

Controvérsias Acerca da Interpretação do Artigo 39, §4º da Constituição Federal.

Mariana Carolina Lemes

Mestranda em Direitos Sociais Difusos e Coletivos pela UNISAL – Campus Lorena. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Taubaté (UNITAU). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Especialista em Direito Público pela Universidade de Taubaté (UNITAU).

Resumo.

A diversidade de interpretações procedidas do artigo 39, §4º da Constituição Federal, quanto à possibilidade ou não de pagamento de décimo terceiro salário e férias a detentores de mandato eletivo e secretários municipais, determinou a realização da presente investigação. Foi procedido um levantamento da jurisprudência e doutrina relevantes referentes ao tema, na esfera municipal, no intuito de que seja sistematizado o problema e alcançadas soluções para o litígio. A análise das posições existentes visa contribuir com o deslinde do problema colocado, esclarecendo acerca dos prejuízos decorrentes da ausência de consonância, dentre os quais se encontra a insegurança jurídica, contribuindo para a uniformização de um entendimento acerca da retribuição dos agentes políticos mencionados.

Palavras-chave: Remuneração; Mandato eletivo; Secretários municipais; Décimo terceiro salário e férias.

Abstract

The diversity of interpretations proceeded Article 39, § 4 of the Federal Constitution, as to whether or not payment of Christmas bonus and vacation to holders of elective office and municipal secretaries, led to the realization of this research. It was undertaken a survey of the relevant case law and doctrine on the subject, at the municipal level, in order that the problem is systematic and achieved solutions to the litigation. The analysis of existing positions aims to contribute to the demarcation of the problem posed, explaining about the damage caused by the absence of agreement, among which is the legal uncertainty, contributing to the standardization of an understanding of the consideration of political agents mentioned.

Keywords: Remuneration; Elective mandate; Municipal secretaries; Thirteenth salary and vacation.

Sumário.

Introdução. 1 Municípios brasileiros e a interpretação do artigo 39, §4º da Constituição Federal. 2 Remuneração devida aos titulares de mandato eletivo e secretários municipais. 3 Controvérsias quanto à remuneração de secretários municipais e detentores de mandato eletivo. 4 Posições jurisprudenciais e doutrinárias. 4.1 Tese do não-reconhecimento. 4.2 Tese da exigência de edição de lei autorizativa. 4.3 Tese de reconhecimento do direito de percepção do décimo terceiro e férias. 5 Insegurança jurídica. 6 Repercussão geral. Conclusões. Referências.

Introdução.

Dedica-se o presente artigo a investigar as diversas interpretações dadas pela doutrina e pela jurisprudência ao artigo 39, §4º da Constituição Federal.

Esclareça-se, inicialmente, que, conquanto a mencionada regra verse sobre o modo de apuração da remuneração devida aos membros de Poder, detentores de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais, o estudo dedicou-se especialmente à pesquisa dos casos atinentes aos detentores de mandato eletivo e secretários municipais.

A limitação da análise proposta se justifica pelo viés de investigação adotado; o municipal, pois é em atenção à realidade dos municípios brasileiros, que habitualmente são acionados judicialmente por detentores e ex-detentores de mandato eletivo e secretários e ex-secretários municipais que a questão se tornou objeto de preocupação.

É que todos os municípios ostentam um ou ambos em seus quadros e, não raramente, vêm-se pressionados pelos mesmos - ou acionados judicialmente - para o pagamento de décimo terceiro e férias, fato que vem resultando na edição de lei municipal para o deferimento das verbas controvertidas.

A questão passa a partir daí, à constitucionalidade de tais leis, à aferição de sua possível inconstitucionalidade. Diante da redação adotada pelo artigo 39, §4º da Constituição Federal, poderíamos, pois, afirmar que os detentores de mandato eletivo e/ou secretários municipais fazem jus ao recebimento de tais verbas?

Doutrina e jurisprudência embatem-se e a solução para esta questão parece não estar próxima. O problema agora bate até mesmo às portas do Supremo Tribunal Federal, que já declarou tratar-se o tema de questão de repercussão geral.

Diante de tal cenário, o que se buscou foi desatar este nó górdio, expondo os principais pensamentos acerca do tema, na intenção de que as conclusões deste trabalho sirvam como colaboração ao seu estudo e uniformização da matéria.

Isso porque, qualquer que seja o município, está ele comprometido com o pagamento de seus servidores públicos, sendo os gastos com folha de pagamento um dos principais custos das prefeituras, havendo estudos que apontam para o fato de algumas delas gastar quase 50% de sua receita com o pagamento de seus servidores.

Nesse diapasão, o presente estudo importa contribuição potencial para todos os municípios do território nacional, servindo como embasamento ou fonte de meditação para as gestões administrativas, pois visa colocar fim ao problema que atinge potencialmente todos os entes municipais.

A metodologia utilizada para a realização do projeto baseou-se na pesquisa de obras doutrinárias e jurisprudência dos tribunais, bem como na coleta de dados estatísticos.

O método documental lastreou-se, basicamente, na leitura do tema nas obras de autores consagrados, clássicos e contemporâneos, cuja consulta – pela importância da contribuição de seus autores – poderia ser reputada impositiva.

As ideias delineadas após tal etapa foram contrapostas então à jurisprudência de nossos tribunais, e as contribuições mais atuais foram cotejadas com vistas à formulação de conclusões.

1 Municípios brasileiros e a interpretação do artigo 39, §4º da Constituição Federal.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil conta, atualmente, com **5.564** municípios, sendo certo que, muitas dessas cidades podem estar vivenciando atualmente o dilema constituído pelo impasse na forma como se deve interpretar o artigo 39, §4º da Constituição Federal.

O estado-membro com maior número de municípios é o de Minas Gerais, com 853, seguido por São Paulo, com 645 municípios. Com o menor número de municípios aparecem

os estados do Amapá (16), Roraima (15) e, indicativamente, o Distrito Federal (1), devido à vedação de divisão deste em Municípios e à atribuição das competências reservadas a estes¹.

Mercê de disposição constitucional, o poder executivo municipal elabora anualmente proposta orçamentária que deve ser submetida à Câmara dos Vereadores. O orçamento é dividido em três peças de planejamento: o PPA (Plano Plurianual), a LDO (Lei de Diretrizes Orçamentárias) e a LOA (Lei Orçamentária Anual). São estas as leis municipais que determinarão os termos como deverão ser acionados os cofres públicos.

Todos os municípios encontram-se comprometidos com o pagamento de seus servidores públicos, sendo os gastos com folha de pagamento um dos principais custos das prefeituras. A má gestão do dinheiro público, aí incluída a sua utilização indevida, é motivo para a apuração de crime contra as finanças públicas, podendo resultar até mesmo na sua inelegibilidade.

Acresça-se a isso o fato de que, o gasto excessivo das verbas públicas, com o comprometimento do orçamento, também pode levar às mesmas conseqüências, além de constituírem-se ambas as hipóteses em prejuízo à coletividade, donde todo o interesse na questão.

2 Remuneração devida aos titulares de mandato eletivo e secretários municipais.

Uma vez que todos os municípios brasileiros contam com membros de Poder detentores de mandato eletivo em seus quadros, e, a ampla maioria destes possui secretários municipais, busca-se perquirir neste trabalho algumas das controvérsias referentes à remuneração destes agentes políticos.

É a Constituição Federal que dita os parâmetros a serem obedecidos para o cálculo do valor pagável a tais agentes, podendo a desobediência às regras contidas na lei fundamental acarretar a caracterização de crime de improbidade, inclusive.

Para a compreensão do modo como concebido o sistema retributivo sob comento, indispensável a leitura do artigo 39, § 4º da Constituição Federal, o qual reza o seguinte:

¹ “Art. 32 – O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição. §1º - Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios. (...)”

“O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI”.

Por sua vez, o artigo 37 dispõe em seus incisos X e XI o seguinte:

“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 privada em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”; (redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998) (Regulamento)

“XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos”; (redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003).

A remuneração dos membros de Poder, dos detentores de mandato eletivo, Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais deve dar-se, portanto, exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, mercê do texto expresso da Constituição, tendo a emenda Constitucional nº 19/1998 alterado o artigo 37, inciso X, cuja redação permite a fixação ou alteração do subsídio do artigo 39, desde que, por lei específica.

Ainda que expresso o texto de lei, a moldura constitucional estaria a abarcar distintas interpretações, donde a problemática posta a seguir.

3 Controvérsias quanto à remuneração de secretários municipais e detentores de mandato eletivo.

A controvérsia objeto de nossa análise é aquela pertinente à possibilidade ou não do pagamento de décimo terceiro salário (artigo 7º, VIII, CF) e terço constitucional

de férias (artigo 7º, XVII, CF) aos Secretários Municipais e aos detentores de Mandato Eletivo.

É que, nos termos do artigo 39, § 4º da Constituição Federal, transcrito acima, estes seriam *“remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI”* (g.n.).

Controvertem, porém, doutrina e jurisprudência quanto à interpretação a ser conferida à norma analisada, motivo pelo qual inúmeros municípios brasileiros têm sofrido com a grave insegurança jurídica decorrente do desencontro das decisões exaradas pelos Tribunais na matéria, conforme se verá a seguir.

4 Posições jurisprudenciais e doutrinárias.

Como se demonstrará, entendemos que existem basicamente três posições divergentes na jurisprudência quanto ao tema: (i) a primeira delas não reconhece o direito dos Secretários Municipais e detentores de Mandato Eletivo a receberem o décimo terceiro e férias, diante da vedação expressa do art. 39, § 4º da CF; (ii) a segunda, reconhece o direito dos Secretários Municipais e detentores de Mandato Eletivo a receberem o décimo terceiro e férias, desde que haja a edição de uma lei específica; e, por fim, (iii), a terceira, reconhece apenas o direito dos Secretários Municipais a receberem o décimo terceiro e férias de forma imediata e plena.

Para elucidação e melhor compreensão da questão – bem como com o escopo de explicitar a insegurança jurídica advinda do tema proposto – foram pesquisados os sítios dos tribunais na internet e em repertórios jurisprudenciais, tendo sido localizados julgados que correspondessem a cada uma das correntes denunciadas.

Passemos, pois, ao estudo separado de cada uma das posições acima.

4.1 Tese do não-reconhecimento

A primeira tese, que passaremos a denominar de *tese do não-reconhecimento* ao direito de percepção da gratificação natalina e do terço constitucional de férias pelos agentes políticos mencionados está representada pelos arestos que seguem:

DIREITO ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO - AGENTE POLÍTICO - FÉRIAS E 13º SALÁRIO - RECEBIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - PARCELA ÚNICA. **Consoante o disposto no §4º do art. 39 da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela EC 19 de 1998, os agentes políticos não fazem jus ao recebimento de adicionais e gratificações, uma vez que sua remuneração é paga em parcela única, denominada subsídio.** (Reexame necessário Cível nº 1.0153.04.036858-8/001. Rel. Manuel Saramago. j. 27 nov. 2008. DJ 10.02.2009). (g. n.) (Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2013).

O texto expresso do artigo 39, §4º é utilizado para a conclusão do aresto acima, expressão da tese do não-reconhecimento, de modo a asseverar que, o escopo da regra constitucional era garantir que, os agentes políticos não possuem qualquer direito ao recebimento de adicionais e gratificações.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SECRETÁRIO MUNICIPAL. PAGAMENTO DO DÉCIMO-TERCEIRO SUBSÍDIO E UM TERÇO DE FÉRIAS. AÇÃO PROCEDENTE. Tem decidido esta Corte, de forma majoritária, que são inconstitucionais as disposições legais que conferem o pagamento do décimo - terceiro subsídio e um terço de férias aos agentes políticos (Prefeitos, Vice-Prefeitos etc.), nos quais se incluem os Secretários Municipais. Deste modo, se mostram inconstitucionais os artigos 5º, 6º, e § único, da Lei nº 809/28, do Município de Passa Sete. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROCEDENTE, POR MAIORIA DE VOTOS.** (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70039935572, Tribunal Pleno, TJRS, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, j. em 28 fev. 2011) (g.n.) (Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2013).

Acolhida a tese do não-reconhecimento, o pagamento de décimo - terceiro e férias aos agentes políticos, detentores de mandato eletivo e secretários municipais, ainda que em virtude de lei editada com a finalidade de garantir tal vantagem, deve ser reputado inconstitucional, uma vez que, esta não poderia ir contra texto expresso da lei fundamental.

Nesse sentido, o excerto a seguir:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. CONCESSÃO DE DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO A AGENTES POLÍTICOS, DETENTORES DE MANDATOS ELETIVOS. EXPRESSA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. SUBSÍDIO. PAGAMENTO EM PARCELA ÚNICA. É inconstitucional a norma municipal que estabelece a seus agentes políticos, detentores de cargo eletivo, a percepção de décimo terceiro salário, uma vez que, nos termos do artigo 70, IV, da Constituição Estadual - o qual toma emprestado as mesmas diretrizes do artigo 39, § 4º, da Lex Matter -, são eles remunerados, exclusivamente, por subsídio em parcela única. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.** (TJGO, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 20599-85.2010.8.09.0000, Rel. DES. JOAO WALDECK FELIX DE SOUSA, CORTE ESPECIAL, julgado em

13/04/2011, DJe 819 de 16/05/2011) (g. n.) (Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2013).

Na decisão ostentada, é reforçado o argumento pelo não-reconhecimento do direito dos agentes políticos ao recebimento de décimo-terceiro, novamente com lastro na própria redação do artigo 39, §4º, da Constituição Federal; a interpretação extensiva de tal artigo da lei maior não seria possível na opinião desta corrente jurisprudencial, tratando-se de uma questão hermenêutica.

Incidente de inconstitucionalidade. Apelação cível / Reexame necessário. Emenda a Lei Orgânica Municipal. Município de Arcos. Norma assegurando o pagamento de gratificação natalina aos agentes políticos municipais. Arguição de Inconstitucionalidade. Relevância. Conhecimento. Procedência da arguição. **Agentes políticos remunerados através de subsídios. Vedação constitucional ao acréscimo de outras espécies remuneratórias. Inconstitucionalidade da norma municipal declarada. - A Constituição Federal confere direito ao adicional natalino apenas aos servidores administrativos ou membros do Poder Judiciário ou do Ministério Público, cujo vínculo com o Estado é permanente e efetivo, conforme estabelecido no artigo 29, incisos V e VI, o artigo 39, §§ 3º e 4º. - A gratificação natalina não pode integrar os subsídios, verba devida aos chamados 'agentes políticos', titulares de cargos estruturais à organização política do país, ocupantes de cargos eletivos. A relação que mantêm com o Poder Público não é de natureza profissional, mas de cunho eminentemente político. Não estão submetidos à hierarquia administrativa. O mandato que lhes foi outorgado não traduz prestação de serviço à Administração e, sim, representação popular.** (Apelação Cível nº 1.0042.03.004956-5/001, de que gerado o respectivo Incidente de Inconstitucionalidade nº 1.0042.03.004956-5/002, acolhido por esta col. Corte Superior em 12 de agosto de 2009, mediante acórdão relatado pelo em. Des. Herculano Rodrigues) (g. n.) (Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2013).

A emenda à lei orgânica municipal, procedida com a intenção de assegurar o pagamento de gratificação natalina aos agentes políticos municipais seria, pois, passível de arguição de inconstitucionalidade, como se verifica da decisão acima transcrita.

De fato, perfilhado o entendimento de que, os agentes políticos não fariam jus ao recebimento de gratificação natalina ou ao acréscimo de outras espécies remuneratórias, a declaração da inconstitucionalidade da norma alteradora do ordenamento municipal, retroagindo os efeitos da decisão à época da modificação legislativa procedida.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GRATIFICAÇÃO NATALINA RECEBIDA INDEVIDAMENTE. CONTRADIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. DESCABIMENTO. 1. Apesar de a jurisprudência deste Tribunal ter firmado entendimento de serem

inconstitucionais as leis municipais que assegurem a percepção de décimo terceiro salário por agentes políticos, descabe a restituição pelo vereador que haja recebido tal verba de boa-fé, seja pela existência de lei autorizativa e resolução do TCM no mesmo sentido, seja **ainda pela então vacilante jurisprudência do STJ a respeito**. Destaque-se que, em geral, esses valores não causam ao referido agente enriquecimento, mas sim, importam em verba alimentar, destinada ao seu sustento e de sua família; 2. Devem ser rejeitados os Embargos Declaratórios quando se pretende apenas a rediscussão da matéria decidida. Não ocorrendo omissão, obscuridade ou contradição, os Embargos carecem de utilidade; 3. Mesmo para fins de prequestionamento, somente são cabíveis Embargos de Declaração nas hipóteses restritas do art. 535 e incisos do Código de Processo Civil. Embargos de Declaração conhecidos e rejeitados. Acórdão mantido. (TJGO, APELACAO CIVEL 57122-72.2010.8.09.0105, Rel. DES. FLORIANO GOMES, 3A CAMARA CIVEL, julgado em 11/10/2011, DJe 934 de 03/11/2011) (g. n.) (Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2013).

A consequência da declaração de inconstitucionalidade, com efeitos *ex tunc*, seria a imposição de restituição de todos os valores pagos, o que, porém, não foi exigido no caso supra. Reconhecendo a divergência existente acerca do tema, bem como pressupondo a boa-fé dos agentes políticos, entendeu o tribunal que, ficariam estes desonerados de proceder ao ressarcimento dos valores indevidamente recebidos aos cofres públicos.

Entendimento analógico a este vem sendo exarado com frequência no âmbito da Justiça Federal, no que se refere à devolução de valores recebidos a título de benefícios previdenciários, face o caráter alimentar dos mesmos, e à presunção de boa-fé do recebedor.

4. 2 Tese da exigência de edição de lei autorizativa

Seguindo, analisa-se a segunda posição, ora denominada de *tese da exigência de edição de lei autorizativa*, visualizada em outros cinco julgados coletados:

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA - Secretário Municipal – Agente Político - Direito ao décimo terceiro salário, terço constitucional das férias e F.G.T.S. - Ausência de previsão na legislação municipal - Direito não reconhecido - Sentença reformada para julgar improcedente a ação - Recurso da Municipalidade provido, desprovido o remanescente. (TJSP Apelação n. 0002242-62.2010.8.26.0201, Rel. Peirette de Godoy. 13ª Câmara de Direito Público. j. 24.11.2010) (g. n.) (Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2013).

De acordo com a tese sob comento, não haveria qualquer impedimento a que o agente político recebesse décimo terceiro e terço constitucional de férias, bem como FGTS, se houvesse autorização na legislação municipal.

É o fato de inexistir tal previsão que impede a fruição do direito, importando no não-reconhecimento do seu direito.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AGENTES POLÍTICOS. PRETENSÃO AO PAGAMENTO DE DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. **A aplicabilidade dos direitos sociais, como a gratificação natalina, aos agentes políticos somente é cabível se expressamente autorizada por lei** (precedente: REsp 837.188/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 04.08.2008). Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 742.171/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. 03 fev. 2009, DJe 02/03/2009). (g. n.) (Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2013).

Isso porque, no entender dessa parcela da jurisprudência, os direitos sociais seriam viáveis quando expressamente autorizados, não se lhes sendo reconhecida eficácia imediata, o que pode ser contestado por muitos.

O mesmo ocorreu no entendimento abaixo colacionado:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Preliminares rejeitadas. Arts. 2º e 3º da lei Municipal n. 6.693/2007 e art. 3º e 4º, da Lei nº 6.694/2007, ambas do Município de Divinópolis. **Instituição de gratificação natalina a Prefeito, Vice-prefeito, Secretários Municipais e Vereadores para a legislatura de 2009/2012.** Competência deste Tribunal de Justiça para processar e julgar a representação. **Direito social garantido pelo art. 7º, inciso VIII, da CR/88. Necessidade de previsão em lei.** Improcedente a representação. (TJMG. ADIN 1.0000.09.500719-1/000 (1). Relator Desembargador Wander Marotta. j. 14 abr. 2010. Publicação: 11/06/2010) (g. n.) (Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2013).

A interpretação pela tese da exigência de edição de lei autorizativa é tão hesitante, mesmo nas cortes superiores, que até os acórdãos lavrados em sua consonância parecem padecer de insubsistência.

ADIN - LEI FIXANDO GRATIFICAÇÃO NATALINA (13º SALÁRIO) PARA PREFEITO E VEREADORES - QUESTÃO CONTROVERTIDA - CONSTITUCIONALIDADE PRESUMIDA. - **Aos agentes políticos, embora não se estendam automaticamente os direitos previstos no § 3º, do art. 39 da CF, fica a concessão na dependência de Lei.** Havendo previsão em Lei municipal, fazem jus às verbas relativas ao décimo terceiro salário, férias e 1/3 constitucional. - **O S.T.J. vem entendendo, não pacificamente, que a aplicabilidade dos direitos sociais, como a gratificação natalina, pode ser paga aos agentes políticos desde que expressamente autorizada por Lei.** (precedente: REsp 837.188/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 04.08.2008). (TJMG. ADIN 1.0000.09.497110-8/000. Relator Desembargador Wander Marotta. j. 28 out. 2009. Publicação: 12/02/2010) (g. n.) (Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2013).

De fato, o julgado acima se lastreou numa interpretação do Superior Tribunal de Justiça, que ele mesmo reconhece como vacilante, e que sequer foi demonstrada a contento, para defender a tese da possibilidade de pagamento no caso da existência de lei que a preveja.

Administrativo - Ação direta de inconstitucionalidade - Município de Água Comprida - Lei municipal que disciplina o **pagamento de 13º subsídio aos agentes políticos locais** - Direito social garantido pelo art. 7º, VIII, da CF/88 – **Necessidade de prévia previsão legal** - Legitimidade da normatização em discussão - Previsão de revisão geral anual aos agentes políticos no mesmo período e índice concedido aos servidores públicos municipais - Art. 24, § 3º, da Constituição Estadual - Vedação de vinculação ou equiparação de espécies remuneratórias para efeito de remuneração de pessoal do serviço público - Representação parcialmente acolhida.

(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.09.500717-5/000 - Comarca de Uberaba - Requerente: Procurador-Geral de Justiça - Requerido: Prefeito Municipal de Água Comprida, Presidente da Câmara Municipal de Água Comprida - Relator: Des. Edivaldo George dos Santos). (g. n.). (Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2013).

De notar-se que parte da doutrina também tangencia no mesmo sentido, argumentando que é necessária a previsão da instituição de férias e 13º para os agentes políticos na Lei Orgânica Municipal, sob pena de *ofensa ao princípio da legalidade*:

A instituição de férias bem como o terço constitucional sobre a remuneração para os agentes políticos que ocupam cargos executivos deve encontrar previsão na Lei Orgânica Municipal. (SANTANA, 2004, p. 120) (g.n.).

4.3 Tese de reconhecimento do direito de percepção do décimo terceiro e férias

Finalmente, a terceira corrente seria a da ***tese de reconhecimento do direito de percepção de décimo terceiro e férias aos Secretários Municipais, de forma imediata***.

Secretário Municipal. Agente político. Investido em cargo público. Subsídio. Percepção de férias e de décimo terceiro salário. Possibilidade. Direito assegurado pela Constituição Federal. Recurso não provido. *(grifo nosso)* (TJSP AC nº 994.06.087564-5, rei. Des. Paulo Galizia, j. em 3.5.2010). (g. n.). (Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2013).

Como se verifica, de acordo com este entendimento, não haveria a necessidade, sequer, da edição de lei autorizativa para o pagamento de férias e décimo-terceiro salário aos

agentes políticos, entendendo os partidários de tal posição que, o direito estaria assegurado pela Constituição Federal.

A argumentação, todavia, não se mostra convincente, vez que contraria texto literal do artigo 39, §4º da Constituição Federal, dando ao mesmo uma interpretação ampliativa do termo “subsídio”.

Servidor Público. Município de Avaré. Secretário Municipal. Agente político. Regime de subsídio previsto no artigo 39, §4º, da Constituição Federal e na Lei Orgânica do Município. Regime que não afasta os direitos garantidos a todos os agentes público pelo § 3o do mesmo dispositivo, combinado com o artigo 7º da Carta. Direito a férias, terço constitucional e décimo terceiro. Agente que, exonerado do cargo em comissão e, consequentemente, desligado do serviço público, faz jus à percepção do décimo terceiro que não foi pago e a indenização pelas férias não gozadas, com acréscimo de um terço. Ação de cobrança procedente. Recurso não provido.
(TJSP AC nº 994.06.085633-9, rei. Des. Antônio Carlos Villen, j. 29 mar. 2010) (g.n.). (Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2013).

A futura assecuração de tal direito aos agentes políticos, porém, não lhes traria qualquer prejuízo, haja vista que, poderiam pleitear os valores das obrigações inadimplidas pelos Municípios, como se verifica do acórdão supra-referido.

Servidor Público Municipal - Ex-Secretário Municipal da Cultura que pretende receber valores remuneratórios a título de férias acrescidas de 1/3 constitucional e 13º salário - Cabimento - Conquanto se trate de servidor admitido em cargo comissionado, deverá ser observado o que consta do art. 39, § 3º, CF - Recebimento de remuneração por meio de subsídio em parcela única que não pode excluir as verbas constantes do art. 7º, VIII e XVII, da CF - Procedência da ação mantida - Recurso não provido.
(TJSP AC nº 659.459.5/3-00, rei. Des. Constança Gonzaga, j. 9 nov. 2009). (Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2013).

Ainda segundo esta corrente, o cargo em comissão não se constituiria em óbice à percepção das verbas em debate, não cabendo diferenciar onde a lei não diferenciou.

Como se poderá perceber ainda dos trechos colhidos das obras doutrinárias a seguir, renomados juristas – contemporâneos e de antanho – também defendem este posicionamento, ou seja, alinham-se ao entendimento correspondente ao da terceira tese posta, pelo reconhecimento dos direitos de forma imediata:

Em razão da natureza jurídica que lhe foi imposta constitucionalmente, o subsídio é constituído de parcela única. Por isso, o artigo 39, § 4º, veda expressamente que tal parcela seja acrescida de “qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória”. Obviamente, como a Carta Política deve ser interpretada de forma sistematizada, deve-se concluir que os valores correspondentes aos direitos por ela assegurados no § 3º, do artigo 39 – como, para ilustrar, do décimo - terceiro salário e do terço de férias – não são atingidos pela proibição de qualquer acréscimo. (MEIRELLES, 2003, p. 452).

Para o consagrado autor o subsídio abarcaria as parcelas do décimo - terceiro salário e do terço de férias, motivo pelo qual, não haveria que se falar em inobservância da norma constitucional.

(...) o disposto no artigo 39, § 4º, tem que ser entendido com certos temperamentos, 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 artigo 7º, a que ele se reporta. Por esta razão, quando for o caso, haverão de lhes ser aditados tais acréscimos, deixando, em tais hipóteses, de ser única a parcela que os retribuirá. (MELLO, 2004, p. 250-251).

As parcelas discutidas deveriam, assim, serem reconhecidas como garantias constitucionais, cujo pagamento estaria assegurado ao trabalhador. Nesse sentido, confira-se:

“Com a Emenda Constitucional 19/98, a Constituição Federal agora prevê mais um tipo de estipêndio, o subsídio, para certas categorias de servidores. A característica fundamental do subsídio está na sua fixação em parcela única, conforme dispõe o § 4º, do artigo 39 da Constituição Federal, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. De regra, a retribuição pecuniária dos agentes públicos ocorre mensalmente; por isso a parcela única diz respeito a cada retribuição mensal. O sentido de parcela única, sem qualquer acréscimo, é atenuado pela própria Constituição Federal; o § 3º do artigo 39 assegura aos ocupantes de cargos públicos vários direitos previstos para os trabalhadores do setor privado: décimo terceiro salário, salário família, adicional noturno, remuneração por serviço extraordinário, adicional de férias - tais direitos representam acréscimos ao subsídio.” (MEDAUAR, 2006, p.270).

Dentre os filiados a esta terceira corrente encontramos, como se percebe, nomes de peso da doutrina como Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello e Odete Medauar, todos eles autores de inegáveis contributos, expoentes e influenciadores do pensamento administrativista.

Existem, pois, diversas interpretações acerca do tema – todas respaldadas, seja pela jurisprudência e pela doutrina, ou somente pela jurisprudência –, não se verificando quaisquer delas como exposição de um caso isolado.

5 Insegurança jurídica.

Exemplificadas as interpretações que podem decorrer do artigo 39, §4º, torna-se patente a insegurança jurídica infligida aos municípios brasileiros.

A mesma norma, quando impugnada, pode originar para os municípios decisões judiciais completamente opostas, diferenciando irritantemente entre as realidades destes entes políticos e até mesmo entre idênticas situações ocorridas na mesma municipalidade.

Afigurar-se-ia possível, nesse passo, que fosse prolatada duas decisões contra a mesma fazenda pública.

Exemplificamos: uma decisão que negasse pedido de décimo terceiro e férias a Secretário Jurídico com a aplicação literal do artigo 39, §4º da CF (tese do não reconhecimento), e outra, que, deferisse o pedido de décimo terceiro e férias à Secretária Municipal de Educação, com a aplicação sistemática do artigo 39, § 3º combinado com o artigo 7º, VIII e XVII da CF (tese de reconhecimento do direito de percepção de décimo terceiro e férias aos Secretários Municipais, de forma imediata).

Engana-se, porém, quem possa acreditar que, tal situação não chegaria realmente a ocorrer, pois ela reflete a realidade, por exemplo, do Município de São Bento do Sapucaí/SP, que, diante de tal quadro, ofereceu representação para fins de eventual propositura de Ação Declaratória de Constitucionalidade com interpretação conforme do art. 39, § 4º da Constituição Federal.

6 Repercussão geral.

Em 1º de setembro de 2011, o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, pronunciou-se pela existência de repercussão geral da matéria objeto do presente artigo.

O tema é discutido no recurso extraordinário n. 650.898/RS, no qual se discute o conflito de lei municipal com a Constituição Federal, veiculado na ação direta de

inconstitucionalidade n. 70028916443, via eleita pelo Ministério Público do respectivo estado-membro para a discussão da alegada ofensa ao artigo 39, §4º, da lei fundamental, de observância obrigatória a todos os entes da federação.

Na ação, o autor apontava a inviabilidade do recebimento de 13º salário e férias ou de verba indenizatória por agente político que auferisse subsídio, tese esposado no v. acórdão guerreado, assim ementado (folha 120):

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. FIXAÇÃO DE REMUNERAÇÃO DO VICE-PREFEITO. CONCESSÃO DE VERBA DE REPRESENTAÇÃO, BEM COMO DE GRATIFICAÇÃO DE FÉRIAS E DE DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO AO PREFEITO E AO VICE-PREFEITO. É inconstitucional dispositivo de Lei Municipal que concede gratificação de férias, décimo terceiro salário e verba de representação ao Prefeito e ao Vice-Prefeito. afronta aos arts. 8º e 11 da Constituição Estadual e ao § 4º do art. 39 da Constituição Federal, o qual veda, entre outros, o acréscimo de gratificação ou outra espécie remuneratória ao subsídio de detentor de mandato eletivo. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, POR MAIORIA.
(Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2013).

O recurso excepcional foi interposto com lastro em suposta ofensa aos artigos 7º, incisos VIII e XVII, 29, inciso V, e 39, § 3º e § 4º, da Carta da República, alegando a impossibilidade de discutir-se, por meio de ação direta de inconstitucionalidade, lei municipal em face de preceitos da Constituição Federal de 1988. Para tanto, foi provido agravo pelo Ministro relator, o qual salientou que o tema estaria a merecer o crivo do Supremo Tribunal Federal.

Ante a possibilidade de reprodução da situação narrada em diversos municípios brasileiros e de estar-se em debate tema relativo à competência e responsabilidade de ente federativo, a questão foi reputada de repercussão geral e determinada a colheita de parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner de Castro Mathias Netto, pronunciou-se pelo provimento parcial do extraordinário, ressaltando a necessidade de garantir-se o direito fundamental às férias e ao respectivo adicional ao ocupante de cargo eletivo sob o argumento de que a natureza de remuneração ou subsídio não tem o condão de mitigar os direitos assegurados no § 3º do artigo 39 do Texto Maior.

Resta, pois, ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão alusiva à possibilidade, ou não, de haver a satisfação do subsídio acompanhada do pagamento de outra espécie

remuneratória, definindo se o subsídio é, ou não, parcela única devida àqueles que estão alcançados pelo instituto, como constou das razões do voto que pronunciou a repercussão geral.

A questão ainda pende de julgamento pela Corte Constitucional.

Conclusão.

Existem pelo menos três interpretações abalizadas acerca do tema da remuneração dos detentores de mandato eletivo e secretários municipais, todas respaldadas, seja pela jurisprudência e pela doutrina, ou somente pela jurisprudência, não se verificando quaisquer delas como exposição de um caso isolado.

As interpretações dadas ao artigo 39, §4º da Constituição Federal quanto à possibilidade de pagamento de décimo terceiro e férias a detentores de mandato eletivo e férias podem ser divididas em três teses de maior esboço: a) a tese do não-reconhecimento; b) a tese da exigência de edição de lei autorizativa; e, c) a tese de reconhecimento do direito de percepção de décimo terceiro e férias aos Secretários Municipais, de forma imediata.

O não-pagamento das verbas aos detentores de mandato eletivo e secretários municipais pode ocasionar a propositura de ações judiciais que poderão ter sorte distintas, causando grave insegurança jurídica à fazenda pública da municipalidade.

O pagamento das verbas sem respaldo numa decisão judicial poderia redundar no apontamento pelo Tribunal de Contas, o que não seria igualmente interesse do poder público municipal.

Diante da controvérsia sobre a interpretação e aplicação do art. 39, § 4º da Constituição Federal, bem como em atenção aos princípios da segurança jurídica e igualdade perante a lei entre os agentes apontados e, entre os municípios que vivenciam a realidade objeto de nossa atenção, é de todo pertinente que se adotem as medidas para garantir interpretação conforme ao dispositivo constitucional.

A divergência concentra-se na interpretação provida ao termo “subsídio”, se restritiva ou ampliativa.

A adoção da tese do não-reconhecimento mostra-se mais adequada, ao menos neste primeiro momento.

De fato, a adoção da segunda ou terceira tese, pelo reconhecimento da possibilidade de edição de lei autorizativa, ou, pelo reconhecimento do direito de percepção de décimo

terceiro e férias aos detentores de mandato eletivo e secretários municipais, poderia redundar, posteriormente, no reconhecimento de inconstitucionalidade e lesão a princípios norteadores da gestão pública, estampados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

A tese do não-reconhecimento oferece, pois, menos riscos ao administrador públicos e mesmo aos agentes políticos, atendendo, igualmente, os interesses da coletividade.

De outra banda, a tese de reconhecimento do direito de percepção de décimo terceiro e férias aos Secretários Municipais, de forma imediata, também é congruente, lastreando-se na interpretação procedida do termo ‘subsídio’, como demonstrado.

De todas as correntes exploradas, a menos consistente parece ser aquela que apregoa a exigência de edição de lei autorizativa.

Referências.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 set. 2012.

BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/entenda-o-assunto/municipios-brasileiros>>. Acesso em 04/09/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 23 jan. 2013.

COBRA, Daniel Pereira de Barros. **Representação** [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <mklemes@ig.com.br> em 27 ago. 2012.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas: 2012.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2013.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2013.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2013.

SANTANA, Jair Eduardo. *Subsídios de Agentes Políticos Municipais*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.