

Miranda Rodriguez
Palavéri e Machado

Advogados

Francisco Antonio Miranda Rodriguez
Marcelo Palavéri
Flávia Maria Palavéri
Clayton Machado Valério da Silva
Janaina de Souza Cantarelli
Carolina Elena M. S. Malta Moreira
Paulo Loureiro de Almeida Campos
Natacha Antonieta Bonvini Medeiros

Adriana Albertino Rodrigues
Marcela de Carvalho Carneiro
Marcelo Miranda Araújo
Patrícia Santos Nascimento
Fabiana Balbino Vieira
Yuri Marcel Soares Oota
André Nery Di Salvo
Rafael Junqueira Xavier Aquino

São Paulo, 09 de março de 2012

À Prefeitura Municipal de

Aos cuidados do Exmo. Snr. Prefeito

***Ref. SERVIDOR. ADICIONAL POR TEMPO DE
SERVIÇO. ANÁLISE.***

A Prefeitura Municipal de, em
consulta relatada pelo seu mui Digno Assessor Jurídico, Dr., solicita-nos
parecer jurídico acerca da progressão funcional dos servidores municipais, sob a ótica da
Lei Municipal nº 08/90.

Diante desse breve relato da consulta,
passamos a analisar o caso concreto.

A Lei Municipal nº 08/90, ao disciplinar o
quadro de pessoal civil do Município, assim estabelece a respeito do adicional por tempo
de serviço:

Art. 11. Ficam criadas as seguintes vantagens
pecuniárias a favor dos servidores municipais:

(...)

V – Adicional por tempo de serviço público
continuadamente prestado na base de 5% (cinco por cento)

sobre os vencimentos ou salários fixos mensais, por cada cinco anos ou quinquênio completos.

Deflui-se, da norma municipal retromencionada, que o servidor público fará jus ao recebimento do adicional por tempo de serviço, na base de 5% (cinco por cento) dos vencimentos, a cada 5 (cinco) anos de serviços continuamente prestados à Comuna.

Ao utilizar-se da expressão “continuadamente” quis o legislador local inferir que o servidor público perderá o direito ao adicional referido acaso venha a desligar-se, temporária ou permanentemente, dos quadros municipais.

E até justifica-se que seja dessa forma, já que a vacância, temporária ou não, do cargo público, gênero da qual se encontram, entre outras, a exoneração, consiste em tornar o cargo vago, desocupado, apto a ser objeto de um novo provimento, definitivo ou não.

Nesse sentido, a ilustre Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que vacância é o ato administrativo pelo qual o servidor é destituído do cargo, emprego ou função (Direito Administrativo, 13ª edição, p. 480).

A exoneração é o ato administrativo, sem caráter punitivo, que implica na quebra do vínculo entre o Poder Público.

Com efeito, essa é a linha de pensamento do saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles: *a exoneração é uma forma de desinvestidura de cargo público. Ela pode ocorrer a pedido do servidor ou de ofício* (Direito Administrativo Brasileiro, 18ª edição).

Portanto, quando ocorre a exoneração de um servidor público rompe-se definitivamente o seu vínculo com o cargo que anteriormente ocupava, como se extrai das sábias palavras de Marcus Bittencourt, quando afirma que a

exoneração consiste em uma forma de desligamento do servidor do cargo público, a pedido ou de ofício, sem o caráter de penalidade (Manual de Direito Administrativo, p. 83).

O Colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu manifestação em sentido símile, como se denota da ementa colacionada a seguir:

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL.
INTERRUPÇÃO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO ENTRE 03 DE JANEIRO DE 2005 (DATA DE SUA EXONERAÇÃO) E 1º DE FEVEREIRO DE 2005 (DATA EM QUE FOI NOVAMENTE NOMEADO).
PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO INDEPENDENTEMENTE DA INTERRUPÇÃO OCORRIDA INADMISSIBILIDADE.
RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
SENTENÇA MANTIDA. (Apelação com Revisão nº 0390859-77.2009.8.26.0000, j. em 26.4.2011)

Assim, na hipótese trazida na consulta, se o servidor público, após 2 (dois) anos de vínculo com a Prefeitura Municipal, se exonera de seu cargo, e, com solução de continuidade, é readmitido, torna-se indubitável que aquele primeiro período será interrompido para efeitos do adicional por tempo de serviço, sendo certo que somente a partir do novo começo na atividade pública será iniciada a contagem do prazo para tal mister.

Nesse diapasão, temos que o adicional por tempo de serviço encerra em si uma vantagem pecuniária concedida pela administração pública em razão do tempo de exercício de labor, cujo objetivo é recompensar aqueles agentes públicos que permaneceram assiduamente no exercício do cargo por longo tempo, destinando-se, pois, à valorização da própria carreira empreendida pelo servidor público.

Ao tratar do tema, Hely Lopes Meirelles, em lições que já se tornaram clássicas assim discorre:

Adicionais: São vantagens pecuniárias que a Administração concede aos seus servidores em razão do tempo de exercício (adicional por tempo de serviço) ou em face da natureza peculiar da função, que exige conhecimentos especializados ou um regime próprio de trabalho (adicionais de função). Os adicionais destinam-se a melhor retribuir os exercentes de funções técnicas, científicas e didáticas, ou de recompensar os que tiveram por longo tempo no exercício do cargo. O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser aquele uma recompensa ao tempo de serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem a rotina burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas condições que agravam o orçamento do servidor. O adicional relaciona-se com o tempo ou com a função; a gratificação é autônoma e contingente. Ambos porém podem ser suprimidos para o futuro. (Ob. cit., p. 405).

Especificamente quanto ao adicional por tempo, o mesmo autor é preciso em seus argumentos:

Adicional por tempo de serviço é o acréscimo pecuniário que se adita definitivamente ao padrão do cargo em razão exclusiva do tempo de serviço estabelecido em lei para auferimento da vantagem. É um adicional *ex facto temporis*, resultante de serviço já prestado - *pro labore facto*.

Daí por que se incorpora automaticamente ao vencimento e acompanha na disponibilidade e aposentadoria.

De tal modo, se adicional por tempo de serviço constitui-se em instrumento específico de recompensa e de incentivo à permanência do agente no âmbito do serviço público, é fácil perceber que a retribuição pecuniária só deve atingir o servidor que acumulou ininterruptamente experiência ao longo dos anos junto à administração pública.

Na verdade, o que legitima a percepção do referido adicional é a permanência do servidor junto a uma mesma carreira, premiando, dessa forma, a experiência profissional derivada do tempo de serviço prestado e da dedicação à instituição a qual o agente está vinculado.

Sobre o tema, já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

(...)

4. A discussão a ser travada neste mandamus diz respeito, na verdade, à interpretação do artigo 99 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/1994, em especial no que tange a qual seria, no caso em tela, a data da primeira investidura, da ora impetrante, no serviço público estadual.

Sob este prisma, sem razão a impetrante.

Com efeito, ao ser rescindo o contrato de trabalho mantido com o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul, em 04 de março de 1987 e com o Tribunal de Justiça de Santa Catarina em 22 de maio de 1988, cessou a prestação de serviço público estadual, rompendo-se o vínculo existente entre a impetrante e o Estado, cuja continuidade era imprescindível para sua consideração como investidura inicial.

A impetrante só voltou à atividade pública estadual em 31 de outubro de 2005, quando tomou posse no Judiciário Estadual do Rio Grande do Sul, passando a ser esta a investidura no serviço público estadual a ser considerado para os fins do artigo 99 da Lei Complementar nº 10.098/1994.

O adicional por tempo de serviço, como ensina Hely Lopes Meirelles, é o acréscimo pecuniário que se adita definitivamente ao padrão do cargo em razão exclusiva do tempo de exercício estabelecido em lei para o auferimento da vantagem. É um adicional *ex facto temporis*, resultante do serviço já prestado – *pro labore facto*.

No caso em tela, a prestação de serviço público estadual foi interrompida com a rescisão do contrato com o IPERGS, com o que restou interrompida, também, eventual fruição de vantagens pecuniárias, não havendo como considerar, este vínculo anterior, para incidência do caput do artigo 99 da Lei Complementar nº 10.098/1994.

Portanto, não há como considerar, como primeira investidura no serviço público estadual, para os fins do artigo 99 do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado, o período em que trabalhou no Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul.

Logo, a decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não violou direito líquido e certo da impetrante, eis que apenas decidiu no sentido de manter o percentual de 3% aos avanços trienais concedidos à servidora, de acordo com as disposições legais. (Mandado de Segurança – MS nº 70044063592, j. em 26.09.2011)

É evidentemente, pois, que, caso venha a ser exonerado, interrompe-se a continuidade na prestação do serviço público e, conseqüentemente, a decorrente contagem do tempo necessário à fruição desta vantagem pecuniária pelo servidor.

E, por fim, no que se refere à possibilidade de o ocupante de cargo em comissão perceber o adicional por tempo de serviço, temos que considerar o seguinte.

O ocupante de cargo de livre provimento ocupa cargo de natureza transitória, como bem explicita o Professor José dos Santos Carvalho Filho:

(...) assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante.

Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF) (grifos nossos). (Manual de Direito Administrativo. 19ª. ed., p. 551).

Assim, a teor do disposto no artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal, os ocupantes de cargos em comissão, diferentemente dos cargos efetivos, não ingressam nos quadros do poder público mediante aprovação em concurso, mas sim pela confiança da autoridade nomeante, para exercerem funções de direção, chefia e assessoramento, o que não lhes garante qualquer estabilidade, podendo ser exonerados a qualquer momento.

Embora possam ser nomeados e exonerados livremente, os cargos em comissão consistem, a rigor dos termos, em servidores públicos, que são as *pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração*

Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.
(Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 433).

Seguindo a classificação adotada pelo eminente Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, os servidores públicos, na verdade, são espécies do gênero servidores estatais.

Para esse emérito doutrinador, a designação servidores estatais *abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob o vínculo de dependência* (*Curso de Direito Administrativo* 15ª. ed., p.230).

A exegese da doutrina administrativista nos leva a concluir que tanto o ocupante do cargo em comissão quanto o efetivo são servidores públicos *latu sensu*, termo que pode ser definido juntamente com o conceito de servidor, segundo a Lei Municipal nº 08/90, *in verbis*:

Art. 2º. Para os efeitos desta lei considera-se:

(...)

V – servidor público: é a pessoa ocupante de um cargo ou emprego público;

E, mais adiante, quando disciplina sobre o adicional por tempo de serviço, a referida lei local estabelece:

Art. 12. Aos ocupantes de cargo em comissão, serão estendidos os benefícios previstos nos incisos I, II, III, V e VI do artigo anterior.

Assim, como o artigo 11, inciso V, trata do adicional por tempo de serviço, o servidor público ocupante de cargo de livre nomeação e exoneração faz jus ao benefício do adicional por tempo de serviço, desde completados cinco anos contínuos de exercício no serviço público municipal.

Aliás, não vislumbramos impedimento legal de o Município garantir, em lei local, certas garantias e benefícios aos ocupantes de cargo em comissão, pois tal encontra eco na autonomia constitucional de que dispõe para definir a sua própria política de pessoal, observadas, é claro, as normas estabelecidas na Constituição Federal de 1988.

A jurisprudência tem reconhecido a extensão desse benefício ao cargo em comissão, *in verbis*:

Ex-servidor público do Município de Itapevi – Pleito pelo pagamento de licença-prêmio e do adicional por tempo de serviço (quinqüênio) – Cargo em comissão – Possibilidade de recebimento de tais vantagens, conforme estipulado no Estatuto dos Funcionários Públicos de Itapevi (Lei nº 223/1974), não havendo qualquer informação nos autos que pudesse obstar tais direitos ao autor – Pagamento devido, observada a prescrição quinquenal da propositura da ação – Ilegitimidade passiva conhecida de ofício quanto à Câmara Municipal de Itapevi – Câmaras municipais são órgãos da administração pública, não possuindo personalidade jurídica, e não tendo, por conseguinte, capacidade nem para responder nem para demandar em juízo, salvo para atuar em defesa de suas garantias institucionais – Recurso do autor parcialmente provido. (TJ/SP, Apelação nº 0006467-51.2006.8.26.0271, j. em 30.11.2011)

Espólio de ex-servidor ocupante de cargo em comissão pelo regime estatutário - Direito de recebimento de 30 dias de licença-prêmio não gozada e não indenizada, bem como de adicional por tempo de serviço - Direito previsto na Lei Municipal n° 1.046/68, inclusive com a possibilidade de conversão em pecúnia - Direito adquirido - Adicional por tempo de serviço previsto na Lei Complementar Municipal n° 01/02 - Ação procedente, mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos (...) (TJ/SP, Apelação n° 990.10.222202-0, j. em 14.12.2010).

O Tribunal de Contas de Minas Gerais também já decidiu a respeito:

EMENTA: Consulta — Câmara municipal — Servidores ocupantes de cargos comissionados — Concessão de direitos e vantagens: I. Adicionais por tempo de serviço. Possibilidade. Previsão no estatuto dos servidores públicos municipais. Instituição mediante lei formal. II. Concessão de outros direitos garantidos aos servidores efetivos. Possibilidade. Previsão no estatuto dos servidores públicos municipais — Necessária compatibilidade com a natureza de ocupação transitória do cargo em comissão. (CONSULTA N. 780.445, sessão de 2.9.2009)

Em vista de todo o aqui exposto, respondemos objetivamente as indagações postas pelo Ilustre Consulente no sentido de que:

a.1) Não, uma vez que a exoneração importa na vacância do cargo e, por isso, rompe-se definitivamente o vínculo do servidor com o cargo que anteriormente ocupava. Outrossim, o que legitima a percepção do referido adicional é a permanência ininterrupta do servidor junto ao serviço público, premiando, dessa forma, a

experiência profissional derivada do tempo prestado e da dedicação à instituição a qual o agente está vinculado;

a.2) A rigor, pode-se utilizar a portaria para fins de concessão do adicional de tempo de serviço, já que este ato normativo destina-se a transmitir decisões de efeito interno, publicando-se no diário oficial do município ou em outro meio apto para tanto, pois é a partir deste ato que começará a produção de seus efeitos;

a.3) Segundo a previsão da Lei Municipal nº 08/90, especificamente no seu artigo 12, os ocupantes de cargos de livre nomeação e exoneração fazem jus ao adicional por tempo de serviço, desde que atendidos aos requisitos legais.

Francisco Antonio Miranda Rodriguez
OAB/SP 113.591