



Publicado no D, O, E,
Em, 03/09/2010 Ao

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC nO 01.655/10

Secretari *[assinatura]*
do Tribunal Pleno

Consulta. Formulada pelo Prefeito do Município de Baraúna acerca de direitos do servidor aprovado em concurs- público. Resposta nos termos do Relatório da Divisão de Auditoria da Gestão de Pessoas (DIGEP) desta Corte de Contas, com adendo do Relator.

PARECER PN TC 00010/2.010

Vistos, **relatados e discutidos** os presentes autos do Processo Te nO 01.655/10, que trata de CONSULTA formulada pelo Prefeito do Município de Baraúna, Sr. Alyson José da Silva Azevedo, acerca dos seguintes pontos:

- 1) possibilidade de servidor admitido no cargo de Assistente de Ensino, pertencente à Secretaria de Educação, em vista a extinção do cargo, poder prestar serviços em outra secretaria;
- 2) possibilidade de servidores ocupantes do mesmo cargo receber gratificações diferenciadas;
- 3) pagamento de salário-família a dois servidores (esposo e esposa), referente a filhos comuns;
- 4) pagamento de insalubridade e gratificações por serviços extraordinários, durante o gozo de férias;

Considerando que a Consulta foi encaminhada por autoridade competente, em 23/04/2.009, através do Doc. TC nO 06.544/09;

Considerando que, de acordo com os arts. 2º e 3º da Resolução Normativa RN TC nO 02/05 o documento apresentado preenche os requisitos necessários à sua admissibilidade;

Considerando que o Órgão Técnico de Instrução analisou a matéria através da Divisão de Auditoria da Gestão de Pessoas (DIGEP) desta Corte de Contas, fls. 04/12, emitindo Relatório circunstanciado sobre o assunto;

Considerando que a Consultoria Jurídica (O-ADM) deste TCE-PB, em manifestação constante à fl. 14, concluiu que o relatório produzido pela DIGEP, responde aos questionamentos apresentados pelo consulente;

Considerando o Relatório da DIGEP, a manifestação da O-ADM, o Parecer oral do Ministério Público Especial, o voto do Relator e o mais que dos autos



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC nº 01.655/10

Decidem os membros integrantes do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, à unanimidade de votos, em sessão plenária realizada nesta data, **CONHECER** da Consulta anteriormente caracterizada e, no mérito, respondê-la nos termos do relatório da Divisão de Auditoria da Gestão de Pessoas (DIGEP), fls. 04/12, cuja cópia é parte integrante deste parecer e deve ser enviada ao consultente, ressaltando, porém, que na hipótese do regime jurídico dos servidores municipais ser o da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) eventuais pagamentos por serviços extraordinários ocorridos no período aquisitivo de férias deverão ser computados, pela média mensal, para efeito do valor a ser pago a título de férias, inclusive no tocante ao 1/3 (um terço) constitucional..

Presente ao julgamento o Exmo. Sr. Procurador Geral junto ao TCE/PB

Publique-se, intime-se e registre-se.

Sala de Sessões do TCE-PB - Plenário Min. João Ayril (no, 31 de março de 2010.

Conselheiro Antônio Nominando Diniz Filho
Presidente

Conselheiro Flávio Sávio Fernandes

Conselheiro Arnóbio Alves Viana

Conselheiro Fernando Rodrigues Catão

Conselheiro Fábio Túlib Filgueiras Nogueira

Conselheiro Umberto Silveira Porto
Relator

Marcílio Toscano Franca Filho
Procurador Geral do Ministério Público junto ao TCEjPB



DIRETORIA DE AUDITORIA E FISCALIZAÇÃO-DIAFI
DEPTO DE AUDITORIA DE ATOS DE PESSOAL E GESTÃO PREVIDENCIÁRIA - DEAPG
DIVISÃO DE AUDITORIA DA GESTÃO DE PESSOAL - DIGEP

DOC. TC Nº	06544/09
UNIDADE GESTORA:	PREFEITURA MUNICIPAL DE BARAÚNA - PB
ASSUNTO:	CONSULTA: - Extinção de cargo e reaproveitamento de servidor - Insalubridade, Salário Família e Hora Extra

RELATÓRIO

1. Considerações iniciais

A matéria tratada nos presentes autos versa sobre a Consulta formulada pelo Prefeito do Município de Baraúna, Sr. **ALYSON JOSÉ DA SILVA AZEVEDO**, acerca de:

1. possibilidade de servidor admitido no cargo de Assistente de Ensino, pertencente a Secretaria de Educação, tendo em vista a extinção do cargo, poder prestar serviços em outra secretaria;
2. possibilidade de servidores ocupantes do mesmo cargo receber gratificações diferenciadas;
3. pagamento do salário-família a dois servidores (esposo e esposa), referente aos filhos em comum;
4. não pagamento de insalubridade e gratificação por serviços extraordinários, durante o período de gozo das férias.

2. Entendimento técnico

2.1 Admissibilidade

A resposta às consultas formuladas pelas autoridades competentes está prevista na Lei Complementar nº 18/93¹. Lei Orgânica do Tribunal de Contas, enquanto que a

¹Art. 10 Ao Tribunal de Contas do Estado, órgão de controle externo, compete, nos termos das Constituições Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta lei:

(...)



regulamentação quanto à tramitação dos processos de consulta, encontra-se estabelecida na Resolução RN Te N° 02105 que dispõe em seu artigo 3º2, entre outras formalidades, que a consulta deverá versar sobre a interpretação da lei ou questão formulada em tese.

Desse modo, a auditoria entende que os requisitos e formalidades impostos pela resolução retromencionada (Art. 2º e 3º) foram cumpridos pela Consulente, razão pela qual, a presente consulta deve ser recebida e respondida por esta Corte de Contas, nos termos a seguir expostos.

2.2 Exercício em cargo diverso daquele para o qual foi admitido

O Professor Diógenes Gasparini³ afirmava que "a criação de cargo significa sua institucionalização, com denominação própria, quantidade certa, atribuições e correspondente estipêndio".

Pelo conceito retromencionado, observa-se que o cargo público representa exatamente um conjunto de atribuições que devem ser desempenhadas pelo agente público, caracterizando-se como o principal requisito para definição da sua natureza jurídica, não importando a nomenclatura. Sendo assim, ao ser admitido, o servidor deverá desempenhar as atribuições inerentes ao cargo para o qual foi admitido, sob pena de desvio de função.

Acontece que há momentos em que um determinado cargo não mais interessa a administração pública, acarretando em sua extinção, o que torna necessário considerar alguns aspectos legais para tomada de providências quanto aos seus ocupantes (servidor), haja vista que o cargo, para o qual foi admitido, não existe na estrutura administrativa do ente ou órgão público.

Quando se trata de cargo de livre provimento (cargos em comissão), não há maiores problemas a serem enfrentados, uma vez que os seus ocupantes não são detentores da estabilidade, sendo, portanto, simplesmente exonerados. No entanto, em relação aos cargos de natureza efetiva, cujos titulares foram nomeados em virtude de concurso público, portanto, sujeitos a estabilidade após três anos de efetivo exercício, nos termos do comando inserido no

IX - responder a consultas formuladas por autoridades competentes, versando sobre dúvidas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de competência do Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno.

2Art. 3º - A consulta deverá revestir-se das seguintes formalidades:

I. referir-se à matéria de competência do Tribunal;

II. versar sobre a interpretação da lei ou questão formulada em tese;

III. ser subscrita por autoridade competente;

IV. conter indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada;

V. ser instruída com parecer de assessoria jurídica do órgão ou entidade consulente, se existente

3GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 265.



artigo 41⁴ da Constituição da República, a questão não se toma tão simples, haja vista que esses servidores, quando estáveis, somente poderão perder o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, processo administrativo, assegurada a ampla defesa ou por insuficiência de desempenho, mediante avaliação periódica, necessitando, neste caso, de lei complementar para disciplinar a matéria, o que ainda não existe.

Dessa forma, considerando a condição de estabilidade dos servidores, o legislador constituinte disciplinou a situação a ser enfrentada em relação aos ocupantes dos cargos extintos, dispondo que os mesmos ficarão em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

Assim, verifica-se que, diante da impossibilidade de exoneração dos servidores, tendo em vista a estabilidade, a providência que melhor atende aos interesses da administração é o aproveitamento do servidor em outro cargo, uma vez que a disponibilidade permitirá que o servidor continue recebendo sua remuneração, mesmo que proporcional, porém, sem a contraprestação dos serviços.

No entanto, é importante ressaltar que os servidores não poderão ser aproveitados em qualquer cargo, sendo necessário que entre o cargo extinto e aquele para o qual o servidor foi aproveitado, haja semelhança, ou seja, nível de escolaridade, atribuições, remuneração, etc, sob pena de configurar provimento de cargo sem concurso público, vedado pela Constituição da República.

No mesmo sentido a jurisprudência, conforme consta no fragmento transcrito abaixo:

"Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

IH - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

§ 2º Invalídada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)



DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO DO EXTINTO INSTITUTO BRASILEIRO DO CAFÉ. INSPETOR DE CAFÉ. ENQUADRAMENTO COMO AUDITOR FISCAL DO TESOURO NACIONAL.. SIMILARIDADE DE ATRIBUIÇÕES. POSSIBILIDADE.

1 - O prazo de prescrição não pode ser contado a partir da vigência do Decreto n.474, de 10/03/92, mas sim a partir do ato de enquadramento dito correto, e dele, desse ato, não há prova nos autos. Alegação de prescrição rejeitada.

2 - Uma das formas de provimento de cargo público é o aproveitamento (artigo 8º, VII, da Lei n. 8.112/90), o qual obrigatoriamente se dá cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado, na dicção do artigo 30 da referida Lei. Por outro lado, o aproveitamento exige que haja compatibilidade entre o cargo anterior, e o a ser ocupado, mas não necessariamente total similitude.

(...) (TRF 2ª Região - Apelação Cível - Relator: Desembargador Federal Antônio Ivan Athiê - Julgamento em: 23/05/2005)

Sendo assim, não há óbice quanto, ao aproveitamento dos servidores que tiveram seus cargos extintos, desde que haja semelhança entre estes e os cargos para os quais serão aproveitados (atribuições, remuneração, escolaridade).

2.3 Gratificação diferenciada para ocupantes de cargos semelhantes

A remuneração dos servidores públicos, nos termos do artigo 37 da Constituição da República, somente poderá ser fixada ou alterada por lei específica.

Verifica-se ainda que todas as parcelas que compõem a remuneração (vencimento, gratificações e adicionais de natureza permanente), devem ser definidos em lei específica, a qual estabelecerá os requisitos para concessão. Tais requisitos podem ser estabelecidos em função da natureza do cargo, do local de trabalho, tempo de serviço, dentre outros.

No entanto, é importante ressaltar que essas parcelas podem ser concedidas de forma diferenciada a servidores que ocupam o mesmo cargo, desde que os critérios de discriminação sejam razoáveis, sob pena de afronta ao princípio da isonomia, o que somente poderá ser analisado quando do exame do caso concreto, tendo como base a lei que concedeu a referida parcela.

Art. 37 (...) X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998) (Regulamento)



2.4 Salário Família

O salário-família é um direito constitucional assegurado aos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, XII, CF/88), sendo estendido aos servidores públicos, nos termos do artigo 39, §3º da CF/88. Trata-se de um benefício previdenciário que será pago em razão dos dependentes dos servidores de baixa renda, nos termos da lei de cada ente.

A questão trazida pelo consulente versa sobre a possibilidade de servidores casados, ou seja, pai e mãe, receberem o mesmo benefício em razão dos filhos comuns.

Para os trabalhadores, sejam da iniciativa privada ou servidores públicos, vinculados ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS, administrado pelo Instituto Nacional de Seguro Social - INSS, o benefício encontra-se regulamentado pelo Decreto nº 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social).

Art. 82. O salário-família será pago mensalmente:

I - ao empregado, pela empresa, com o respectivo salário, e ao trabalhador avulso, pelo sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra, mediante convênio;

H - ao empregado e trabalhador avulso aposentados por invalidez ou em gozo de auxílio-doença, pelo Instituto Nacional do Seguro Social, juntamente com o benefício;

IH - ao trabalhador rural aposentado por idade aos sessenta anos, se do sexo masculino, ou cinquenta e cinco anos, se do sexo feminino, pelo Instituto Nacional do Seguro Social, juntamente com a aposentadoria; e

IV - aos demais empregados e trabalhadores avulsos aposentados aos sessenta e cinco anos de idade, se do sexo masculino, ou sessenta anos, se do sexo feminino, pelo Instituto Nacional do Seguro Social, juntamente com a aposentadoria.

§ 12 No caso do inciso I, quando o salário do empregado não for mensal, o salário-família será pago juntamente com o último pagamento relativo ao mês.

§ 22 O salário-família do trabalhador avulso independe do número de dias trabalhados no mês, devendo o seu pagamento corresponder ao valor integral da cota.

§ 3º Quando o pai e a mãe são segurados empregados ou trabalhadores avulsos, ambos têm direito ao salário-família.

§ 42 As cotas do salário-família, pagas pela empresa, deverão ser deduzidas quando do recolhimento das contribuições sobre a folha de salário.

A atualização dos valores referentes ao salário-família encontra-se definida na Portaria Interministerial MPS/MF Nº 350/2009 (DOU 31/12/2009), que dispõe sobre o salário mínimo e o reajuste dos demais benefícios pagos pelo INSS.

Dessa forma, observa-se que o servidor público, quando estiver vinculado ao RGPS, não há problema a ser enfrentado, uma vez que o benefício, nos termos do



regulamento acima, será assegurado ao pai e a mãe que se encontrem na condição de servidores de baixa renda, desde que cumpridos os demais requisitos.

Em relação aos servidores públicos vinculados a Regime Próprio de Previdência Social- RPPS, caberá a lei de cada ente regulamentar a concessão do salário-família.

Observe-se como é regulamentada a matéria em alguns diplomas legais de diversos entes:

Lei Complementar nº 68/92 - Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis do Estado de Rondônia, sendo expressa quanto ao direito de recebimento do benefício pelos cônjuges servidores:

Art. 61-A. Será devido o salário-família, mensalmente, ao segurado, na proporção do número de filhos ou equiparados, de qualquer condição, de até catorze anos de idade ou inválidos.

Art. 61-B. Quando pai e mãe forem segurados do Regime Próprio de Previdência do Estado, ambos terão direito ao salário-família.

Em relação à Lei nº 8112/90 - Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais, há previsão quanta a impossibilidade de pagamento aos cônjuges servidores, devendo o benefício ser pago ao pai ou a mãe:

Art. 199. Quando o pai e mãe forem servidores públicos e viverem em comum, o salário-família será pago a um deles; quando separados, será pago a um e outro, de acordo com a distribuição dos dependentes.

Quanto ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos do Estado da Paraíba - Lei Complementar nº 58/2003, assim dispõe sobre a concessão do benefício:

Art. 174 - O salário-família é devido ao servidor público de baixa renda, titular de cargo efetivo.

Parágrafo único - Para os efeitos desta Lei, compreende-se por servidor público de baixa renda aquele que se enquadra no limite de remuneração bruta previsto no art. 13, da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, com as modificações posteriores procedidas pelo regime geral de previdência social.

Art. 175 - O salário-família será devido ao servidor em função dos dependentes que lhe estejam afetos, compreendidos como tais filho menor de 14 (catorze) anos, pessoa da mesma idade a ele equiparado e, finalmente, inválido de qualquer idade, assim reconhecido pela perícia médica competente.



Verifica-se que não há previsão expressa quanto à vedação para concessão do benefício aos cônjuges servidores, o que leva a conclusão de que o salário-família é devido ao servidor que atende aos requisitos impostos por lei, independentemente de ser casado ou não com outro servidor que se encontre na mesma condição. A interpretação nesse sentido deve atender ao princípio de que a norma restritiva de direito deve ser interpretada restritivamente, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal no fragmento transcrito abaixo. Senão, veja-se:

Norma restritiva aplicável a sentenças, que não pode ser estendida à hipótese de embargos declaratórios opostos contra acórdão de turma recursal, apesar de os juizados especiais estarem alicerçados sobre o princípio da celeridade processual, cuja observância não deve implicar redução do prazo recursal.. 2. Embargos declaratórios opostos contra acórdão de turma recursal.. Efeito. Interrupção do prazo estabelecido para eventual recurso. Aplicação da regra prevista no Código de Processo Civil. Norma restritiva. Interpretação. As normas restritivas interpretam-se restritivamente. 3. Agravo regimental provido, para afastar a intempestividade prematuramente declarada pelo juízo "a quo", determinando-se a subida do recurso extraordinário, que somente deverá ocorrer após o transcurso do prazo concedido ao recorrido para apresentar contra-razões. (STF - Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 451078/RJ - Relator: Ministro Eros Grau - Publicado no Df em: 24/09/2004) (não grifado na origem)

2.5 Gratificação de insalubridade e gratificação por serviços extraordinários para servidores em gozo de férias

A consulta versa sobre a possibilidade de pagamento da gratificação de insalubridade e horas extraordinárias para servidores que se encontram em gozo de férias.

Inicialmente tem-se que as férias se constituem em um período de descanso referente a uma atividade laboral, ou seja, trata-se de uma interrupção das atividades laborais sem qualquer prejuízo da remuneração, uma vez que o período é considerado como de efetivo exercício para todos os fins de direito, conforme entendimento consubstanciado no fragmento transcrito abaixo do Tribunal Regional Federal da 53 Região (não grifado na origem):

(..)O auxílio alimentação, bem como o adicional noturno, de insalubridade e de periculosidade deverão ser pagos a todos os servidores ativos que estejam no efetivo exercício de suas funções, inclusive, nos afastamentos para férias, licença para capacitação ou tratamento de saúde, e nos demais afastamentos legais considerados como de efetivo exercício, conforme preceitua a Lei nº 8.112/90, artigo 102. Precedente do Teu. - Apelação e



remessa oficial improvidas.(TRF - 5ª Região - Apelação Cível nº 331656/CE - Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro (Substituto) - Órgão Julgador: Primeira Turma - Publicado no DJ em: 26/04/2004)

Quanto à insalubridade, trata-se de gratificação concedida em função do desempenho de atividades consideradas insalubres, ou seja, aquelas que expõem os trabalhadores a agentes nocivos à saúde, acima dos limites legais permitidos. Um determinado ambiente é considerado insalubre quando definido em norma, após perícia realizada por médico ou engenheiro do trabalho, que levará em consideração o tipo de atividade desenvolvida pelo trabalhador, jornada de trabalho, limites de tolerância, tempo de exposição, dentre outros.

Portanto, o requisito para recebimento da gratificação é o desempenho das atividades em ambientes insalubres, devendo ser extinto o pagamento apenas quando o servidor deixar de exercer atividades nestas condições. Assim sendo, considerando que o período de férias é considerado como de efetivo exercício, período em que o servidor fica a disposição do serviço público, não restam dúvidas de que a gratificação de insalubridade deve ser paga, mesmo quando do gozo de férias.

Em relação as horas extraordinárias, não há que se falar em remuneração quando não configurada a sobrejornada de trabalho, ou seja, quando os serviços não forem efetivamente prestados.

3. Conclusão

Sendo assim, pelos fatos e fundamentos expostos e, em resposta a consulta formulada, a auditoria, em síntese, conclui:

- 1: pela possibilidade de aproveitamento dos servidores que tiveram seus cargos extintos, desde que haja semelhança entre os cargos (atribuições, remuneração e escolaridade);
2. que as gratificações podem ser concedidas de forma diferenciada entre servidores ocupantes do mesmo cargo, desde que os critérios de discriminação, definidos em lei, não afrontem o princípio da isonomia;



3. quanto ao salário-família dos servidores vinculados ao RGPS, deve ser pago aos cônjuges servidores, desde que cumpridos os demais requisitos impostos pelo Decreto nº 3.048/99 (regulamento da previdência social);
4. quanto ao salário-família dos servidores vinculados a RPPS, deve-se observar a lei de cada ente;
5. pelo direito ao recebimento da gratificação de insalubridade quando o servidor estiver em gozo de férias;
6. pelo não pagamento das horas extraordinárias quando o servidor estiver em gozo de férias.

João Pessoa, 26 de fevereiro de 2010

ACP - Helton Moraes de Carvalho
Matrícula: 370.564-1

Encaminhe-se ao DEAPG

ACP - Fabiana Lusiana C. R. de Miranda
Chefe da DIGEP

Encaminhe-se à DIAFI

ACP - Hélio Carneiro Fernandes
Chefe do DEAPG

Ao GAPRE com pronunciamento do(a)

12U~L

Em db 10; (1to

F~CiSC~rreto Filho
Diretor de Auditoria e Fiscalização