

GRATIFICAÇÃO POR TRABALHO INSALUBRE OU PERIGOSO CARGO EM COMISSÃO – FUNÇÃO GRATIFICADA

PROCESSO Nº : 503799/18
 ASSUNTO : CONSULTA
 ENTIDADE : MUNICÍPIO DE MANDAGUARI
 INTERESSADO : ROMUALDO BATISTA
 RELATOR : CONSELHEIRO JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL

ACÓRDÃO Nº 4189/19 - TRIBUNAL PLENO

EMENTA: Consulta formulada em tese. Conhecimento. Possibilidade de pagamento de adicional/gratificação de insalubridade e periculosidade a servidores que exerçam função gratificada ou estejam investidos, cumulativamente ou não, em cargos em comissão, desde que haja lei local que preveja, institua e regule os adicionais e perícia técnica confirme a condição adversa a que o servidor resta submetido.

1 DO RELATÓRIO

Encerram os presentes autos consulta formulada pelo Município de Mandaguari acerca da possibilidade de pagamento cumulativo da gratificação de função e adicionais de insalubridade e de periculosidade aos servidores públicos municipais, requerendo o seguinte:

É possível o pagamento de gratificação por trabalho insalubre ou perigoso ao ocupante de função de confiança/gratificada, concomitantemente ao pagamento de gratificação pelo exercício desta?

Se a resposta ao quesito acima for positiva, há a necessidade de previsão em lei específica permitindo a cumulação do pagamento de tais verbas, gratificação pelo exercício de funções em condições insalubre e gratificação pelo exercício de função gratificada?

Deve haver alguma restrição específica sobre a matéria tal como, por exemplo, necessidade do afastamento do servidor detentor de função gratificada de qualquer ambiente em que haja a exposição à agentes de risco? Há outros apontamentos pertinentes a serem descritos por este E. Tribunal relativo ao assunto?

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, a presente consulta foi admitida pelo então Relator, Conselheiro Nestor Baptista, à peça 11 (Despacho 642/18) e encaminhada à Coordenadoria de Jurisprudência e Biblioteca – CJDB.

Manifestando-se sobre a jurisprudência desta Corte, a referida unidade (Informação 83/18, peça 06) informou dois expedientes cujas matérias se correlacionam com os presentes autos, quais sejam: processos nºs 372274/14 e 757168/14.

Assim, nos termos do art. 314 do Regimento Interno, os autos foram encaminhados à Coordenadoria de Gestão Municipal - CGM que, por sua vez, remeteu-os

primeiramente à Coordenadoria de Geral de Fiscalização. Nesta unidade, foi asseverada a ausência de impactos imediatos em sistemas ou fiscalizações realizadas pelas Coordenadorias (Despacho 727/18, peça 15).

De volta à CGM, esta salientou que a Constituição Federal prevê o adicional por atividades penosas, insalubres e perigosas (art. 7º, inciso XXIII, CF), mas aos servidores públicos é garantido a redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 39 da CF). Ressaltou que a natureza jurídica do referido adicional é indenizatório, eis que busca indenizar a pessoa submetida àquelas condições em razão do trabalho. Aduziu que:

Como verba indenizatória, está restrita às condições de trabalho a que a pessoa está submetida, e não à sua situação funcional. É dizer, condições insalubres, perigosas ou penosas ocorrem independentemente de quais funções o servidor exerce, sejam as inerentes a seu cargo ou à função gratificada ou de confiança, salvo se a lei proibir que o servidor, em certas situações funcionais, exerça suas funções naquelas condições adversas.

Sustentou que nada impede que lei preveja o pagamento do aludido adicional para as hipóteses de exercício de funções cujas condições penosas, insalubres ou perigosas seja o servidor submetido, como fez o Município de Mandaguari mediante o art. 20, inciso III, da Lei nº 2384/14 e art. 90, inciso II, alínea “e” da Lei nº 611/2011.

Reputou desnecessário diferenciar a função gratificada da função comissionada, uma vez que para os fins aqui propostos a legislação as tratou de maneira idêntica. Afirmou que a legislação municipal prevê o pagamento de gratificação e adicional e que um não exclui o outro.

Asseverou que embora haja a necessidade de o Município atender às recomendações constantes no Parecer Jurídico que instrui o presente expediente, tais recomendações não devem ser condição para a aplicação das leis que regem a matéria.

E afirmou:

As condições (insalubres, perigosas ou de risco) em que as funções são exercidas não guardam relação com o exercício das funções do cargo ou de função comissionada. É dizer, as atribuições das funções gratificadas ou comissionadas – sejam quais forem – ou o valor das gratificações e seus critérios de cálculo, não são impeditivos para seu exercício em condições insalubres, perigosas ou de risco.

Desse modo, exigir que primeiro lei ou ato normativo inferior determine quais são, precisamente as atribuições das funções gratificadas/comissionadas e cargos em comissão e quais os valores e percentuais das gratificações, para somente depois admitir a acumulação de funções com gratificações/adicionais de insalubridade, periculosidade e risco, não nos parece razoável, porque não há uma relação de dependência jurídica entre uma e outra medida.

Ao final conclui que a resposta à consulta se dê nos seguintes termos:

A) Sim, é possível o pagamento de gratificação por trabalho insalubre ou perigoso ao ocupante de função de confiança/gratificada, eis que há previsão legal para o pagamento de verba reparatória do exercício do trabalho em tais condições.

B) Não há necessidade de previsão em lei especificamente quanto à acumulação mencionada, pois as condições fáticas de insalubridade/periculosidade não guardam relação fática com o feixe de funções de cargo ou função gratificada/comissionada.

C) Caso a entidade decida por não conceder ao servidor ocupante de função gratificada/comissionada a gratificação ou o adicional por condições de trabalho adversas, previstas em lei, deve impedi-lo de exercer as respectivas funções naquelas condições.

O Ministério Público de Contas, mediante Parecer da Procuradoria-Geral de Contas entendeu preenchidos os requisitos para o recebimento da Consulta e, no mérito, acompanhou o Parecer da Coordenadoria de Gestão Municipal. Para tanto, após especificar as atividades consideradas insalubres e perigosas, ressaltou que anteriormente à EC 19/98 previa-se a concessão dos respectivos adicionais aos servidores públicos. Contudo, com a revogação do art. 39, §2º, da CF, deixou de estabelecer os adicionais sobre a remuneração dos servidores públicos, conferindo aos entes federados a regulamentação de tal direito.

Asseverou que

os adicionais de insalubridade e periculosidade constante da CF/88 não são autoaplicáveis aos servidores públicos cujo regime jurídico de vinculação seja o estatutário, sendo necessário, para tanto, a previsão em lei do respectivo ente federativo.

Assim, mencionou que, como imperativo do princípio da legalidade, a ausência de legalização local que discipline amiúde o adicional de insalubridade (porcentagem, grau e extensão), impede seu pagamento ao servidor.

Pontua que em âmbito judicial, tem-se exigido a previsão legislativa autorizadora do pagamento e laudo pericial que comprove o exercício da atividade em condições insalubres. Ademais, esclareceu não ser devido o pagamento pelo período anterior à data do laudo e que se trata de condição *propter laborem*.

Frisou o posicionamento do Conselheiro Eduardo Carone Costa, quando da análise da matéria pelo Tribunal de Contas de Minas Gerais, no sentido de que havendo a

situação de insalubridade, periculosidade ou de atividade penosa, moralmente, está compelida a Administração a minorar o sofrimento do servidor, pois obrigada por princípio constitucional, ideia filosófica traçada pelo Constituinte, que se sobrepõe aos preceitos e que a ninguém é dado flexibilizá-lo, seja para restringir ou promover elastérios descabidos.

Ademais, o ilustre Procurador de Contas discorreu que os adicionais em questão são direitos sociais e, portanto, considerados direitos fundamentais, de modo

que devem ser interpretados em consonância à previsão do inciso XXII, do art. 7º, da Constituição Federal e destinam-se a todos os trabalhadores em face do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sustentou que o adicional está ligado ao ambiente de trabalho e não à função ou ao cargo em comissão exercido, defendendo a possibilidade de pagamento do aludido adicional para ambas as hipóteses, desde que expostos à condição insalubre nos termos de laudo pericial.

Ao final, concluiu que a resposta à consulta seja dada, em tese, nos seguintes moldes:

1 - É possível o pagamento de gratificação por trabalho insalubre ou perigoso ao ocupante de função de confiança/gratificada, desde que haja previsão legal e que seja apresentado laudo médico pericial.

2 - Não há necessidade de previsão em lei especificamente quanto à acumulação da gratificação pelo exercício de funções em condições insalubres ou perigosas e gratificação pelo exercício de função gratificada, uma vez que as condições insalubridade ou periculosidade não se relacionam às funções de cargo ou função comissionada, mas sim às condições habituais de trabalho a que o servidor está exposto.

- Caso a municipalidade opte por não conceder ao servidor ocupante de função comissionada a gratificação por laborar em condições adversas, previstas em lei, deve impedi-lo de exercer as respectivas funções naquelas condições, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana. (Parecer 132/19, peça 20).

É o relatório.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Preliminarmente, observo que se encontram presentes os requisitos para conhecimento da presente Consulta, pois o consulente é autoridade legítima para propor o procedimento, nos termos do art. 312 II, do Regimento Interno deste Tribunal.

A questão formulada é objetiva e realizada em tese sobre matéria de competência desta Corte, a qual veio instruída com parecer da assessoria jurídica do ente.

Destarte, satisfeitas as exigências arroladas no art. 311 do Regimento Interno, conheço da presente consulta.

Quanto ao mérito, entendo que a consulta se refere à possibilidade de pagamento de adicional/gratificação de insalubridade ou periculosidade a servidor que recebe gratificação de função ou que ocupe cargo comissionado.

O pagamento de adicional de insalubridade e de periculosidade constitui-se em direito social previsto no art. 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal, e a Consolidação das Leis Trabalhistas os conceitua, respectivamente, nos seguintes termos:

Art. 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os

empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

A reforma administrativa ocorrida com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98 suprimiu a previsão de pagamento de adicional de insalubridade e periculosidade da norma programática destinada aos servidores públicos então prevista no art. 39, § 2º, da Constituição Federal, relegando aos entes federativos a que pertencer cada servidor a previsão, instituição e regulamentação de tais adicionais.

Assim, consoante exposto pelo Parquet de Contas, “os adicionais de insalubridade e periculosidade constante da CF/88 não são autoaplicáveis aos servidores públicos cujo regime jurídico de vinculação seja o estatutário, sendo necessário, para tanto, a previsão em lei do respectivo ente federativo.”

Portanto, se o princípio da legalidade impõe que a Administração Pública efetue o pagamento a título dos referidos adicionais apenas se houver suporte legal do ente federativo a que esteja o servidor submetido, o princípio da moralidade administrativa determina que os mesmos entes federados não se omitam na previsão, instituição e regulamentação se verificadas as situações que configurem as adversidades aqui aludidas.

Não se olvide, ademais, que é imperativo da dignidade da pessoa humana que o administrador não se furte na busca pela “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, conforme determina o art. 39, § 3º, assim como no pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade devidos caso perícia técnica identifique as condições que os subsidiam.

A propósito, cito a menção que o Ministério Público de Contas fez das ponderações do Conselheiro Eduardo Carone Costa, quando da análise da Consulta 489780 pelo Tribunal Pleno do Tribunal de Contas de Minas Gerais, sessão do dia 09/02/2000:

Pela nova redação do artigo 39, § 3º, pode o Município deixar de instituir em Lei os adicionais de insalubridade, periculosidade ou atividades penosas? E se já instituídos, deve extingui-los?”

Para responder a esta indagação, utilizo, também, o mesmo entendimento sustentado, como Auditor, no parecer sobre a Consulta nº 490096, conforme abaixo reproduzido, e que não diverge da resposta dada por esta Corte, na Sessão Plenária citada no quesito precedente.

Relativamente ao disposto no § 3º do art. 39 da Emenda 19/98, o Constituinte, ao suprimir o inciso XXXIII do art. 7º, alcançou, apenas “o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 14 anos, salvo na condição de aprendiz”.

Creio que a legislação infraconstitucional, principalmente, em atendimen-

to ao princípio da moralidade, insculpido no art. 37, “caput”, não poderá deixar de estabelecer a indenização pelo trabalho prestado em condições insalubres, perigosas ou penosas.

Se o Estado tem conhecimento desses riscos e usufrui do trabalho de seus servidores, não seria ético que se beneficiasse da prestação de serviço e não comparecesse com a indenização mínima a reparar o dano sofrido pela saúde dos executores das tarefas.

Assim, caracterizada situação de insalubridade, periculosidade ou de atividade penosa, moralmente, está compelida a Administração a minorar o sofrimento do servidor, pois obrigada por princípio constitucional, ideia filosófica traçada pelo Constituinte, que se sobrepõe aos preceitos e que a ninguém é dado flexibilizá-lo, seja para restringir ou promover elastérios descabidos.

E completa o ilustre Procurador de Contas no Parecer que instrui os presentes autos:

Tal entendimento merece ser considerado.

Isto porque, o adicional de insalubridade está inserido no texto constitucional no capítulo que dispõe sobre os direitos sociais, os quais são considerados direitos fundamentais. O art. 7º, inc. XXIII, que trata da insalubridade, deve ser interpretado em consonância com o inciso XXII do mesmo artigo, que diz respeito à redução dos riscos inerentes ao trabalho através de normas de saúde, higiene e segurança. Deve valer para todos os trabalhadores, sejam eles empregados os servidores públicos, pois o vetor é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Logo, não seria moral a Administração Pública se valer de serviços prestados por seus servidores estando estes submetidos à condições insalubres. Restaria configurada a colisão entre os princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana e, ao que parece, ao se proceder a uma interpretação sistemática, a Constituição Federal dá prevalência ao princípio da dignidade da pessoa humana (Parecer 132/19-PGC, peça 20).

Ademais, o fato de o pagamento dos adicionais não constar mais no art. 39 da Constituição Federal incentiva que as leis locais os prevejam, instituem e regulamentem até mesmo como forma de obediência à proibição de retrocesso social (*effet cliquet*)¹ enquanto houver servidor exposto às condições adversas.

1 “Esse princípio da vedação ao retrocesso (também conhecido pela expressão francesa *effet cliquet*) visa a impedir que o legislador venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dados às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por depender dessas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade. Significa que, uma vez regulamentado determinado dispositivo constitucional, de índole social, o legislador não poderia, ulteriormente, retroceder no tocante à matéria, revogando ou prejudicando o direito já reconhecido ou concretizado.

Na realidade, a proibição do retrocesso em matéria social traduz verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (por exemplo, o direito à saúde e o direito à educação), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses em que políticas compensatórias sejam implementadas pelas instâncias governamentais.” (in Direito Constitucional descomplicado. 10ª ed. PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. Editora Método, 2013. p 258/259)

Visto tudo isso, não se mostra razoável diferenciar, para fins de pagamento de adicional/gratificação por insalubridade e periculosidade, o servidor efetivo que recebe função gratificada ou que ocupa cargo em comissão do servidor puramente comissionado, até mesmo porque as adversidades que fundamentam os adicionais dizem respeito ao ambiente de trabalho em que o servidor desenvolve as suas atividades habituais e não ao cargo por ele ocupado ou função desempenhada.

Nos termos em que se manifestou a Coordenadoria de Gestão Municipal:

Como verba indenizatória, está restrita às condições de trabalho a que a pessoa está submetida, e não à sua situação funcional. É dizer, condições insalubres, perigosas ou penosas ocorrem independentemente de quais funções o servidor exerce, sejam as inerentes a seu cargo ou à função gratificada ou de confiança, salvo se a lei proibir que o servidor, em certas situações funcionais, exerça suas funções naquelas condições adversas. [...]

É dizer, a submissão a condições de insalubridade, periculosidade ou de risco, independe da natureza das funções do cargo ou da função gratificada do servidor, o que nos leva à conclusão pela possibilidade de acumulação. (Parecer 68/19-CGM, peça 17)

Feitas estas considerações, responde-se à questão formulada pelo Município de Mandaguari nos termos como propostos pelo *Parquet* de Contas, quais sejam:

1 - É possível o pagamento de gratificação por trabalho insalubre ou perigoso ao ocupante de função de confiança/gratificada, desde que haja previsão legal e que seja apresentado laudo médico pericial.

2 - Não há necessidade de previsão em lei especificamente quanto à acumulação da gratificação pelo exercício de funções em condições insalubres ou perigosas e gratificação pelo exercício de função gratificada, uma vez que as condições insalubridade ou periculosidade não se relacionam às funções de cargo ou função comissionada, mas sim às condições habituais de trabalho a que o servidor está exposto.

3 - Caso a municipalidade opte por não conceder ao servidor ocupante de função comissionada a gratificação por laborar em condições adversas, previstas em lei, deve impedi-lo de exercer as respectivas funções naquelas condições, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2.1 VOTO

Diante do exposto, acompanho o Parecer 68/19 da Coordenadoria de Gestão Municipal e o Parecer do Ministério Público de Contas (Parecer 132/19, peça 20) e VOTO pelo:

I - Conhecimento da consulta formulada pelo Município de Mandaguari, uma vez que presentes os requisitos legais, para, no mérito, responder-lhe nos termos acima expostos;

II - Após a publicação da decisão no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas, proceder aos registros pertinentes, pelas respectivas unidades, no âmbito de sua competência definida no Regimento Interno;

III - Após o trânsito em julgado, feitas as anotações necessárias, encerrar os presentes autos, nos termos do art. 398 do RITCEPR.

É o voto.

3 DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de CONSULTA ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, por unanimidade, em conhecer da consulta formulada pelo Município de Mandaguari, uma vez que presentes os requisitos legais, para, no mérito, responder-lhe nos termos acima expostos;

I - Após a publicação da decisão no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas, proceder aos registros pertinentes, pelas respectivas unidades, no âmbito de sua competência definida no Regimento Interno;

II - Após o trânsito em julgado, feitas as anotações necessárias, encerrar os presentes autos, nos termos do art. 398 do RITCEPR.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e IVENS ZSCHOERPER LINHARES e os Auditores TIAGO ALVAREZ PEDROSO e SÉRGIO RICARDO VALADARES FONSECA.

Presente o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI.

Sala das Sessões, 18 de dezembro de 2019 – Sessão nº 45.

JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL

Conselheiro Relator

NESTOR BAPTISTA

Presidente