

REPRESENTAÇÃO 1031632

Representante: Fernando Henrique Guimarães
Representada: Prefeitura Municipal de Abaeté
Responsável: Armando Greco Filho
Procurador: Nivaldo Ferreira da Cruz, OAB/MG 72.344
MPTC: Cristina Andrade Melo
RELATOR: CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO

EMENTA

REPRESENTAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. CONCESSÃO DE GRATIFICAÇÃO PECUNIÁRIA A SERVIDORES POR PORTARIA. ILEGALIDADE. APLICAÇÃO DE MULTA AO RESPONSÁVEL. GRATIFICAÇÃO A CARGO COMISSIONADO. IMPOSSIBILIDADE. DETERMINAÇÕES AO GESTOR. PROCEDÊNCIA.

1. A concessão de gratificação aos servidores públicos deve ser estabelecida através de lei, com critérios objetivos.
2. Não é permitida a concessão de gratificação a servidores detentores de cargos comissionados, pois a própria natureza do cargo já pressupõe maior complexidade.

Primeira Câmara

25ª Sessão Ordinária – 13/08/2019

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Representação formulada por Fernando Henrique Guimarães, Vereador do Município de Abaeté, protocolizada neste Tribunal em 17/10/2017, sob o n. 2973310/2017, com pedido de liminar, por meio da qual noticia possíveis irregularidades no pagamento de gratificação pecuniária a servidores da Prefeitura Municipal de Abaeté, concedidas pelas Portarias números 004/2017, 005/2017, 006/2017, 008/2017, 030/2017, 043/2017, 063/2017 e 064/2017, expedidas pelo Prefeito Armando Greco Filho.

Após a manifestação da Unidade Técnica, às fls. 41/47, a então Relatora determinou, com fundamento no § 2º do art. 95 e no inciso III do art. 96, ambos da Lei Orgânica deste Tribunal, em caráter cautelar, a sustação da Portaria nº 06/2017 expedida pelo Prefeito do Município de Abaeté, Sr. Armando Greco Filho, e sua intimação para que apresentasse cópia do comprovante de publicação de sustação daquela portaria, cópia da lei de criação dos cargos de provimento em comissão e funções gratificadas, com a discriminação da carga horária, vencimento, escolaridade e atribuições dos respectivos cargos; cópia do último contracheque recebido pelos servidores Ângela Vieira Dantas, Elda Maria da Cunha, Gilmar José de Oliveira, Maria Rita da Cruz Noronha, Simone Alves de Sousa Oliveira e Valdirene Aparecida Silva, no exercício das funções dos cargos efetivos dos quais são titulares, devendo constar do contracheque a gratificação referente ao cargo de Técnico de Enfermagem; e, ainda, cópia dos documentos de

nomeação e posse de todos os servidores nomeados e designados para os cargos em comissão e designados para funções gratificadas.

Devidamente intimado, o Prefeito de Abaeté informou a sustação da Portaria n. 06/2017 por meio da Portaria n. 028/2018 (fl. 61/62).

Ato contínuo, a decisão monocrática proferida pela então Relatora foi referendada em sessão da Primeira Câmara de 20/03/2018 (fls. 69/73).

O Prefeito do Município de Abaeté também encaminhou a documentação juntada às fls. 74/356, e às fls. 364/372, foi juntada a documentação encaminhada pelo Representante, Vereador Fernando Henrique Guimarães.

A Unidade Técnica examinou toda a documentação apresentada (fls. 274/373) e sugeriu (fls. 374/382) que fosse determinada a revogação das Portarias números 004/2017, 005/2017, 006/2017, 008/2017, 030/2017, 043/2017 e 063/2017.

O Ministério Público junto ao Tribunal, em manifestação preliminar às fls. 385/390-v, requereu que fosse determinada, cautelarmente, “a suspensão do pagamento das gratificações com fundamento na revogada Lei Municipal 1.550/97 art. 3º, que alterou a Lei 1.172/89” e a citação do Prefeito de Abaeté para, querendo, apresentar defesa em face das irregularidades apontadas pela Unidade Técnica às fls. 374/382, bem como no parecer ministerial, juntando às fls. 391/425, cópia da Lei n. 1.660/97 (fls. 391/414) e da Lei Complementar n. 021/2005 (fls. 415/425), ambas do Município de Abaeté.

Às fls. 426/427, em decisão monocrática determinei a intimação do Chefe do Poder Executivo de Abaeté para que fosse sustada, de imediato, as portarias 04/2017, 05/2017, 06/2017, 08/2017, 30/2017, 43/2017 e 63/2017, bem como, fosse sustado o pagamento de qualquer gratificação com fundamento na Lei Municipal 1.550/1997, que alterou a Lei nº 1.172/1989. Determinei, também, sua citação para que apresentasse defesa acerca dos apontamentos feitos pela Unidade Técnica e parecer do Ministério Público.

Ato contínuo, aquela decisão monocrática foi referendada na sessão Primeira Câmara de 16/10/2018 (fls. 436/438).

Devidamente intimado e citado, o Prefeito de Abaeté informou a suspensão, até decisão final desta Corte sobre a questão, das Portarias n. 04/2017, 05/2017, 08/2017, 30/2017, 43/2017, 63/2017, 16/2018, 18/2018 e 77/2018, por meio da Portaria n. 97/2018 (fl. 441), e prestou esclarecimentos sobre os apontamentos da Unidade Técnica (fls. 442/455), alegando ser o município dotado de autonomia política, autonomia administrativa e organizacional, conforme art. 18 da CR, que inclui a possibilidade de concessão de vantagens e benefícios a seus servidores e apresentou documentação de fls. 456/495.

Em sede de reexame, a Unidade Técnica manifestou-se às fls. 498/501 concluindo pela permanência de irregularidades, no passo em que fora utilizada de forma inadequada portarias para fixação de remuneração, o que só é permitido através de lei, bem como, constatou que ficou caracterizado o desvio de função e a concessão de gratificações a ocupantes de cargo em comissão.

Posteriormente, às fls. 506/507, o Prefeito Municipal solicitou a suspensão do processo pelo prazo de 120 dias, para apresentação de projeto de lei referente às gratificações dos servidores do município de Abaeté e apreciação por parte da Câmara Municipal.

O Ministério Público junto ao Tribunal opinou, às fls. 510/516, pela procedência da representação em virtude da irregularidade das gratificações estabelecidas através de portarias, bem como pela imposição de multa ao Prefeito, nos termos do disposto no inciso II do art. 85 da Lei Complementar Estadual n. 102/2008. Sugeriu, ainda, seja dado prazo para revogação das portarias.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Da ilegalidade das portarias que concederam gratificações aos servidores públicos do Município de Abaeté

Inicialmente, conforme abordado pela Unidade Técnica, as alegações de defesa apresentadas pelo Prefeito de Abaeté em nada alteram os apontamentos já feitos, permanecendo intactas as irregularidades já expostas nos autos, tais como: utilização inadequada de portarias para fixação de remuneração; desvio de função; concessão de gratificação a ocupantes de cargo em comissão, conforme constou do judicioso voto da então relatora Conselheira Adriene Andrade, fls. 50/54, quando da concessão de liminar para sustação da Portaria nº 06/17, que aqui transcrevo, no essencial, visto que inexistem nos autos elementos para modificá-la:

Analisando o conteúdo das Portarias que concederam gratificação aos servidores da Prefeitura de Abaeté, destaco que, de fato, como informou a Unidade Técnica, todas estão fundamentadas nos incisos VI, VIII e XIII do art. 72 c/c a alínea “a” do inciso I do art. 98 da Lei Orgânica do Município e também no art. 3º da Lei n. 1.550/1997, que tratam das competências do Prefeito do Município e da necessidade de observância de determinados requisitos para a expedição de normas.

A **Portaria nº 004/2017** concedeu gratificações, em percentuais diferenciados, a 06 (seis) servidores, em razão do exercício de cargos e/ou funções com maior grau de complexidade, de “Coordenadoria Administrativa do PAM – Pronto Atendimento Médico”, “Coordenadoria Administrativa da Policlínica Derly da Cunha Pereira”, de “Secretário da Junta de Serviço Militar” e de membros da “Comissão Permanente de Licitação”

Já as **Portarias nºs 005/2017, 008/2017 e 043/2017** concederam gratificações, em percentuais diferenciados, a 39 (trinta e nove) servidores ocupantes de cargos efetivos e ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, em razão do desempenho de “funções que excedem as funções normais do seu cargo, caracterizando-se como função de maior complexidade e responsabilidade”

Constato a ausência de critérios objetivos para a fixação dos percentuais referentes aos cargos e/ou funções para os quais os servidores foram nomeados/designados, com fundamento no art. 3º da Lei n. 1.550/1997, *in verbis*:

Art. 3º- Ao servidor ocupante de cargo em comissão, ou servidor designado para responder por função de maior complexidade ou confiança, poderá o Prefeito Municipal conceder além do vencimento correspondente ao nível do cargo que está ocupando, uma gratificação de até 60% (sessenta por cento) sobre o seu nível de vencimento, cujo valor não será incorporado aos vencimentos do servidor.

Constato, também, aparente desvio de função em relação ao exercício das atividades de Técnico de Enfermagem por servidores ocupantes dos cargos de Auxiliar de Enfermagem e Auxiliar de Saúde I, considerando que as atividades de Técnico de Enfermagem não se enquadram como de direção, chefia e assessoramento, capazes de justificar a percepção da

gratificação prevista no art. 3º da Portaria n. 006/2017, embora sejam atividades de maior complexidade e os servidores designados possuam habilitação para o seu exercício (...)

Desse modo, a análise perfunctória dos fatos demonstra que: (i) aos servidores efetivos do Município de Abaeté foram atribuídas gratificações decorrentes do exercício de funções que exorbitam das funções ordinárias do cargo efetivo ocupado, em razão de maior grau de complexidade e responsabilidade, sem o delineamento necessário dos critérios e parâmetros dessas atividades; (ii) não foram estabelecidas diretrizes objetivas para a fixação dos percentuais das gratificações concedidas a esses servidores; (iii) foram igualmente concedidas gratificações a servidores ocupantes exclusivamente de cargo de provimento em comissão, para o exercício de atividades com maior grau de complexidade e responsabilidade, sem considerar que os cargos de confiança, por si só, destinam-se ao exercício de atividades com maior grau de complexidade, já que são reservados às atribuições de direção, chefia ou assessoramento, nos termos do inciso V do art. 37 da Constituição da República e, por fim, (iv) foram concedidas gratificações correspondentes à diferença entre o vencimento básico do cargo efetivo ocupado e o vencimento do cargo efetivo de Técnico de Enfermagem, cujas atividades os servidores passaram a exercer, caracterizando, *prima facie*, a ocorrência de desvio de função.

Constato, pois, em tais procedimentos, afronta aos princípios da Administração Pública, em especial os da legalidade, impessoalidade e moralidade, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

Cumpra registrar que a instituição de cargos e funções de confiança não é pautada somente no vínculo de fidúcia, mas na imprescindível conexão lógica com o objetivo da comissão ou do assessoramento.

A ausência de critérios objetivos na definição das atividades a serem desempenhadas pelos servidores nomeados para os cargos em comissão ou designados para funções gratificadas, bem como dos percentuais das gratificações concedidas impede a avaliação deste Tribunal quanto à legalidade da concessão dessas gratificações nos percentuais fixados.

Como diz Márcio Cammarosano, não é qualquer conjunto de atividades que reclama o provimento comissionado:

(...) mas apenas aqueles que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos seus titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior.¹

Quanto ao desvio de função, o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, na obra Manual de Direito Administrativo², assevera que é ilegítimo e deve ser coibido nos órgãos ou entidades públicas, além de poder ensejar a punição da autoridade administrativa responsável pela sua prática, nos termos transcritos a seguir:

O cargo, ao ser criado, já pressupõe as funções que lhe são atribuídas. Não pode ser instituído cargo com funções aleatórias ou indefinidas: é a prévia indicação das funções que confere garantia ao servidor e ao Poder Público. Por tal motivo, é

¹ CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1984, p. 95.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 612.

ilegítimo o denominado desvio de função, fato habitualmente encontrado nos órgãos administrativos, que consiste no exercício, pelo servidor, de funções relativas a outro cargo, que não o que ocupa efetivamente. Cuida-se de uma **corruptela** no sistema de cargos e funções que precisa ser coibida, para evitar falsas expectativas do servidor e a instauração de litígios com o escopo de permitir a alteração da titularidade do cargo. Na verdade, o desvio de função não se convalida, a não ser em situações excepcionais autorizadas em lei, mas o servidor deve ser indenizado, quando couber, pelo exercício das funções do outro cargo, e a **autoridade administrativa deve ser responsabilizada pela anomalia, inclusive porque retrata improbidade administrativa.** (Grifos nossos.)

O STJ, em Recurso no Mandado de Segurança nº 37.248-SP, com base na doutrina de José Maria Pinheiro Madeira, manifestou-se pela ilegalidade do desvio de função, ressaltando que sua adoção é inadmissível, ainda que a entidade pública estiver com carência de servidores. A título de elucidação, transcrevo excerto do voto do Relator, Ministro Mauro Campbell Marques, aprovado por unanimidade pela Segunda Turma na sessão de 27/8/2013:

Apenas em circunstâncias excepcionais previstas em lei poderá o servidor público desempenhar atividade diversa daquela pertinente ao seu cargo.

Quanto ao tema em discussão nos autos, merece menção a lição de José Maria Pinheiro Madeira, *verbis*:

"Embora a movimentação de servidor esteja inserida no âmbito do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, é certo que os direitos e deveres são aqueles inerentes ao cargo para o qual foi investido. Assim, mesmo levando em conta o número insuficiente de servidores, não é admissível que o mesmo exerça atribuições de um cargo tendo sido nomeado para outro, para o qual fora aprovado por concurso público.

(...)"

(José Maria Pinheiro Madeira in *Servidor Público na Atualidade*, 8ª Edição Atualizada, Editora Elsevier, Rio de Janeiro, 2010, página 76)

Assim, apesar da alegação do ente público recorrido, referente ao número insuficiente de servidores lotados na Contadoria Judicial, não é admissível que o recorrente exerça atribuições de um cargo tendo sido nomeado para outro, para o qual fora aprovado por concurso público. Dessa forma, o recorrente tem direito ao retorno para o cargo para o qual fora originariamente nomeado.

Por fim, destaco que o CNJ, no Procedimento de Controle Administrativo nº 0005631-95.2013.2.00.0000, ao analisar eventuais desvios de função de servidores do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, considerou o desvio funcional como ilícito administrativo, por violar os princípios norteadores da Administração Pública, em especial o da legalidade, o da moralidade e o da exigência de concurso público. Nesses termos, transcrevo excerto do voto da Relatora, Conselheira Deborah Ciocci, aprovado por unanimidade na sessão de 6/5/2014:

O desvio de função é ato atentatório ao princípio da legalidade, pois sua configuração provoca efeitos deletérios para a administração pública, notadamente com violação dos princípios da moralidade administrativa e da eficiência. Pode, ainda, provocar enriquecimento ilícito para o Estado.

(...)

Por tais razões, os Tribunais pátrios consideram o desvio funcional como ilícito administrativo:

Ementa: Administrativo. Desvio de Função. Enquadramento. O desvio de função é um ilícito administrativo. Admitir o enquadramento com base no desvio de função seria afrontar o princípio da legalidade, atribuindo direito em decorrência de ato ilícito praticado pelo administrador. (TRF 5ª Região - AC n. 66107-PE, Rel. Juiz Francisco Falcão, DJU de 17.02.95, pág. 7289)

(...)

Assim, ao desrespeitar, entre outros, os princípios da moralidade, da legalidade e da exigência constitucional do concurso público, o desvio de função ora em análise pode importar na prática de ato de improbidade administrativa prescrito no art. 11, *caput* e inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92). Por tais razões, deve o agente público, aquele responsável pela prática de tais atos, ficar ciente de sua possível sujeição à aplicação, isolada ou cumulativamente, das sanções cabíveis.

Percebe-se que o desvio funcional é ação deletéria para a administração dos Tribunais, pois viola importantes princípios constitucionais de natureza administrativa e sujeita o Estado a indenizar o servidor pelas diferenças remuneratórias, razão pela qual deve ser foco de especial reprimenda de maneira que possa ser refreado.

Em relação à Portaria nº 004/2017, em que pese os argumentos de defesa apresentados pelo gestor, de que o município possui legislação específica sobre a concessão de gratificação a servidores que exercem funções que exorbitem as complexidades contidas nas atribuições do cargo, há de se ressaltar que a lei deve, além de prever o percentual da gratificação, estabelecer os requisitos necessários para a obtenção da vantagem, de forma clara e objetiva, sob pena de se infringir os princípios que regem a Administração Pública, notadamente os da impessoalidade e da moralidade.

A delegação de poder ao Chefe do Executivo, para fixar os valores da gratificação, dentro dos limites estabelecido na Lei Municipal nº 1.500/97 valores esses distintos para servidores que desempenham função assemelhadas, ofende, também, o princípio da legalidade estrita e da impessoalidade.

Em relação às demais portarias, ficou claro que não houve a comprovação de razões peculiares que ensejassem o pagamento de aludidas gratificações, ficando seu critério à discricionariedade do gestor e atrelada a atividades de chefia, direção ou assessoramento.

Além disso, não houve embasamento legal para a concessão de aludidas gratificações, uma vez que a legislação em que se fundamentaram.

Sendo assim, constata-se a ilegalidade na concessão das gratificações, no passo em que estas foram concedidas sem critérios objetivos e para servidores que não faziam jus a tal gratificação.

Irregularidade de pagamento de gratificação com fundamento na Lei Municipal n. 1.550/1997, que alterou a Lei n. 1.172/1989.

Quando da análise da documentação apresentada, determinei a suspensão de pagamento de qualquer gratificação que tivesse como fundamento a Lei Municipal 1.550/1997, que alterou a Lei n. 1.172/1989³.

Conforme apontado pelo Ministério Público, em seu parecer de fls. 510/516, com a publicação da Lei 1.660/1997 (Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Abaeté) e da Lei Complementar 21/2005 (dispõe sobre a organização, a estrutura orgânica, quadro dos servidores, cria cargos e fixa vencimentos na Administração), houve a revogação tácita das leis em comento, uma vez que a nova legislação regulamentou toda a matéria que era tratada pela legislação anterior.

Sendo assim, é imperioso que o Município de Abaeté edite nova legislação, na qual trate de forma objetiva os critérios para a concessão de gratificação, observando os princípios da isonomia e da impessoalidade.

Quanto ao prazo de 120 (cento e vinte) dias solicitado às fls. 506/507, deixo de analisar o pedido, tendo em vista o decurso do prazo solicitado, sem que houvesse qualquer petição juntada aos autos informando o envio ou aprovação do aludido projeto de lei.

III – CONCLUSÃO

Face ao exposto, julgo procedente a Representação e aplico multa de R\$1.500,00 (hum mil e quinhentos reais) ao Prefeito do Município de Abaeté, Armando Greco Filho, em face das irregularidades apontadas na concessão de gratificação aos servidores do município, em afronta ao art. 37, *caput*, e inciso X, com amparo nos arts. 83, I, c/c art. 85, inciso II, ambos da Lei Complementar Estadual 102/08.

Determino sejam revogadas todas as portarias que estipularam gratificação aos servidores, seja com base na Lei nº 1550/1997, seja por discricionariedade do gestor, sendo elas: 04/2017; 05/2017; 06/2017; 08/2017; 30/2017; 43/2017; 63/2017; 64/2017; 16/2018; 18/2018 e 77/2018, devendo ser comprovada a revogação, no prazo de 30 (trinta) dias corridos.

Caso seja de interesse do município a fixação de gratificação aos servidores do município, deve o Prefeito de Abaeté editar nova legislação, na qual trate de forma objetiva os critérios para a concessão de gratificação, observando os princípios da isonomia e da impessoalidade.

Por fim, deve o gestor municipal, ser advertido de que o não cumprimento das determinações deste Acórdão poderá ensejar aplicação de multa, com fundamento no art. 85, inciso II, da Lei Complementar 102/2008.

Cumpridas as determinações regimentais, arquivem-se os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** julgar procedente a Representação e aplicar multa de

³ Referendada pelo colegiado da Primeira Câmara na Sessão do dia 20/03/2018.

R\$1.500,00 (hum mil e quinhentos reais) ao Prefeito do Município de Abaeté, Armando Greco Filho, em face das irregularidades apontadas na concessão de gratificação aos servidores do município, em afronta ao art. 37, *caput*, e inciso X, com amparo nos arts. 83, I, c/c art. 85, inciso II, ambos da Lei Complementar Estadual 102/08; **II**) determinar que sejam revogadas todas as portarias que estipularam gratificação aos servidores, seja com base na Lei nº 1550/1997, seja por discricionariedade do gestor, sendo elas: 04/2017; 05/2017; 06/2017; 08/2017; 30/2017; 43/2017; 63/2017; 64/2017; 16/2018; 18/2018 e 77/2018, devendo ser comprovada a revogação, no prazo de 30 (trinta) dias corridos; **III**) determinar que o Prefeito de Abaeté edite nova legislação, caso seja de interesse do município a fixação de gratificação aos servidores do município, na qual trate de forma objetiva os critérios para a concessão de gratificação, observando os princípios da isonomia e da impessoalidade; **IV**) advertir o gestor municipal de que o não cumprimento das determinações deste Acórdão poderá ensejar aplicação de multa, com fundamento no art. 85, inciso II, da Lei Complementar n. 102/2008; **V**) determinar, cumpridas as determinações regimentais, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Sebastião Helvecio e o Conselheiro Presidente José Alves Viana.

Presente à sessão a Procuradora Maria Cecília Borges.

Plenário Governador Milton Campos, 13 de agosto de 2019.

JOSÉ ALVES VIANA
Presidente

DURVAL ÂNGELO
Relator

(assinado digitalmente)

rp/ms

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ____/____/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ____/____/____.

**Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência**