

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: CÂMARA DE VEREADORES DO MUNICÍPIO DE SANTO AMARO

PROCESSO Nº 00559e20

PARECER Nº 00148-20 (F.L.Q.)

PAGAMENTO PROPORCIONAL DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO A AGENTES POLÍTICOS. EDIÇÃO DE LEI LOCAL DISCIPLINANDO A MATÉRIA.

O pagamento do décimo terceiro salário a agentes políticos é compatível com o artigo 39, §4º, da Constituição Federal, desde que Lei local disponha sobre o cabimento de tal parcela. Seu adimplemento proporcional de 4/12 avos ocorrerá a partir da publicação do Acórdão do E. STF, 24.08.2017, para os Municípios que já possuem previsão no seu arcabouço legislativo. No caso de não existir lei local disciplinando a matéria, o marco temporal será a sua publicação, se não lhe forem concedidos expressamente efeitos retroativos à data de 24.08.2017 ou outro marco temporal posterior a esta data.

O Presidente da **CÂMARA DE VEREADORES DO MUNICÍPIO DE SANTO AMARO**, Vereador Herden Cristiano do Amaral Bouças, por meio do Ofício nº 266/2020, endereçado ao Presidente deste TCM, aqui protocolado sob o nº 00559e20, a respeito da decisão do E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 650898, com repercussão geral, que admitiu a constitucionalidade do pagamento do terço de férias e décimo terceiro salário aos Agentes Políticos, questiona-nos sobre o adimplemento retroativo de tais verbas.

Antes de adentrar ao mérito da consulta sob exame, ressaltamos ao Consulente que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação apresentada, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Inicialmente, cabe-nos registrar **que os pronunciamentos desta Unidade, com relação aos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual**

não nos cabe analisar e opinar especificamente a respeito da previsão disposta na Lei Municipal nº 2.176/2019.

Prestados tais esclarecimentos, é oportuno registrar que, no que se refere à temática objeto desta Consulta, esta Corte de Contas, diante da complexidade que se reveste os assuntos relacionados com os direitos sociais aplicáveis aos Agentes Políticos e no intuito de dirimir diversas dúvidas dos Jurisdicionados, bem como, de orientar os seus técnicos e servidores, aprovou o Parecer Normativo nº 14/2017, publicado no Diário Oficial Eletrônico do TCM/BA, no dia 17 de novembro de 2017, nos seguintes termos:

“De início, imperioso consignar que o Pleno deste Tribunal de Contas, em análise pretérita acerca da possibilidade de pagamento de terço de férias e de décimo terceiro salário a agentes políticos, através do Parecer Normativo nº 10/2005, assim se posicionou:

(...)

Ultimamente, em recentes decisões, o egrégio Plenário deste TCM optou por absorver o entendimento dos estritamente legalistas traduzido **no prevalecimento do quanto preceituado na legislação municipal, regedora da espécie, ATÉ QUE O PODER JUDICIÁRIO, SE E QUANDO PROVOCADO, DECLARE, OU NÃO, A SUA INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE.**

(...)

De tudo quanto exaustivamente esposado resta evidente QUE O CONSTITUINTE FEDERAL NÃO INCLUIU, DENTRE OS QUE DEVEM RECEBER O DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, OS AGENTES POLÍTICOS, O QUE OS IMPEDE DE AUFERIREM TAL VANTAGEM, nos termos da decisão antes mencionada. Como bem assinalou o Ministro **JOSÉ ARNALDO DA FONSECA**, “em se tratando de dinheiro público, não se pode cogitar do subjetivismo de ser justo ou injusto o pagamento de determinado encargo”, devendo prevalecer, isso sim, a sua legalidade e constitucionalidade.

Isto posto, em observância à decisão judicial, não podem os agentes políticos municipais do Estado da Bahia, eleitos ou nomeados, receber gratificação natalina, ou décimo terceiro salário, a partir do exercício em curso, de 2005, ficando revogadas quaisquer orientações progressas que versem sobre o assunto e que se choquem com o aludido decisório.

(...)” (destaques no original)

Sucedo que, no dia 24.08.2017, foi publicado o Acórdão proferido nos autos do RE nº 650.898, que teve como Redator o Exmo. Ministro Luís Roberto Barroso e onde foi fixada, por unanimidade, a seguinte tese com repercussão geral reconhecida: **“O art. 39, § 4º, da Constituição Federal não é incompatível com o pagamento de terço de férias e décimo terceiro salário”** (destaques no original).

Nesse sentido, importante trazer à baila a ementa do supracitado Acórdão:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. PARÂMETRO DE CONTROLE.

REGIME DE SUBSÍDIO. VERBA DE REPRESENTAÇÃO, 13º SALÁRIO E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS.

1. Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados. Precedentes.

2. O regime de subsídio é incompatível com outras parcelas remuneratórias de natureza mensal, o que não é o caso do décimo terceiro salário e do terço constitucional de férias, pagos a todos os trabalhadores e servidores com periodicidade anual.

3. A “verba de representação” impugnada tem natureza remuneratória, independentemente de a lei municipal atribuir-lhe nominalmente natureza indenizatória. Como consequência, não é compatível com o regime constitucional de subsídio.

4. Recurso parcialmente provido.”

(RE 650898, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017; destaques aditados)

O Exmo. Ministro Redator pontuou, também, no seu voto, que:

“(…)

11. É evidente que os agentes públicos não podem ter uma situação melhor do que a de nenhum trabalhador comum. Não devem, contudo, estar condenados a ter uma situação pior. Assim, se todos os trabalhadores têm direito ao terço de férias e décimo terceiro salário, não se afigura razoável extrair do §4º, do art. 39 da CF, uma regra para excluir essas verbas dos agentes públicos, inclusive daqueles ocupantes de cargos eletivos.

12. O regime de subsídio veda, assim, o acréscimo de parcelas na composição do padrão remuneratório mensal fixado para uma determinada carreira ou cargo público. Não é, porém, incompatível com o terço constitucional de férias e com o décimo terceiro salário, pagos em periodicidade anual, sem qualquer adição ao valor mensal da remuneração.

13. A propósito, se a própria determinação do valor do décimo terceiro salário e do terço de férias tem como base o valor da remuneração mensal, não há sentido em incluir essas verbas na composição do subsídio e, conseqüentemente, na vedação do §4º, do art. 39 da CF.

14. Aliás, o fato de os valores relativos a essas verbas não se sujeitarem de forma autônoma aos limites instituídos pelo inciso XI, do art. 37 da CF, também é indicativo da compatibilidade do pagamento de décimo terceiro salário e de terço de férias com o regime de subsídio, já que igualmente tratadas de forma dissociada da retribuição mensal.

15. Veja-se, por fim, que o comando do §4º, do art. 39 da CF, que veda o acréscimo de “qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória” sobre a parcela única que compõe o subsídio, não alcança apenas o detentor de mandato eletivo. Inclui, também, os membros de Poder, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais.

16. Assim, a tese de incompatibilidade do terço de férias e do 13º salário com o regime constitucional de subsídio levaria à inconstitucionalidade ou à não recepção de uma multiplicidade de leis que preveem essas verbas para, por exemplo, magistrados, membros do Ministério Público e Secretários de Estado. Esse resultado, no entanto, além de produzir uma alteração profunda em regimes funcionais já consolidados, não foi aquele desejado pelo constituinte com a instituição do regime de subsídio.

17. Penso ser claro, assim, que não há um mandamento constitucional que exclua dos agentes públicos, inclusive daqueles ocupantes de cargos eletivos, a possibilidade de integrarem regimes que prevejam o pagamento de terço constitucional de férias e de décimo terceiro salário. Não se extrai diretamente da Constituição, nem mesmo por um mandamento de moralidade, uma vedação ao pagamento dessas parcelas.

(...)”

De tal sorte, em virtude dos efeitos transcendentais do julgamento do RE nº 650.898, que, inclusive, culminou com a fixação da supracitada tese com repercussão geral reconhecida, passamos a nos filiar a corrente no sentido de que o pagamento de terço de férias e de décimo terceiro salário a agentes políticos é compatível com o artigo 39, §4º, da Constituição Federal, desde que Lei local disponha sobre o cabimento de tais parcelas.

Chama-se atenção, mais uma vez, que a mudança de posicionamento aqui versada decorreu da necessária observância à tese fixada pelo E. STF com repercussão geral reconhecida, publicada em 24.08.2017. Assim sendo, em respeito às relações já consolidadas e com fundamento no princípio da segurança jurídica, recomenda-se que o novo entendimento ora firmado seja adotado respeitando-se tal marco temporal (24.08.2017).

Veja-se, ainda, que o próprio Exmo. Ministro Redator Luís Roberto Barroso fez constar do seu voto que “A definição sobre a adequação de percepção dessas verbas está inserida no espaço de conformação do legislador infraconstitucional”.

Desse modo, em consonância com as premissas acima fixadas, conclui-se que:

- 1) Com relação aos municípios em que já existe Lei prevendo o pagamento das parcelas sob enfoque (terço de férias e décimo terceiro salário), de acordo com a recente Jurisprudência do E. STF, a partir de 24.08.2017, os respectivos agentes políticos (prefeito, vice-prefeito, vereadores e secretários municipais) podem ser contemplados com o recebimento das mesmas;
- 2) No que concerne às comunas em que não existe norma legal estabelecendo o adimplemento das verbas ora analisadas, para que sua quitação seja efetivada, deve ser editada Lei disciplinando tal possibilidade;
- 3) O cálculo das parcelas em questão deve ser realizado observando-se o valor da remuneração (sentido amplo) efetivamente auferida pelo agente político. Ou seja, serão computadas com base no montante do subsídio, se o agente político receber subsídio. Serão apuradas a partir da remuneração amealhada pelo servidor público, no exercício de mandato eletivo, na hipótese de este ter se utilizado da faculdade prevista no artigo 38, II e III, da CF, e ter feito a opção pelo recebimento da remuneração relativa ao cargo de servidor público. Importante frisar que o artigo 38, II, da CF, é aplicável, por analogia, nos casos que envolvem Vice-prefeito e Secretários Municipais.
- 4) Por não se tratar de fixação de subsídio, mas apenas de reconhecimento de direitos, não há que se falar em observância ao princípio da anterioridade;
- 5) **Considerando que, como exposto anteriormente, o posicionamento ora adotado se aplica a partir de 24.08.2017, orienta-se que, este ano, o adimplemento do décimo terceiro salário, quando devido, ocorra de forma proporcional (4/12) e que o terço de férias seja solvido apenas nos casos em que o período concessivo tenha se iniciado a partir de tal data;**

6) Do ponto de vista orçamentário, deve-se fazer reforço de dotação, quando necessário, por intermédio de crédito suplementar, tendo em vista a existência de previsão orçamentária para a despesa (remuneração de agentes políticos), mas não com crédito suficiente (diante do acréscimo dos valores relativos a terço de férias e décimo terceiro salário);

7) Nos termos do artigo 167, V, da CF, c/c o artigo 42, da Lei nº 4.320/1964, impende registrar que abertura de crédito suplementar deve ocorrer por decreto executivo, com prévia autorização legislativa e indicação dos recursos correspondentes.

8) Os gestores das entidades devem atentar para o fato de que os pagamentos das parcelas relativas ao terço de férias e de décimo terceiro salário a agentes políticos devem ser acrescidos as demais de despesas ordinárias com pessoal, para fins de cumprimento dos arts. 29, incisos V e VI e 29-A e de seu § 1.º da Constituição Federal, bem como do limite previsto no art. 20, inciso III, alínea "a" da Lei de Responsabilidade Fiscal.

9) Este Parecer Normativo entra em vigor na data de sua publicação, ficando, por conseguinte, revogado o Parecer Normativo nº 010/2005." (grifos no original)

Assim, de acordo como o quanto exposto acima, o pagamento do décimo terceiro salário e do terço de férias a todos os Agentes Políticos está condicionado à edição de Lei no âmbito municipal, disciplinando a matéria, não havendo o que se falar também, em aplicação do princípio da anterioridade, na medida em que não se trata de fixação de subsídio, mas sim, de reconhecimento de direitos.

No que toca à possibilidade ou não de pagamento retrativo, o aludido Parecer Normativo é claro ao dispor que o adimplemento das parcelas ocorrerá a partir da publicação do Acórdão do E. STF, 24.08.2017, para os Municípios que já possuem previsão no seu arcabouço legislativo. No caso de não existir lei local disciplinando a matéria, o marco temporal será a sua publicação, se não lhe forem concedidos **expressamente** efeitos retroativos à data de 24.08.2017 ou outro marco temporal posterior a esta data.

Isto porque, no direito brasileiro vige, em regra, o princípio da irretroatividade das leis, conforme dispõe o art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88, no Título II, destinado aos direitos e garantias fundamentais, revestindo-se, portanto, do *status* de cláusula pétrea.

A Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942), no art. 6º, dispõe que:

“A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”.

Como se vê, a regra adotada pelo ordenamento jurídico é de que a norma não poderá retroagir, isto é, a lei nova não será aplicada às situações constituídas sobre a vigência da lei revogada ou modificada (princípio da irretroatividade). Este princípio objetiva assegurar a segurança, a certeza e a estabilidade do ordenamento jurídico.

Todavia, os diversos Tribunais Pátrios, ao tratarem da questão da irretroatividade das leis, vêm manifestando entendimento de admitir-se a sua possibilidade jurídica, desde que haja menção expressa no texto legal e respeite-se o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada.

Neste sentido, cita-se a seguinte jurisprudência do E. STF:

“(..), o dispositivo ora impugnado, ao declarar a ineficácia retroativa da criação do Conselho Estadual ...também viola, diretamente, o inciso XXXVI do artigo 5º da mesma Carta Magna, o qual veda a retroatividade que alcance direito adquirido e ato jurídico perfeito, vedação a que estão sujeitas também as normas constitucionais estaduais.” (STF, Tribunal Pleno, ADI n.º 596/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ07.05.1993).

Este entendimento é compartilhado por ilustres autores e doutrinadores tais como, o Jurista José Afonso da Silva, na obra “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Malheiros Editores, 15ª Edição, 1998, São Paulo, segundo quem:

“Vale dizer, portanto, que a Constituição não veda a retroatividade da lei, a não ser da lei penal que não beneficie o réu. Afora isto, o princípio da irretroatividade da lei não é de Direito Constitucional, mas princípio geral de Direito. Decorre do princípio de que as leis são feitas para vigorar e incidir para o futuro. Isto é: são feitas para reger situações que se apresentem a partir do momento em que entram em vigor. Só podem surtir efeitos retroativos quando elas próprias o estabeleçam (vedado em matéria penal, salvo a retroatividade benéfica ao réu), resguardados os direitos adquiridos e as situações consumadas evidentemente.”

Sobre a retroatividade legal o Professor Celso Ribeiro Bastos, em “Curso de Direito Constitucional”, Editora Saraiva, 17ª edição, 1996, São Paulo, manifesta-se no sentido de que: “Salvo a Constituição de 1937, todas as demais Constituições mantiveram-se fiéis à sacrossanta irretroatividade, respeitada, sempre, a formulação técnica consistente no resguardo da já clássica trilogia (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada).”.

Assim, o pagamento do décimo terceiro e do terço de férias a que se refere o Parecer Normativo nº 14/2017, desta Corte de Contas, só será possível se já existir no âmbito municipal lei disciplinando a matéria ou na hipótese de edição de lei posterior à decisão do E. STF, que, **expressamente, possui efeitos retroativos à 24.08.2017 ou outro marco temporal posterior a esta data.**

É o parecer.

Em, 17 de janeiro de 2020.

Flávia Lima de Queiroz
Chefe da DACJ