

ACÓRDÃO-AC-CON Nº 00023/12 - TCM/GO - PLENO

Processo n.: 11506/12
Município: Município de Caldas Novas
Órgão: Câmara Municipal
Assunto: Consulta
Gestor: André Rocha Teles – Presidente da Câmara
CPF N.: 782.919.331-20
Relator: Conselheiro Substituto **Vasco C.A Jambo**

EMENTA: Consulta. Legitimidade da parte. Conhecimento. Quinquênio. Comissionados.

Possibilidade. Estabilizados pelo Art. 19 do ADCT. Compatibilidade entre os Institutos. Servidor Comissionado. Não faz jus ao Adicional por tempo de serviço. Ausência de previsão na Lei Municipal.

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos,

ACORDA o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás, pelos membros integrantes de seu Colegiado, diante das razões expostas pelo Relator na Proposta de Decisão n. 484/2012-GABVJ:

1. Conhecer da presente Consulta vez que foram preenchidos os pressupostos legais previstos no art. 31 da Lei Orgânica deste Tribunal e no art. 199 do seu Regimento Interno.

2. Responder ao Consulente, em decorrência do enfrentamento do mérito, nos seguintes termos:

2.1. Os servidores que foram contemplados pela estabilidade no serviço público nos termos do art. 19 do ADCT tem direito à percepção do quinquênio, tendo em vista que a referida vantagem é concedida em razão do tempo de serviço prestado à Administração, ressaltando-se que não se trata de cargo comissionado;

2.2. Prejudicado pelo item anterior;

00023/12

2.3. Nos termos do art. 94 da Lei Complementar n.003/2010 do Município de Caldas Novas os servidores ocupantes de cargos comissionados não fazem jus ao pagamento de adicional por tempo de serviço – quinquênio

2.4. Afronta o princípio da isonomia o pagamento de adicional por tempo de serviço ao servidor comissionado (havendo previsão legal) e o não pagamento ao servidor com estabilidade pelo art. 19 do ADCT, se atendidos por ambos os requisitos para tal percepção.

3. **Determinar** que, após cumpridas as demais formalidades, sejam os presentes autos arquivados.

Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás, em Goiânia,
aos

23 OUT 2012. 
Maria Teresa F. Garrido
Presidente

Participantes:


Cons. Paulo Ortega

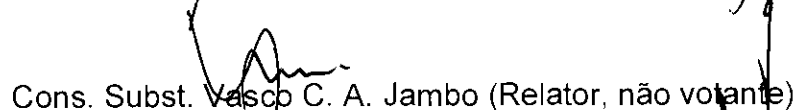

Cons. Jossivani de Oliveira


Cons. Virmondes Cruvinel


Cons. Sebastião Monteiro


Cons. Honor Cruvinel de Oliveira


Cons. Francisco José Ramos


Cons. Subst. Vasco C. A. Jambo (Relator, não votante)

Fui presente:


Ministério Público de Contas



PROPOSTA DE DECISÃO N.484/2012/GABJV

Processo n.: 11506/12
Município: Município de Caldas Novas
Órgão: Câmara Municipal
Assunto: Consulta
Gestor: André Rocha Teles – Presidente da Câmara
CPF N.: 782.919.331-20
Relator: Conselheiro Substituto **Vasco C. A. Jambo**

EMENTA: Consulta. Legitimidade da parte. Conhecimento. Quinquênio. Comissionados.

Possibilidade. Estabilizados pelo Art. 19 do ADCT. Compatibilidade entre os Institutos. Servidor Comissionado. Não faz jus ao Adicional por tempo de serviço. Ausência de previsão na Lei Municipal.

1. Versam os autos acerca da Consulta formulada pelo Presidente da Câmara de Vereadores de Caldas Novas, Sr. André Rocha Teles sobre o pagamento de quinquênio aos servidores comissionados e aqueles que adquiriam a estabilidade do art. 19 do ADCT.

2. Os questionamentos levantados pelo consulente são os seguintes:

2.1 *O servidor que atingiu a estabilidade em razão do art. 19 da ADCT, e que não foi aprovado em concurso, possui direito ao recebimento de vantagens, como quinquênio, frente ao que dispõe o parágrafo primeiro do mesmo artigo?*

2.2 *Com o advento do previsto no art. 94 da Lei Complementar nº 03/2010 (Regime dos Servidores Públicos do Município de Caldas Novas), teria o servidor estável com base no art. 19 da ADCT, direito a receber o quinquênio?*

2.3 *Os servidores comissionados tem direito ao quinquênio?*

2.4. *Caso positiva a resposta anterior, não afrontaria o princípio da igualdade o servidor, comissionado fazer jus ao quinquênio e o efetivado pelo art. 19 da ADCT não possuir tal direito?*

3. Conforme previsto no art. 31, I, da Lei nº 12.958/2007, alterada pela Lei n.16.467/09 o consulente possui legitimidade ativa para efetuar consultas a este Tribunal, em razão de ocupar o cargo de Chefe do Poder Legislativo Municipal.

4. A consulta contém a indicação de seu objeto, foi devidamente instruída com o parecer jurídico e a matéria a ser respondida está compreendida no rol de competências desta Corte de Contas, conforme enumeração constante do art. 1º da Lei nº 12.958/2007 alterada pela Lei n.16.467/09.

I DA MANIFESTAÇÃO DA SECRETARIA DE CONTROLE EXTERNO

5. A unidade técnica emitiu o Certificado nº 2655/12 (fls.13/16) que se extrai:

Quanto ao mérito, basicamente o consulente busca saber sobre a legalidade da concessão de quinquênios aos servidores comissionados, bem como aos servidores que adquiriam a estabilidade do art. 19 do ADCT.

Inicialmente, há que se entender que a vantagem denominada quinquênio visa recompensar o servidor pelo tempo de serviço prestado à Administração, e por isso é insita aos cargos que são perenes no serviço público. O quinquênio é um adicional concedido em razão *simples decurso de um prazo de prestação de serviço. Sua razão é o serviço já prestado ao longo de certo tempo.*

Partindo dessa premissa constata-se que a referida vantagem é incompatível com a natureza do cargo em comissão já que é característica sua a transitoriedade e a precariedade, pois não gera, em regra, permanência no serviço público.

Quanto a este questionamento, esta Corte já se manifestou mediante Acórdão Consulta nº 0006/11, *verbis*:

Observa-se, pois, que a natureza jurídica do cargo efetivo é bastante diversa da do cargo comissionado. Enquanto o cargo efetivo exige prévia aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos, o cargo em comissão, (ressalvado o percentual mínimo reservado ao servidor de carreira) é provido por pessoa alheia ao serviço público, dependendo apenas do grau de confiança da autoridade que nomeia.

Aliás, desde a nomeação, o servidor nomeado em cargo de provimento em comissão está ciente da precariedade do seu vínculo funcional com o Poder Público.

Já a investidura em cargo de provimento efetivo é duradoura, sendo assegurada estabilidade ao servidor após três anos de exercício, só podendo ser destituído do cargo por sentença judicial transitada em julgado.

Em razão destas características, aos ocupantes de cargos em comissão somente serão aplicadas as normas estatutárias que não se oponham à essência do cargo, ou seja, é impróprio lhe atribuir vantagens que sejam decorrentes da permanência no serviço público, tais como, licença-prêmio, adicional por tempo de serviço, estabilidade, ou qualquer outra que cujo requisito seja a permanência no serviço público.

Conclui-se, portanto, que a legislação infraconstitucional não pode outorgar aos ocupantes de cargos em comissão direitos e vantagens incompatíveis com a índole transitória e passageira do provimento, sob pena de desvirtuar a natureza do cargo.

Assim, não se deve conceder aos ocupantes de cargos em comissão benefícios que conflitem com o caráter excepcional e transitório inerente à investidura, ainda que permaneçam por um longo período no cargo. (grifei)

6. Da leitura do Certificado supra exarado pela Especializada ainda verifica-se:

Questiona também o consulente sobre a possibilidade de concessão de quinquênio aos servidores que atingiram a estabilidade em razão do art. 19 do ADCT, face à disposição constada em seu parágrafo primeiro.

Primeiramente, recordemos o teor do referido dispositivo constitucional:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º - O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

Deve-se entender que a estabilização trazida pelo art. 19 do ADCT englobou os servidores públicos estatutários trabalhistas, somente sendo excluídos os servidores que desempenhavam cargo, emprego ou função de livre exoneração. Isso porque *estabilização alcançou todos aqueles servidores que exercessem suas funções com caráter de permanência (art. 19, § 2º, ADCT da CF).*"

Ademais, a estabilidade consiste em uma garantia constitucional de permanência no serviço público. Assim, a estabilidade especial veiculada no art. 19 do ADCT é uma garantia do servidor que na data da promulgação da Constituição preencheu os requisitos ali cantados, e não atributo do cargo, como a efetividade.

Deste modo, considerando-se que o quinquênio é um adicional concedido em razão do tempo de serviço prestado à Administração, bem como considerando que a estabilidade consiste em uma garantia constitucional de permanência no serviço público entende-se logicamente que os estabilizados pelo art. 19 do ADCT têm direito à percepção da vantagem denominada quinquênio.

7. Por fim a Secretaria de Atos Pessoal manifestou conclusivamente no sentido de que seja respondido ao consulente que:

I. efetuado juízo positivo de admissibilidade da consulta, uma vez preenchidos os pressupostos legais previstos no art. 31 da Lei nº 15.958/2007; e,

II. respondido ao consulente que:

a) os estabilizados pelo art. 19 do ADCT tem direito à percepção do quinquênio, tendo em vista que a referida vantagem é concedida em razão do tempo de serviço prestado à Administração e a estabilidade concedida a eles é uma garantia constitucional de permanência no serviço público;

b) o adicional quinquênio é totalmente incompatível com a natureza dos cargos em comissão tendo que o quinquênio pressupõe a permanência no serviço público e o cargo em comissão possui natureza transitória e precária.

II DA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

8. Encaminhados ao Ministério o Público de Contas para proceder a análise do mérito, este *Parquet* manifestou nos seguintes termos, conforme Parecer n.6157/12 de fls.17/19:

Remetidos os autos a este Ministério Público para análise e pronunciamento, inobstante a sabedoria e responsabilidade que notabilizam a Secretaria Especializada, divergimos em parte de suas conclusões, vejamos:

Em primeiro, o art.19 do ADCT da Constituição Federal considerou estáveis no serviço público os que à data da promulgação da Constituição estavam há pelo menos cinco anos continuados em exercício. Tendo em vista que a expressão "servidor público" compreende não apenas o servidor efetivo, como também o estável, não há motivo para tratamento diferenciado entre essas categorias de servidores públicos, tendo o servidor englobado pela previsão constitucional transitória direito às mesmas vantagens conferidas aos demais servidores.

Em sendo o quinquênio adicional concedido aos servidores municipais de um modo geral, sem distinções, os servidores dotados da estabilidade excepcionalmente concedida também fazem jus a sua percepção, vez que compartilham da mesma garantia de permanência no serviço público.

No que tange à questão referente ao pagamento de adicional aos servidores comissionados, impera distinguir cargos em comissão de cargos efetivos.

Pela simples análise do mandamento inculcado do art. 37, II e V, da Constituição Federal, verifica-se que os cargos em comissão são aqueles de ocupação transitória, exoneráveis *ad nutum*, sem qualquer formalidade especial.

O ocupante do cargo em comissão, assim como o efetivo, é servidor público *latu sensu*, sendo que a única distinção entre os ocupantes de cargo efetivos e os comissionados é a forma de provimento do cargo, pela natureza de

confiança que se impõe na relação jurídica constituída entre o servidor e a Administração, além do sistema de aposentadoria atribuído pela Constituição Federal, conforme, inclusive, ressaltado por este Ministério Público via do Parecer nº 6178/2010, exarado nos autos de nº 17600/10, em resposta a Consulta semelhante realizada pela Presidência da Câmara Municipal de Caçu.

Impende ressaltar a necessidade de observância ao princípio da legalidade que sob o condão do Direito Administrativo determina que em qualquer atividade a Administração Pública esteja estritamente vinculada à lei, de maneira que se não houver previsão legal, nada pode ser feito, podendo a Administração atuar somente nos limites legais, estando engessada, na eventual ausência de previsão.

Quanto ao cumprimento de referido requisito ressaltase a previsão do art. 94 da Lei Complementar Municipal nº 003/2010 que dispõe acerca do Regime Jurídico dos Servidores Públicos do Município de Caldas Novas, de suas Autarquias e Fundações, *in verbis*:

“Art. 94. Por quinquênio de exercício no serviço público, será concedido ao servidor um adicional correspondente a 10% (dez por cento) do vencimento de seu cargo, ainda que investido o servidor em função ou cargo de confiança, até o limite de 07 (sete) quinquênios.”

Portanto, a vantagem em questão decorre exclusivamente da condição pessoal do servidor, ou seja, em razão do tempo do exercício de cargo público ou pelo desempenho da função, integrando-se plena e incondicionalmente ao seu patrimônio. No mesmo sentido é o entendimento do Tribunal de Contas de Minas Gerais, que já se manifestou:

“É juridicamente possível a instituição, mediante lei formal, de adicional por tempo de serviço, como o quinquênio, a servidores ocupantes de cargos, exclusivamente, comissionados, desde que haja previsão expressa no Estatuto dos Servidores Públicos, nos casos em que o ente adotar o regime jurídico estatutário”. (TCE/MG, Consulta nº. 780.445, Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada).

Acerca da quebra de isonomia no pagamento de adicional por tempo de serviço ao servidor comissionado e o seu não pagamento a servidor com estabilidade pelo art. 19 do ADCT, como já dito, ambos são servidores públicos e, uma vez preenchidos os requisitos, guardadas as peculiaridades de cada caso, ambos farão jus ao mesmo benefício.

9. Ao fim o Ministério Público de Contas, no Parecer acima citado, concluiu que diante de tais constatações, os questionamentos formulados pelo consulente pode ser respondidos no sentido que:

1. cabível a percepção de vantagens pelo servidor estável na forma do art. 19 do ADCT frente ao que dispõe o §1º de tal artigo, em especial pelo advento do art. 94 da Lei Complementar nº 003/2010, no caso de adicional por tempo de serviço - quinquênio;

2. prejudicado;



3. possibilidade de pagamento de adicional por tempo de serviço – quinquênio - a servidores ocupantes de cargos comissionados na forma do art. 94 da Lei Complementar nº 003/2010;

4. afronta o princípio da isonomia o pagamento de adicional por tempo de serviço ao servidor comissionado e o não pagamento a servidor com estabilidade pelo art. 19 do ADCT, se atendidos por ambos os requisitos para tal percepção. (RC)

III- DA PROPOSTA

10. Preliminarmente, ressalva-se que a resposta à consulta não constitui prejulgamento de fato ou de caso concreto, nos termos do disposto no art. 31 § 3º da Lei Orgânica desta Casa.

11. Quanto ao mérito, cabe tecer algumas considerações acerca da diferença de entendimento entre a Unidade Técnica e o Órgão Ministerial a respeito da possibilidade do servidor ocupante do cargo comissionado perceber a gratificação de adicional de tempo de serviço.

12. A rigor, o adicional por tempo de serviço é vantagem concedida aos servidores detentores de cargo de provimento efetivo, ou seja, com vínculo permanente com o Poder Público.

13. Buscando o conceito de cargo comissionado, na doutrina pátria, podemos dizer que é aquele que só admite provimento em caráter provisório e destina-se às funções de confiança dos superiores hierárquicos. A instituição de tais cargos se faz através de lei, tem caráter permanente, mas seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função.

14. Assim, o simples provimento de cargo em comissão, que é de livre nomeação e exoneração, não gera direitos subjetivos, salvo exceções previstas em lei.

15 Ressalta-se que parte do tema tratado na presente consulta (concessão de gratificação adicional aos servidores ocupantes de cargo comissionado) foi objeto de exame nesta Casa, conforme o Acórdão AC n.0006/11,

conforme informação prestada pela Divisão de Documentação e Biblioteca, através do Despacho n. 79/2012, conforme segue (fls. 10/12):

AC-CON nº 00006-11 – Câmara Municipal de Caçu

EMENTA: Concessão de vantagens a servidores ocupantes de cargos em comissão em razão do tempo de serviço prestado. Impossibilidade em face da incompatibilidade com a natureza de ocupação transitória do cargo. Comissionado. Adicional por tempo de serviço. DATA: 16.03.2011.

16. A discussão da matéria versada na consulta acima citada diz respeito à possibilidade de concessão de adicional por tempo de serviço a servidores ocupantes de cargo de provimento em comissão, com fundamento legal no previsto no art. 190 da Lei n.994/94 do Município de Caçu, que assim dispõe:

Art. 190 – Quando o comissionado permanecer por 10(dez) anos ininterruptos no mesmo cargo, terão os mesmos direitos e vantagens do cargo efetivo.

17. Observa-se que o dispositivo acima citado estendeu aos servidores ocupantes de cargo comissionado **todos os direitos e vantagens** dos servidores ocupante de cargo efetivo, incluindo, portanto, nesse conjunto a gratificação de adicional de tempo de serviço.

18. Entretanto, esta Corte de Contas entendeu que a norma municipal não poderá ser aplicada por ser incompatível com o Texto Constitucional, portanto o servidor comissionado que permanecer por dez anos ininterruptos no mesmo cargo não tem as mesmas vantagens e direitos do ocupante do cargo efetivo.

19. Ressalta-se, no entanto que, atualmente, a instituição da gratificação de adicional por tempo de serviço aos servidores ocupantes de cargos comissionados, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, é juridicamente possível desde que mediante lei formal, “desde que haja previsão expressa no Estatuto dos Servidores Públicos, nos casos em que o ente adotar o regime jurídico estatutário”¹. É imprescindível, inclusive, que se observasse o princípio da isonomia entres os servidores nomeados em cargo em comissão e os efetivos, de modo que a

¹ TCE/MG, Consulta nº. 780.445, Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada

gratificação venha a incidir apenas sobre o vencimento base do cargo, como de regra já se faz em relação ao efetivo.

20. Retornando ao exame da matéria nos presentes autos, na leitura do art. 94 da Lei Complementar n.03/2010 do Município de Caldas Novas, observamos que a norma municipal resguardou somente aos **ocupantes de cargo efetivo**, ainda que investido em função ou cargo de confiança, o direito ao adicional por tempo de serviço, até o limite de 7(sete) quinquênios.

21. Destarte, do relato supra, conclui-se que Lei Complementar Municipal n. 03/2010 do Município de Caldas Novas, não contemplou o direito a gratificação por tempo de serviço aos servidores ocupantes de cargo em comissão, livre nomeação e exoneração.

22. É o Relatório

23. Diante do exposto, amparado na fundamentação supra, e corroborando parcialmente com a manifestação do Ministério Público de Contas e com a Secretaria de Atos de Pessoa, e nos termos do artigo 85, § 1º da Lei nº 15.958/2007, com redação acrescida pela Lei nº 17.288/2011, artigo 83 do Regimento Interno, regulamentado pela Resolução Administrativa nº 232/2011, e em conformidade com a Portaria nº 557/2011 que disciplina a aplicação do inciso IV do artigo 6º da referida Resolução Administrativa nº 232/2011, propõe:

23.1 Conhecer da presente consulta uma vez foram preenchidos os pressupostos legais previstos no art. 31 da Lei nº 15.958/2007 Tribunal e no art. 199 do seu Regimento Interno.

23.2. Responder ao Consulente, em decorrência do enfrentamento do mérito, nos seguintes termos:

23.2.1. Os servidores que foram contemplados pela estabilidade no serviço público nos termos do art. 19 do ADCT tem direito à percepção do quinquênio, tendo em vista que a referida vantagem é concedida em razão do tempo de serviço prestado à Administração, ressaltando-se que não se trata de cargo

comissionado;

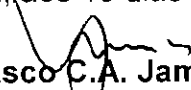
23.2.2. Prejudicado pelo item anterior;

23.2.3. Nos termos do art. 94 da Lei Complementar n.003/2010 do Município de Caldas Novas os servidores ocupantes de cargos comissionados não fazem jus ao pagamento de adicional por tempo de serviço – quinquênio

23.2.4. Afronta o princípio da isonomia o pagamento de adicional por tempo de serviço ao servidor comissionado (havendo previsão legal) e o não pagamento ao servidor com estabilidade pelo art. 19 do ADCT, se atendidos por ambos os requisitos para tal percepção.

É a proposta.

Gabinete do Conselheiro Substituto Vasco C.A. Jambo, Tribunal de Contas dos Municípios, em Goiânia, aos 15 dias do mês de outubro de 2012.


Vasco C.A. Jambo
Conselheiro Substituto

ⁱ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 15 ed. atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2010.

ⁱⁱ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23 ed. ver., ampl. e atualizada até 31.12.2009 – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.