

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAGIMIRIM

PROCESSO Nº 11378e20

PARECER Nº 01279-20

CONSULTA. PANDEMIA. COVID-19. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PROFISSIONAIS DE SAÚDE. REQUISITOS. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES. POSSIBILIDADE. Esta Assessoria Jurídica, em tese e sem se debruçar sobre a realidade fática do Município Consulente, entende que o pagamento do percentual em grau máximo aos profissionais da Saúde envolvidos diretamente no combate à covid-19 mostra-se legítimo para municípios que tenham decretado estado de calamidade pública decorrente da pandemia, adstrito a duração do período pandêmico, desde que exista lei municipal regulamentadora para a sua concessão e que o percentual, devidamente justificado, seja respaldado em laudo pericial específico, que contemple a situação de cada servidor e seu ambiente de trabalho.

A Prefeita do MUNICÍPIO DE ITAGIMIRIM, Sra. Devanir dos Santos Brillantino, por meio de ofício nº 100/20, endereçado ao Presidente deste TCM, aqui protocolado sob o nº 11378e20, solicita:

parecer quanto à possibilidade de pagamento de 40% (quarenta por cento) de insalubridade aos profissionais da Saúde envolvidos diretamente na prevenção e combate ao covid-19 no Município de Itagimirim – BA.

Argumenta a Consulente que existe um “risco iminente dos agentes da Saúde (médicos, socorristas, enfermeiros, etc);” face ao “surgimento dos casos de covid-19 no Município, e que todos são atendidos no Hospital Luiz Eduardo Magalhães”.

Inicialmente, registre-se que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, consoante regra disposta no art. 3º,**

§4º da Res. TCM nº 1392/2019 - Regimento Interno, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de qualquer caso concreto apresentado.

Na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou da Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Feita tal explanação, passa-se a traçar os esclarecimentos necessários a respeito da possibilidade de pagamento de adicional para profissionais da saúde por situação insalubre no contexto da pandemia.

Como sabido, a percepção de remuneração como contraprestação dos serviços prestados à Administração Pública é um direito dos servidores públicos.

Dentre as parcelas remuneratórias, encontram-se as vantagens pecuniárias - categoria na qual está inserida o adicional por insalubridade - conceituadas nas lições de Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo, 31ª edição, 2017, pg. 796) como sendo:

... as parcelas pecuniárias acrescidas ao vencimento-base em decorrência de uma situação fática previamente estabelecida na norma jurídica pertinente. **Toda vantagem pecuniária reclama a consumação de certo fato, que proporciona o direito à sua percepção. Presente a situação fática prevista na norma, fica assegurado ao servidor o direito subjetivo a receber o valor correspondente à vantagem.** Esses fatos podem ser das mais diversas ordens: desempenho das funções por certo tempo; natureza especial da função; grau de escolaridade; funções exercidas em gabinetes de chefia; **trabalho em condições anormais de dificuldades** etc. (grifos nossos)

O adicional por atividade insalubre encontra amparo constitucional, estando disposto no artigo 7º, inc. XXIII, da Constituição Federal, que preceitua:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
(...)
XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o adicional de insalubridade é uma vantagem pecuniária vinculada diretamente às condições especiais de execução do serviço, quando expõem o trabalhador a agentes nocivos à sua saúde, acima dos limites seguros, cujo

pagamento depende do preenchimento das condições estabelecidas em Lei Regulamentadora.

Em que pese este direito social tenha sido retirado do rol do art. 39, §3º da CF/88 pela EC 19/98, deixando de enumerá-lo entre os dispositivos aplicados aos servidores públicos, já é sedimentando na jurisprudência do STF a “Possibilidade de legislação infraconstitucional dispor sobre vantagem ou garantia não vedada ou não disciplinada pela Constituição da República. (AI 784.572 AgR)”.

Desta forma, uma vez inserido o pagamento de adicional de insalubridade em lei municipal, os servidores que enquadrarem-se na hipótese trazida pela norma fazem jus a sua percepção.

Consoante definição assentada na doutrina e jurisprudência, o adicional de insalubridade é uma vantagem pecuniária, de caráter transitório atribuído aos servidores expostos habitualmente a atividades com agentes nocivos à saúde (físicos, químicos ou biológicos, como é o caso do novo coronavírus), acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza, da intensidade e do tempo de exposição aos seus efeitos.

No âmbito federal, a matéria foi tratada na Lei nº 8.112/1990, a seguir parcialmente reproduzida:

Art. 68. Os servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional sobre o vencimento do cargo efetivo.

§ 1º O servidor que fizer jus aos adicionais de insalubridade e de periculosidade deverá optar por um deles.

§ 2º O direito ao adicional de insalubridade ou periculosidade cessa com a eliminação das condições ou dos riscos que deram causa a sua concessão.

Art. 69. Haverá permanente controle da atividade de servidores em operações ou locais considerados penosos, insalubres ou perigosos.
(...)

Art. 70. Na concessão dos adicionais de atividades penosas, de insalubridade e de periculosidade, serão observadas as situações estabelecidas em legislação específica.

Por sua vez, os percentuais aplicáveis à insalubridade no serviço público federal, incidentes sobre o vencimento do cargo efetivo, foram dispostos no artigo 12 da Lei nº 8.270/1991:

Art. 12. Os servidores civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais perceberão adicionais de insalubridade e de periculosidade, nos termos das normas legais e regulamentares pertinentes aos trabalhadores em geral e calculados com base nos seguintes percentuais:

I - cinco, dez e vinte por cento, no caso de insalubridade nos graus mínimo, médio e máximo, respectivamente;
(...)

§ 3º Os percentuais fixados neste artigo incidem sobre o vencimento do cargo efetivo.

Ainda no que se refere à regulamentação do adicional ao serviço insalubre, insta anotar as considerações trazidas pela Orientação Normativa nº 04/2017, da Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações do Trabalho no Serviço Público do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, a qual “Estabelece orientação sobre a concessão dos adicionais de insalubridade, periculosidade, irradiação ionizante e gratificação por trabalhos com raios-x ou substâncias radioativas, e dá outras providências.”

Dentre outras disposições relevantes, a citada Orientação define que:

- 1) o pagamento do adicional em tela tem caráter transitório e apenas se justifica enquanto durar a exposição (art. 4º);
- 2) os adicionais de insalubridade e periculosidade não são cumulativos (art. 4º);
- 3) o conceito de exposição habitual como “aquela em que o servidor submete-se a circunstâncias ou condições insalubres ou perigosas por tempo igual ou superior à metade da jornada de trabalho mensal” (art. 9º, inc. II);
- 4) o conceito de exposição permanente como “aquela que é constante, durante toda a jornada laboral” (art. 9º, inc. III);
- 5) a Administração Pública deverá providenciar laudo técnico, “elaborado por servidor público da esfera federal, estadual, distrital ou municipal, ou militar, ocupante de cargo público ou posto militar de médico com especialização em medicina do trabalho, ou de engenheiro ou de arquiteto com especialização em segurança do trabalho”, para averiguar o cabimento dos adicionais sob exame. (art. 10º, §2º, I)

Dada a relevância do laudo técnico para aferição da legalidade na concessão do adicional por insalubridade, cabe transcrever importantes uniformizações relativas à matéria, trazidas pela referida ON nº 04/2017:

Art. 10 - A caracterização e a justificativa para concessão de adicionais de insalubridade e periculosidade aos servidores da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, quando houver exposição permanente ou habitual a agentes físicos, químicos ou biológicos, ou na hipótese do parágrafo único do art. 9º desta Orientação Normativa, dar-se-ão por meio de laudo técnico elaborado nos termos das Normas Regulamentadoras (NR) nº 15 e nº 16, aprovadas pela Portaria MTE nº 3.214, de 8 de junho de 1978.

§ 1º - O órgão ou a instituição poderá contratar serviços de terceiros para a dosagem e medição de agentes físicos e químicos ou para a identificação de agentes biológicos, com a finalidade de auxiliar o profissional competente na expedição de laudo técnico, desde que o levantamento dos dados seja supervisionado por servidor da área de saúde e segurança do trabalho.

§ 2º - O laudo técnico deverá:

I - ser elaborado por servidor público da esfera federal, estadual, distrital ou municipal, ou militar, ocupante de cargo público ou posto militar de médico com especialização em medicina do trabalho, ou de engenheiro ou de arquiteto com especialização em segurança do trabalho;

II - referir-se ao ambiente de trabalho e considerar a situação individual de trabalho do servidor;

III - identificar:

- a) o local de exercício ou o tipo de trabalho realizado;
- b) o agente nocivo à saúde ou o identificador do risco;
- c) o grau de agressividade ao homem, especificando:
 1. limite de tolerância conhecida, quanto ao tempo de exposição ao agente nocivo; e
 2. verificação do tempo de exposição do servidor aos agentes agressivos;
- d) classificação dos graus de insalubridade e de periculosidade, com os respectivos percentuais aplicáveis ao local ou atividade examinados; e
- e) as medidas corretivas necessárias para eliminar ou neutralizar o risco, ou proteger contra seus efeitos.

§ 3º - O laudo técnico não terá prazo de validade, devendo ser refeito sempre que houver alteração do ambiente ou dos processos de trabalho ou da legislação vigente.

§ 4º - Compete ao profissional responsável pela emissão do laudo técnico caracterizar e justificar a condição ensejadora do adicional de insalubridade, de periculosidade, da gratificação por trabalhos com raiosx ou substâncias radioativas e do adicional de irradiação ionizante.

§ 5º - Na hipótese do inciso I do § 2º deste artigo, demonstrado o esgotamento das possibilidades de celebrar instrumentos de cooperação ou parcerias com os órgãos da esfera federal, estadual, distrital ou municipal, o órgão ou entidade poderá promover a contratação de serviços de terceiros para emissão do laudo técnico, desde que possuam habilitação de médico com especialização em medicina do trabalho, ou de engenheiro ou arquiteto com especialização em segurança do trabalho.

Como se pode observar, é imprescindível a elaboração do laudo técnico para que o servidor possa fazer jus ao pagamento da parcela remuneratória tratada neste parecer, de modo que sua ausência, mesmo diante da gravidade da pandemia ocasionada pela covid-19, ensejará responsabilidade ao gestor por pagamento irregular, caso ocorra.

Neste aspecto, o art. 17 da Orientação Normativa nº 04/2017 é categórico ao afirmar que “Respondem nas esferas administrativa, civil e penal, os peritos e dirigentes que concederem ou autorizarem o pagamento dos adicionais em desacordo com a legislação vigente.”

No âmbito estadual, o tema foi abordado na Lei nº 6.677/1994 e no Decreto regulamentador nº 16.529/2016, que guardam certa simetria com a disciplina federal, avançando em algumas questões inerentes aos percentuais estipulados e a formalização do processo de apuração e fiscalização da condição insalubre, como se verifica nos trechos transcritos abaixo:

Lei nº 6.677/1994

Art. 86 - Os servidores que trabalham com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional sobre o vencimento do cargo permanente.

§ 1º - Os direitos aos adicionais de que trata este artigo cessa com a eliminação das condições ou dos riscos que deram causa a concessão.

§ 2º - O servidor que fizer jus aos adicionais de insalubridade e periculosidade deverá optar por um deles.

Art. 87 - Haverá permanente controle da atividade do servidor em operações ou locais considerados insalubres, perigosos ou penosos.

Parágrafo único - A servidora gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, das operações e locais previstos neste artigo, exercendo suas atividades em local salubre e em serviço não perigoso.

Art. 88 - Na concessão dos adicionais de insalubridade, periculosidade ou atividades penosas serão observadas as situações previstas em legislação específica.

DECRETO Nº 16.529 DE 06 DE JANEIRO DE 2016

Art. 1º - Os adicionais de insalubridade e periculosidade serão concedidos com base na legislação vigente, na legislação estadual e nas Normas

Regulamentadoras de nos 15 e 16, e seus respectivos anexos, expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Art. 2º - O servidor fará jus à percepção de adicional de insalubridade quando comprovado o labor em condições insalubres, de forma habitual e contínua, nos seguintes percentuais:

I -20% (vinte por cento), quando o exercício ocorrer em local insalubre;

II -30% (trinta por cento), para atividade considerada insalubre;

III -40% (quarenta por cento), para atividade considerada insalubre, exercida em unidade de infectologia.

Parágrafo único - No caso de incidência de mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado para efeito de atribuição da gratificação do adicional correspondente, sendo vedada a percepção cumulativa.

(...)

Art. 4º - Os adicionais de insalubridade e periculosidade incidirão sobre o vencimento básico atribuído ao cargo efetivo ocupado pelo beneficiário e não servirão de base para cálculo de quaisquer outras vantagens, salvo as relativas à remuneração de férias, abono pecuniário resultante da conversão em espécie de parte destas e gratificação natalina.

§ 1º - A base de cálculo dos adicionais de que trata este artigo corresponderá ao valor fixado para o símbolo do cargo em comissão nas hipóteses de ocupante exclusivamente de cargo de tal natureza ou de servidor que, investido em cargo em comissão, opte pela percepção do valor integral do símbolo.

§ 2º - Nas contratações por tempo determinado, sob o Regime Especial de Direito Administrativo, os adicionais de insalubridade e periculosidade incidirão sobre o vencimento contratual, sem acréscimos resultantes de quaisquer gratificações.

§ 3º - Os adicionais de insalubridade e periculosidade são incompatíveis entre si e com qualquer vantagem que vise compensar riscos à saúde ou à integridade física ou psíquica do servidor, podendo o mesmo optar pelo maior adicional.

Art. 5º - O direito à percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade cessa com a eliminação ou neutralização das condições ou dos riscos que deram causa à concessão.

§ 1º - O laudo pericial deverá especificar as medidas passíveis de atenuar ou eliminar os riscos.

§ 2º - O órgão de lotação do servidor deverá adotar as providências no sentido de implantação das medidas de proteção indicadas no laudo pericial.

(...)

Art. 7º - Caberá à Junta Médica Oficial do Estado, com base na legislação vigente, emitir Laudo Médico Pericial de Concessão dos adicionais de insalubridade e periculosidade, atestando o exercício em condições insalubres ou perigosas de trabalho e estabelecendo o percentual a ser concedido ao servidor, com base nos arts. 2º e 3º deste Decreto.

§ 1º - O processo de apuração da insalubridade ou periculosidade deve ser instruído, com informações detalhadas das atividades desenvolvidas pelo servidor, em razão do cargo ou função para o qual foi nomeado, bem assim com informações do respectivo ambiente de trabalho, devendo ser firmadas pelo dirigente máximo do órgão ou da entidade de lotação do servidor, podendo tal atribuição ser delegada em ato específico.

§ 2º - A apuração das condições de insalubridade e periculosidade nas unidades poderá ocorrer mediante a emissão de Laudo Técnico de Identificação dos Riscos Ambientais, desde que homologado pela Junta Médica, compreendendo a identificação dos riscos, avaliação e proposição de medidas de controle dos mesmos, originados dos seus diversos setores.

(...)

Art. 9º - A Secretaria da Administração deve fiscalizar, periodicamente, a regularidade do pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Parágrafo único - O chefe imediato deve comunicar ao setor de recursos humanos, no prazo de 10 (dez) dias, a alteração da situação funcional do servidor que possa ensejar a suspensão do pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade, sob pena de responsabilização pelo pagamento indevido.

No âmbito municipal, será igualmente necessária a edição de legislação prévia que contemple o adicional de insalubridade e a expedição de laudo técnico, nos moldes delimitados pela legislação de regência da matéria.

Em seguida, deve-se verificar, caso a caso, se os respectivos servidores que terão jus ao pagamento são regidos pela CLT ou por Estatuto.

Sendo celetistas, devem ser observados os ditames dos artigos 189 e ss da CLT. Nesse sentido, ressalte-se, porque necessário, que, de acordo com a Consolidação das Lei do Trabalho:

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. 192. O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário mínimo da região, segundo se classificarem nos graus máximo, médio e mínimo.

De acordo com o artigo 194 da CLT, o adimplemento do adicional em análise "cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física, nos termos desta Seção e das normas expedidas pelo Ministério do Trabalho".

A seu turno, o artigo 195 da CLT trata da necessidade de realização de perícia técnica para constatação do labor em ambiente insalubre, como se vê:

Art. 195. A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo do Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho.

Sendo os servidores municipais Estatutários, o pagamento do adicional por serviço insalubre deve ser efetivado de acordo com os requisitos estabelecidos no respectivo Estatuto municipal que o instituiu.

No particular, deve-se atentar que a Constituição Federal Brasileira assegura o direito a dignidade da pessoa humana e a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, nos termos do art. 7º, inc. XXII.

Assim, mesmo que o ente público municipal não tenha previsão legal acerca de adicional pelas condições de trabalho, deve ter compromisso de salvaguardar as qualidades mínimas para um trabalho digno e seguro, por meio de orientação, proteção e fiscalização, principalmente no momento atual de crise sanitária decorrente do novo coronavírus.

Fixadas tais premissas, depreende-se que a especialidade da matéria conduz à conclusão de que a aferição de ambiente insalubre nos locais de trabalho exige prévio estudo a ser elaborado por profissional específico e tecnicamente habilitado para tanto, mormente no âmbito da Administração Pública, no qual deve prevalecer o princípio da legalidade.

Ademais, será no laudo pericial que restará demonstrado o percentual a ser aplicado sobre o vencimento do cargo efetivo do servidor público. O cálculo é feito de acordo com o laudo pericial que define o grau mínimo, médio e máximo autorizados pela legislação local, a partir da avaliação de campo e da investigação da atividade laborativa do servidor.

Registre-se que, o pagamento de adicional de insalubridade sem comprovação da exposição ao ambiente insalubre é ilegal, consoante jurisprudência pacificada dos tribunais superiores do país.

Ao enfrentar a matéria, o TCU já se pronunciou nos seguintes sentidos:

Acórdão 5014/2010-Segunda Câmara

Em caso de alteração da organização do trabalho e dos riscos inerentes às atividades, nova avaliação deve ser realizada para a caracterização da insalubridade e da periculosidade, por meio de avaliação ambiental do local de trabalho, com emissão do respectivo laudo.

Acórdão 5351/2009-Segunda Câmara

Na concessão dos adicionais de insalubridade ou periculosidade, entre outros requisitos, deve ser verificada a atualização dos laudos periciais e a confirmação da insalubridade, periculosidade ou penosidade dos locais de trabalho.

Acórdão 2526/2008-Plenário

É indevido o pagamento de adicional de insalubridade a servidor cujo local de trabalho não consta do laudo de avaliação expedido pela entidade.

Do STJ, vem o importante alerta de que “O termo inicial do adicional de insalubridade a que faz jus o servidor público é a data do laudo pericial. (PUIIL 413-RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, por unanimidade, julgado em 11/04/2018, DJe 18/04/2018)”.

No tocante ao montante de recursos públicos a ser destinado para o seu adimplemento, faz-se preciso pontuar que, o pagamento do adicional de insalubridade deve ser apurado como despesa com pessoal, nos termos do artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, como bem lançado no processo de Consulta TCM nº 03999-17.

Ainda em face dos dispêndios efetuados para essa vantagem, mostra-se adequado realçar o posicionamento emitido pelo Tribunal de Contas do Paraná, em seu site oficial, no espaço dedicado aos assuntos relacionados a pandemia:

O pagamento de adicional de insalubridade aos servidores/empregados da saúde, no exercício de atividades relacionadas ao Covid-19, pode ser realizado no caso de o município ter extrapolado os limites prudencial ou máximo?

R: Sim, desde que o pagamento esteja amparado em laudo técnico das condições ambientais do trabalho e seja calculado na forma prevista na legislação de regência. Trata-se de um direito, cujo pagamento ao servidor/empregado não está submetido à vontade do gestor, mas vinculado à situação fática de exposição do trabalhador à condição insalubre.

(<https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/infotce-pr:-coronavirus-perguntas-frequentes-atos-de-pessoal/327942/area/254>)

Ademais, há de se mencionar que existem diversos projetos de Lei em andamento que preveem o pagamento do percentual máximo de insalubridade (40%) para todos os profissionais da saúde do setor privado que estão trabalhando diretamente no combate ao novo coronavírus.

Já em relação aos servidores públicos, tendo em vista a competência legislativa para a matéria, presenciou-se, na esfera federal, apresentações de Indicações Normativas de congressistas – nova modalidade de proposição legislativa que sugere a outro Poder a adoção de providências – sugerindo que Executivo federal efetive o pagamento máximo do adicional de insalubridade para os trabalhadores das instituições públicas de saúde federais que estão lidando diretamente com a pandemia.

Malgrado não tenha sido objeto de questionamento na presente consulta, faz-se imprescindível a análise da compatibilidade do pagamento de adicional de insalubridade aos profissionais de saúde com a novel legislação editada para fazer frente à situação de calamidade pública, vivenciada em decorrência da pandemia pela covid-19.

Sabendo-se da importância das determinações e vedações contidas na LC 173/20 sobre a gestão municipal, este Tribunal de Contas publicou em seu site oficial o e-book “LEI COMPLEMENTAR Nº 173/2020 – PROIBIÇÃO DE CRIAÇÃO OU AUMENTO DA DESPESA PÚBLICA RELACIONADA AOS QUADROS DE PESSOAL”, onde é possível extrair as premissas básicas do programa federativo para enfrentamento da COVID-19, inclusive em relação ao tema da presente Consulta:

A Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020, “Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências”. Dentro do seu bojo, existem artigos de aplicabilidade temporária ou excepcional (que vigorarão por determinado período de tempo) e de aplicabilidade permanente.

Uma das finalidades da norma legal em questão é o contingenciamento dos gastos públicos, tendo em vista que as medidas implementadas pelas autoridades para enfrentamento da pandemia decorrente do coronavírus (como, por exemplo, o isolamento e a quarentena dispostos na Lei nº 13.979/2020) têm impacto direto na economia e têm ensejado a queda na arrecadação.

Nesse contexto, será abordada neste eBook especificamente a proibição de criação ou de aumento da despesa pública relacionada aos quadros de pessoal dos Municípios, nos termos do artigo 8º(...)

De certo, o objetivo do legislador federal ao elaborar a LC 173/20 fora, de um lado o fortalecimento financeiro dos entes federados, frente as dificuldades impostas pela pandemia, e de outro lado, estabelecimento de proibições e restrições voltadas à disciplina fiscal e a contenção de despesas, dentre elas, as despesas com pessoal.

Para tanto, a referida Lei Complementar criou uma série de travas, traduzidas em proibições e restrições (art. 8º), no intuito de impedir o crescimento das despesas públicas relacionadas aos gastos com folha de pagamento, aplicáveis desde sua publicação até 31 de dezembro de 2021, aos entes federativos afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia, contudo a situação em apreço abordada neste opinativo, parece, em tese, amoldar-se a exceção das vedações ali descritas.

É a inteligência da leitura conjugada das normas insertas no art. 8º, caput, inc. VI e § 5º da LC 173/20:

Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:

(...)

VI - criar ou majorar auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares, ou ainda de seus dependentes, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade;

(...)

§ 5º O disposto no inciso VI do caput deste artigo não se aplica aos profissionais de saúde e de assistência social, desde que relacionado a medidas de combate à calamidade pública referida no caput cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

Tal situação excepcional, que afasta a vedação imposta pela LC 173/20 de criar ou majorar vantagens no período ali compreendido, foi devidamente enfatizada no mencionado e-book deste TCM/BA:

Da leitura do aludido dispositivo legal, infere-se que os Municípios, em situação de calamidade pública decorrente da COVID-19, **não podem**, de 28 de maio de 2020 até 31 de dezembro de 2021 (norma de aplicabilidade temporária):

6) criar ou majorar auxílios, **vantagens**, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares, ou ainda de seus dependentes, **exceto** quando derivado de sentença judicial transitada em julgado, de determinação legal anterior ou **se tratar de profissionais de saúde e de assistência social, que atuam no combate à calamidade pública decorrente da pandemia da COVID-19, durante a vigência e efeitos de sua duração.** (grifos do original adotados)

No mesmo sentido caminhou o Processo de Consulta TCM nº 10666e20, que abordou de forma específica, dentre outros temas, a relação entre o adicional de insalubridade e a LC173/20:

Assim, ordinariamente, os adicionais de periculosidade e insalubridade, por serem vantagens pecuniárias, não poderão ser concedidos, criados ou majorados no período assinalado na LC nº 173/2020, salvo se decorrentes de "sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade pública".

Ou seja, **se no âmbito municipal existir determinação legal preexistente "à calamidade pública" (declarada nos moldes delimitados no caput, do art. 65, da LRF), a autorizar a percepção dos aludidos adicionais aos servidores que a eles fazem jus, deve assim proceder a Administração Pública, não havendo em que se falar em suspensão dos respectivos pagamentos que já são frequentemente realizados.**

Registre-se que essa orientação mantém-se ainda que o servidor venha a preencher os requisitos para a concessão dos adicionais de periculosidade e insalubridade depois do reconhecimento do Estado de Calamidade, haja vista que nessa situação também aplica-se a exceção prevista no inciso I do art. 8º, da LC nº 173/2020, ante a existência de prévia regulamentação a respeito da matéria.

Neste mesmo sentido, posicionou-se a Procuradoria do Estado da Bahia, no bojo do Processo SEI nº 009.0218.2020.0015334-22, Parecer GAB-RGM-070/2020, da lavra do Exmo. Procurador Assessor Especial: Rodrigo A. G. Moura, referendado

posteriormente no despacho exarado pelo Exmo. Procurador Geral: Paulo Moreno Carvalho:

(...) 8. Das gratificações.

No que concerne às gratificações, a SAEB formula os seguintes questionamentos:

4. CONCESSÃO DE VANTAGEM E GRATIFICAÇÃO

Importante verificar que determinadas concessões foram implementadas em legislação anterior e que pode contrastar com a LC nº 173/2020.

Questiona-se:

4.1 A Gratificação de Titulação da SSP Lei nº. 11.370/2009 pode continuar sendo concedida aos servidores que implementarem os requisitos depois da calamidade pública?

4.2 Concessão de adicional de insalubridade ou alteração do percentual de insalubridade poderá ser concedida?

4.3 Gratificação de maneira geral desde que prevista em lei anterior pode continuar acontecendo?

As gratificações em geral dos servidores públicos, sejam ela devidas pelo desempenho de funções especiais, sejam devidas em razão das condições anormais em que se realiza o serviço, ou, ainda, em razão de condições pessoais do servidor, encontram-se resguardadas **se estiverem previstas em lei e se esta lei** entrou em vigor antes de 24 de março de 2020 (data da publicação do Decreto Legislativo nº 2041 que reconheceu o estado de calamidade).

Desta forma, ainda que o servidor preencha os requisitos para a sua percepção depois do reconhecimento do Estado de Calamidade, fará jus à percepção da vantagem, tendo em vista a existência de “determinação legal” prévia, enquadrando-se, assim, a situação à exceção prevista no inciso I do art. 8º da LC nº 173/2020.

Diante das orientações postas, é possível a concessão da **Gratificação de Titulação da SSP** prevista na Lei nº. 11.370/2009, bem como a concessão e alteração do percentual do **adicional de insalubridade**, citados como exemplo na consulta, desde que o servidor preencha os requisitos exigidos.

(...)”. (grifos no original e adotados).

Registre-se, a título de mera curiosidade, que a proibição delineada no mencionado inciso VI, do art. 8º, da LC nº 173/2020 (criar ou majorar auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório) não se aplica aos profissionais de saúde e de assistência social, desde que tais ações tenham relação com a calamidade pública imposta pela pandemia da Covid-19, ficando sua vigência e efeitos adstritos à duração da calamidade pública, de acordo com a redação do §5º, do art. 8º, da LC nº 173/2020. (grifos adotados)

Ainda sobre a temática, a título informativo, cumpre anotar que o Portal do servidor público federal, respondendo as dúvidas frequentes, asseverou que:

XIII. ADICIONAIS OCUPACIONAIS

27. Quais são as recomendações para os órgãos e entidades integrantes do SIPEC quanto ao pagamento de adicionais ocupacionais de insalubridade, periculosidade, irradiação ionizante e gratificação por atividades com Raios X ou substâncias radioativas, aos servidores e empregados públicos que executam suas atividades remotamente ou que estejam afastados de suas atividades presenciais, enquanto perdurar o estado de emergência do COVID-19?

Fica vedado o pagamento de adicionais ocupacionais de insalubridade, periculosidade, irradiação ionizante e gratificação por atividades com Raios X ou substâncias radioativas **para os servidores e empregados públicos que executam suas atividades remotamente ou que estejam afastados de suas atividades presenciais** pela aplicação do disposto na Instrução Normativa nº 19, de 2020. (grifos aditados)

Por último, vale lembrar que não se pode deixar de mencionar que a conduta aqui pretendida deve manter-se dentro dos limites legais autorizadores e do laudo técnico produzido para a ocasião, uma vez que o desvirtuamento do instituto pode ser avaliado sob o enfoque eleitoral, já que conforme calendário eleitoral alterado pela Emenda Constitucional nº 107 este ano haverá eleições municipais no país.

Isto porque, no defeso eleitoral, qualquer questão envolvendo pagamentos do funcionalismo público requer uma dose extra de cautela por parte do gestor municipal, principalmente em face da vedação do art. 73, inc. V, da Lei nº 9504/97, com vistas ao necessário tratamento igualitário dos candidatos e proteção dos recursos públicos.

De tudo quanto exposto, respondendo objetivamente a dúvida suscitada na proposição trazida pela Consulente, entende-se, em tese, que o pagamento do percentual em grau máximo aos profissionais da Saúde envolvidos diretamente no combate à covid-19 mostra-se legítimo para municípios que tenham decretado estado de calamidade pública decorrente da pandemia, adstrito a duração do período pandêmico, desde que exista lei municipal regulamentadora para a sua concessão e que o percentual, devidamente justificado, seja respaldado em laudo pericial específico, que contemple a situação de cada servidor e seu ambiente de trabalho.

Não é demais repisar que, de acordo com o texto constitucional (artigo 37, *caput*), a atuação da Administração Pública é estritamente subordinada ao Princípio da Legalidade, de onde infere-se que os gestores, no desempenho da função pública, apenas estão autorizados a fazer aquilo que a Lei autoriza.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do TCM/BA, de caráter opinativo e orientativo, elaborada de acordo com os subsídios fornecidos pela Consulente.

É o parecer. À consideração superior.

Salvador-Ba, 12 de agosto de 2020.

Tâmara Braga Portela
Assessora Jurídica

Revisado por Alessandro Macedo – chefe da AJU