do tema acima ementado e ao final, formula QUATRO QUESITOS:

1. Têm os Secretários Municipais direito à percepção dos benefícios sociais listados no art. 7o., VIII (13o. Salário) e XVII (férias anuais com acréscimo de 1/3 em pecúnia), da Constituição Federal?
2. Caso positivo, a concessão desses direitos depende de lei municipal?
3. Se prescindível, são eles devidos desde a nomeação para o cargo?
4. Qual o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins no tocante aos Municípios que já conferem aludidos direitos aos Secretários Municipais?

PARECER

Em face da consulta, e antes de tudo, convém fixar alguns conceitos fundamentais para a correta interpretação do regramento constitucional que disciplina as questões postas, começando por lembrar o magistério de CARLOS MAXIMILIANO, nosso mestre maior da hermenêutica: "Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis." (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense*, 12a.edição, p. 166).

Além disso, a interpretação de qualquer dispositivo constitucional não pode ser meramente literal. Indispensável que seja sistemática, isto é, deve abranger a Constituição como um todo aberto, observando os princípios, as normas e os valores jurídicos, fixando-lhes o alcance, conciliando as aparentes contradições, estabelecendo as analogias e similaridades, para buscar a

solução mais correta das questões suscitadas, especialmente quando se está diante de matéria nova e, por isso mesmo, ainda não suficientemente esmiuçada e sedimentada pela doutrina.

A reforma administrativa, introduzida no ordenamento jurídico-constitucional pela Emenda nº 19, de 1998, trouxe alterações significativas no sistema remuneratório dos agentes públicos, adotando para a categoria dos agentes políticos o regime de subsídios. Subsídio fixado em parcela única, diz a nova redação do parágrafo 4º do artigo 39 de nossa Lei Suprema, e, indo além, veda o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.

Assim, à primeira vista, para aqueles que, como observa ADILSON DALLARI, citando ROBERTO DROMI, interpretam o sistema jurídico como uma máquina de impedir, as dúvidas postas na consulta estariam solucionadas, bastando adotar os mandamentos do Código do Fracasso: artigo 1º - não pode; artigo 2º - no caso de dúvida, abstenha-se; artigo 3º - se é urgente, espere; artigo 4º - sempre é mais prudente não fazer coisa alguma. (apud, Revista Trimestral de Direito Público, MALHEIROS, 25/1999, p.21)

Porém, não é bem este o trabalho do intérprete responsável. Deve ele estar voltado para a busca da solução mais adequada às questões suscitadas, começando por determinar o exato alcance da expressão parcela única, tanto quanto da regra de restrição colocada na norma constitucional de regência do subsídio daqueles nela nomeados, dentre os quais se incluem os secretários municipais.

A Constituição Federal, ao determinar a fixação do subsídio em parcela única, está, claramente, querendo dizer que não admite o acréscimo de qualquer outra parcela remuneratória ao subsídio único, afastando de vez o sistema anterior à Emenda 19, que permitia o pagamento concomitante de remuneração fixa e variadas vantagens pecuniárias, previstas em legislação específica que acabavam por gerar injustiças e desigualdades. Portanto, resta evidente que o acréscimo de quaisquer vantagens pecuniárias, de ordem pessoal, ao subsídio dos secretários municipais, ainda que detentores de cargos efetivos na Administração, não se coaduna com a regra do parágrafo 4º do artigo 39 de nossa Lei Magna.

A vedação se reforça, a toda evidência, até por analogia com as regras dos incisos II e III do artigo 38, que colocam em situações diametralmente opostas os prefeitos e vereadores, assegurando para estes, desde que haja compatibilidade de horários, o recebimento do subsídio cumulado com a percepção das vantagens pecuniárias de ordem pessoal e facultando, para aqueles, a opção entre subsídio ou remuneração do cargo, emprego ou função.

Mas, em qualquer hipótese, por força de comando inscrito no parágrafo 3º do artigo 39 da Carta Federal, fica estendido a todos os ocupantes de cargos públicos, desde que não detentores de mandatos, um certo número de direitos sociais, dentre aqueles garantidos aos

trabalhadores em geral pelo artigo 7º da Constituição que, para ficarmos na questão em debate, assegura: o décimo terceiro salário (inciso VIII) e o gozo de férias anuais remuneradas, com pelo menos 1/3 a mais do que o salário normal (inciso XVII), restando evidente que tais direitos são outorgados, também, aos secretários municipais que, muito embora pertencentes à categoria dos agentes políticos, fazem parte do gênero agentes públicos e, como bem lembra o saudoso HELY LOPES MEIRELLES, em sua obra clássica DIREITO MUNICIPAL BRASILEIRO "a Carta Magna, para fins de tratamento jurídico, coloca-os como se fossem servidores públicos, sem embargo de os ter como agentes políticos." (op.cit., MALHEIROS, 12ª edição atualizada, pág. 555).

Em virtude do alto sentido social do dispositivo, observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto, as expressões "servidores" e "ocupantes de cargo público" devem aqui ser tomadas em seu sentido amplo, incluindo os que percebem subsídios no desempenho de cargo público... (apud, Apontamentos sobre a Reforma Administrativa, Renovar, edição 1999, p.78)

Portanto, apesar do comando inscrito no parágrafo 4º do artigo 39 falar em parcela única, resta claro que a vontade do legislador constituinte derivado, em face de outros dispositivos da Constituição de 1988 que preservaram sua redação original, foi vedar qualquer acréscimo de natureza remuneratória à parcela única fixada a título de subsídio sem impedir, no entanto, a percepção de outras verbas pecuniárias asseguradas constitucionalmente aos trabalhadores em geral, até porque, parafraseando o insuperável mestre Hely "pode-se dizer que" os secretários municipais "têm os mesmos direitos reconhecidos aos cidadãos, porque cidadãos também o são, apenas com certas restrições exigidas para o desempenho da função pública." (apud, Direito Administrativo Brasileiro, RT, 5ª edição, pág. 430).

Na mesma obra, agora na 24ª edição (MALHEIROS, pág. 424), atualizada pelos doutos Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, colhe-se esclarecedora observação:

"Obviamente, como a Carta Política deve ser interpretada de forma sistematizada, deve-se concluir que os valores correspondentes aos direitos por ela assegurados no parágrafo 3º do art. 39 – como, para ilustrar, do décimo terceiro salário e do terço das férias – não são atingidos pela proibição de qualquer acréscimo."

Neste passo, afastando eventuais dúvidas, lanço mão de percuciente lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"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 parágrafos 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..." (apud, Direito Administrativo, Atlas, 13ª ed., pág. 440)

Na mesma trilha, o festejado Celso Antonio Bandeira de Mello, em seu conhecido Curso de Direito Administrativo (MALHEIROS, 11ª edição, págs.188/190) não diverge da posição da ilustre professora das Arcadas. É momento para conferir suas palavras:

"Como se verá logo em seguida – ao se tratar do limite remuneratório dos servidores públicos – o disposto no § 4º, tem que ser entendido com certos contemperamentos, não se podendo admitir que os remunerados por subsídio, isto é, por parcela única, fiquem privados de certas garantias constitucionais que lhes resultam do § 3º. do mesmo artigo, combinado com diversos incisos do art. 7º. a que ele se reporta. Por esta razão, quando for o caso, haverão de lhe ser aditados tais acréscimos, deixando, em tais hipóteses, de ser única a parcela que os retribuirá."

E arremata o insigne jurista pátrio:

Ora, seria absurdo imaginar-se que deveriam prestar serviços nas condições referidas, sem a fruição das garantias outorgadas nos pertinentes incisos do art. 7º (aos quais se remete o art. 39º, § 3º).

Ante o exposto, parece não haver alternativa senão a de realizar este esforço conciliatório exegético, imposto para evitar situações incongruentes e absurdas.

No âmbito do Estado do Tocantins, o governador, o vice-governador, os secretários estaduais, os membros da Assembleia Legislativa, da magistratura, do Ministério Público e do Tribunal de Contas recebem o décimo terceiro salário. No plano federal, o Presidente, o Vice-Presidente, os Ministros de Estado, os membros do Congresso Nacional, da magistratura, do Tribunal de Contas da União e integrantes do corpo diplomático igualmente fazem jus, no mês de dezembro de cada ano, à importância correspondente ao 13º salário.

Ora, se não podem os agentes políticos municipais (prefeitos, secretários e vereadores) receber o benefício do 13º salário, tampouco poderão recebê-lo os demais agentes políticos estaduais e federais. Afigura-se como descabido o entendimento de que os agentes políticos "municipais" são inferiores em relação aos demais agentes políticos. Seria o mesmo que restabelecer a instituição do tão condenado "princípio", cujas raízes remontam à era colonial, de que "nem todos são iguais perante a lei", ou, ainda, o de que "uns são mais iguais que os outros".

O ordenamento jurídico vigente assegura de forma clara a legitimidade da concessão do décimo terceiro salário aos agentes políticos municipais, observados os requisitos constitucionais e infraconstitucionais abordados, ou seja, a existência de norma autorizativa.

No caso do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, este entende o seguinte:

A categoria dos Secretários Municipais enquadra-se na última hipótese, e para o município, como ente autônomo –administrativa e financeiramente- Art. 18-CF, a

Constituição Federal delimita sobre a remuneração dos secretários, além do 39, § 4º, já citado, o que segue:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

V- Subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por Lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III e 153, § 2º, I.

Neste diapasão entendemos que as regras constitucionais previstas para a fixação dos subsídios dos Secretários dos Municipais, não impedem a percepção do 13º salário desde que preveja a Lei Municipal. A distinção conceitual de Subsídios, Agentes Políticos, e Agentes Administrativos, no nosso entender não é suficiente para impedir o direito ao 13º salário, mesmo a despeito do contido no Art. 39, § 4º, e dos conceitos doutrinários que distinguem as diversas categorias de agentes públicos, que na lição de José Afonso da Silva se distinguem:

"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" (José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 22ª ed. P. 658).

Este é o entendimento que se extrai do voto do ROMS 15.476 – STJ, embora a ementa não declare expressamente."

Em face das razões e considerações anteriormente reproduzidas, cumpre assinalar que este Tribunal de Contas já se manifestou em consulta com o mesmo objeto desta, por meio das Resoluções nºs 5602/97, 1848/2000, 2722/2002, das quais se pode extrair, não obstante a manifestação do Corpo Especial de Auditores, e acompanhando grande parte dos Tribunais de Contas do Brasil - em especial o Tribunal de Contas de Minas Gerais - ser devido o pagamento do 13º salário aos secretários municipais, desde que haja expressa previsão na Lei Orgânica do Município. (grifo nosso).

Concluindo, com apoio nas razões acima e na convergente opinião da melhor doutrina pátria respondendo os QUESITOS:

1. Sim, os secretários municipais têm direito ao décimo terceiro-salário com base na remuneração (subsídio) integral;
2. As normas constitucionais que respaldam o direito aos benefícios são auto-executáveis e, portanto, impositivas à Administração do Município, desnecessário, por óbvio, qualquer ato normativo municipal disciplinador, desde que previsto na Lei Orgânica do Município;
3. Considerando-se que os direitos advêm da própria Constituição, ainda que em sede de interpretação doutrinária, são eles devidos desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 05 de junho de 1998 até porque, anteriormente, a matéria sempre foi pacífica e,
4. O Tribunal de Contas do Estado do Tocantins já se manifestou a respeito do tema, sendo favorável ao pagamento, conforme cópia em anexo.

É o parecer.

Novo Jardim, TO, 5 de novembro de 2013.

TENNER AIRES RODRIGUES

OAB/TO 4282