

Flávio Amaral Garcia
Henrique Bastos Rocha
Aline Paola C. B. C. de Almeida
Paulo César Melo da Cunha
Marcelo Fernandes Guimarães
Cauã Nogueira Araújo

Marcos Juruena Villela Souto
(sócio fundador)

Diogo de Figueiredo Moreira Neto
(sócio consultor)
Cleia Cardoso de Figueiredo
Moreira

PARECER

**CONSULENTES:
Associação dos Agentes de Fazenda do
Município do Rio de Janeiro (AAFA) e
Associação dos Controladores de Arrecadação
do Município do Rio de Janeiro (ACAM)**

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

ABRIL DE 2017

PARECER

EMENTA

1. APOSENTADORIA – A PARIDADE ENTRE OS SERVIDORES PÚBLICOS ATIVOS E INATIVOS – PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

2. GRATIFICAÇÕES CRIADAS COMO GRATIFICAÇÕES DE ENCARGOS ESPECIAIS OU DE DESEMPENHO, QUE BENEFICIAM DE MODO UNIFORME TODOS OS SERVIDORES EM ATIVIDADE DAS CATEGORIAS. NATUREZA JURÍDICA DE GRATIFICAÇÕES DE CARÁTER GERAL - MECANISMO DISFARÇADO DE AUMENTO DA REMUNERAÇÃO - PRINCÍPIO DA REALIDADE

3. SÃO DEVIDAS AOS SERVIDORES INATIVOS AS GRATIFICAÇÕES DE CARÁTER GERAL CONCEDIDAS AOS AGENTES DE FAZENDA E CONTROLADORES DE ARRECADAÇÃO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, PELO OFÍCIO SMF Nº 330/2014 E PELA LEI Nº 6.064/2016, SOB A ROUPAGEM DE GRATIFICAÇÕES DE DESEMPENHO.

SUMÁRIO

1. Consulta

2. A paridade entre ativos e inativos

3. O problema fiscal e o “peso dos inativos”

4. A utilização da gratificação como mecanismo disfarçado de aumento para servidores em atividade – Histórico e evolução da jurisprudência - Consequências

5. O aperfeiçoamento das estratégias dos entes públicos na utilização da gratificação e a aparente juridicidade do novo modelo – Os elementos identificadores

6. A Gratificação de Encargos Especiais e a Gratificação de Atividade Fazendária objeto da consulta - Conclusões

7. Resposta aos quesitos formulados

Flávio Amaral Garcia
Henrique Bastos Rocha
Aline Paola C. B. C. de Almeida
Paulo César Melo da Cunha
Marcelo Fernandes Guimarães
Cauã Nogueira Araújo

Marcos Juruena Villela Souto
(sócio fundador)

Diogo de Figueiredo Moreira Neto
(sócio consultor)
Cleia Cardoso de Figueiredo
Moreira

1. Consulta

Consultam-nos a ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES DE FAZENDA DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO e a ASSOCIAÇÃO DOS CONTROLADORES DE ARRECADAÇÃO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, doravante denominadas CONSULENTES, por intermédio de seu advogado Sergio Mannheimer, do escritório Andrade & Fichtner, acerca da juridicidade da extensão aos servidores inativos das categorias “Agentes de Fazenda” e “Controladores de Arrecadação”, das gratificações implementadas pelo Município do Rio de Janeiro, unicamente para os servidores ativos dessas categorias, por meio do Ofício SMF nº 330/2014 e da Lei nº 6.064/2016.

O Município do Rio de Janeiro, por meio do Ofício SMF nº 330/2014 e, sequencialmente, pela Lei nº 6.064/2016, concedeu aos servidores integrantes das categorias dos Agentes de Fazenda e Controladores de Arrecadação um aumento em sua remuneração por meio da elevação do limite máximo para a percepção da denominada Gratificação de Desempenho Fazendário.

O aumento não foi estendido aos servidores inativos das referidas categorias, que sempre fizeram jus à parcela da Gratificação de Desempenho Fazendário pelo seu limite máximo, sem qualquer limitação, a teor do art. 3º do Decreto nº 9.331/1990.

No período compreendido entre maio de 2014 e dezembro de 2016 o referido aumento da remuneração dos servidores foi instituído por meio do Ofício SMF nº 330/2014, sob a denominação de Gratificação de Encargos Especiais, verba que não é incorporável à remuneração do servidor e não integrou o cálculo dos proventos de aposentadoria dos inativos que integram os quadros das CONSULENTES.

Também não foi estendido aos inativos que integram os quadros das CONSULENTES o aumento concedido pela majoração da Gratificação de Desempenho Fazendário, a teor do art. 12 da Lei nº 6.064/2016 e o art. 4º do Decreto nº 42.267/2016.

Informam as CONSULENTES que as avaliações de desempenho utilizadas para aferir o valor a ser pago a cada servidor trataram-se de meras formalidades, porquanto os parâmetros para a percepção das gratificações coincidem com os deveres e características ordinários que pautam a atividade de qualquer servidor municipal, conforme é possível se extrair do Decreto 42.267/2016 e da Resolução SMF nº 2.908/2016.

Atualmente, apenas os servidores que vierem a se aposentar nas condições estabelecidas nos arts. 12 da Lei nº 6.064/2016 e 4º do Decreto nº 42.267/2016 terão direito à incorporação dos valores referentes à pontuação complementar da Gratificação de Desempenho Fazendário no cálculo de seus proventos.

Na atual sistemática, os servidores que já se encontram na inatividade e que, conseqüentemente, não cumpriram os requisitos previstos na referida legislação, não farão jus à Gratificação de Desempenho Fazendário.

Todavia, entendem as CONSULENTES que os aumentos genéricos e abstratos também deveriam ser estendidos aos servidores inativos, em razão do direito à paridade remuneratória que decorre das regras de transição previstas nas Emendas Constitucionais nº 41/2003 e 47/2005.

Formulam, então, as CONSULENTES, os seguintes quesitos:

1º Quesito – É possível afirmar que a Lei nº 6.064/2016 apenas deu nova roupagem jurídica ao Ofício SMF nº 330/2014, pois o aumento salarial por ela concedido aos Agentes de Fazenda e Controladores de Arrecadação do Município do Rio de Janeiro, mediante a majoração do limite da Gratificação de Desempenho Fazendário, já vinha sendo pago aos servidores através de Gratificação de Encargos Especiais? É possível tratar o Ofício SMF nº 330/2014 e a Lei nº 6.064/2016 como um sistema normativo uniforme, que concedeu um único aumento à remuneração dos servidores integrantes do chamado Grupo Fazendário?

2º Quesito – É possível afirmar que essa majoração na remuneração dos servidores se tratou de um aumento salarial dotado de generalidade, atingindo indistintamente a todos os Agentes de Fazenda e Controladores de Arrecadação que se encontram na ativa?

3º Quesito – É possível concluir que as avaliações de desempenho, utilizadas para fins de pagamento da Gratificação de Desempenho Fazendário e de sua complementação, se traduzem em mera formalidade, pois os servidores percebem, cada qual em sua categoria, a pontuação máxima?

4º Quesito – Considerando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível afirmar que servidores públicos inativos beneficiados pela regra da paridade remuneratória fazem jus a aumentos salariais concedidos a servidores ativos, inclusive aqueles realizados mediante o pagamento de gratificações dotadas de caráter genérico?

5º Quesito – É possível afirmar que os benefícios implementados pelo Ofício SMF nº 330/2014 e pela Lei nº 6.064/2016 no sistema remuneratório dos servidores públicos municipais integrantes das categorias dos Agentes de Fazenda e dos Controladores de Arrecadação deve ser estendido aos servidores inativos que fazem jus à regra da paridade?

2. A paridade entre ativos e inativos

A aposentadoria é um direito constitucionalmente assegurado aos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas as suas autarquias e fundações (CF, art. 40, caput), garantido em três hipóteses: por invalidez permanente, compulsoriamente e voluntariamente.

A Constituição Federal de 1988 conferiu aos servidores públicos inativos o direito de paridade originariamente no § 4º do art. 40. Tal norma assegura que os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidas aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou

reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

Não foi sem razão que o Constituinte entendeu por fixar o status constitucional do direito à paridade. Trata-se, com efeito, de uma garantia e proteção conferida aos servidores que se justifica pela opção de seguir uma carreira pública.

Explica-se.

Ao optar por uma carreira pública, que demanda praticamente a entrega toda sua vida profissional útil, o servidor público, diferentemente do prestador de serviços privado - que se submete aos riscos do mercado de trabalho, mas tem possibilidade de auferir ganhos proporcionais a seu êxito – a tudo renuncia por vocação pública e para a ela dedicar-se plenamente, sabendo-se garantido pela necessária estabilidade e irredutibilidade estipendial, a salvo de alterações políticas que possam ter significado material de tal ordem que possam comprometer a gama dos direitos inerentes à relação estatutária a que aderiu no início da carreira.

Oportuno registrar que o direito à paridade resulta de uma longa evolução, iniciada com a Constituição de 1946, que em seu art. 193 previu que os proventos da inatividade seriam revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificassem os vencimentos dos funcionários em atividade.

No mesmo sentido dispunha o art. 182 da Lei nº 1.711/1952 que estabelecia o estatuto dos funcionários públicos da União, ao estabelecer que o provento da inatividade seria revisto sempre que houvesse modificação geral de vencimentos ou remuneração, não podendo a sua

elevação ser inferior a dois terços do aumento concedido aos ativos.

A Constituição de 1967 igualmente previa a paridade como um direito assegurado ao servidor inativo, porquanto a norma do art. 101, § 2º determinava que os proventos deveriam ser revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificassem os vencimentos dos funcionários em atividade.

Não por coincidência, justamente no período antidemocrático da história do País, o governo passou a burlar a norma constitucional valendo-se de gratificações com as mais variadas nomenclaturas para conceder aumentos aos servidores ativos, sem que para tanto fosse necessário reajustar os proventos dos servidores inativos.

Não há dúvida que a **paridade** visa a resguardar a aplicação do princípio da **isonomia**, de modo que o servidor inativo ou seus dependentes previdenciários permaneçam com as mesmas condições econômicas a que fazem jus os servidores da ativa, em uma quadra da vida em que a saúde periclita e quando mais são necessários recursos para atendê-la.

Aliás, a jurisprudência, em especial a do Egrégio Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, enfatiza a aplicação do referido princípio da isonomia, não deixando dúvidas quanto à fundamentação constitucional da paridade entre os servidores ativos e inativos.¹

¹ *CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - MAGISTRADO APOSENTADO - ISONOMIA DE SUBSÍDIOS - ATIVOS E INATIVOS - PLANO DE SAÚDE - BENEFÍCIO CUSTEADO PELO TRIBUNAL - CARACTERÍSTICAS - LINEARIDADE E GENERALIDADE - EXCLUSÃO DOS JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU INATIVOS - OFENSA AOS ARTS. 5º, CAPUT E 40, § 8º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL -*

PAGAMENTO DE PARCELAS ANTERIORES À IMPETRAÇÃO - EFEITOS PATRIMONIAIS PRETÉRITOS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULAS 269 E 271 DO STF.

"I- A Carta Política garantiu a paridade de vencimentos e proventos entre servidores na ativa e aposentados, inclusive, eventual modificação dos primeiros alcança os inativos.

II - Ao subsidiar plano de saúde para juízes em atividade e desembargadores ativos e inativos, deixando de estender tal vantagem aos juízes de direito aposentados, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia restou por malferir o princípio constitucional da isonomia, vez que tratou de forma desigual magistrados, pelo simples fato de integrarem ou não um Colegiado. II - Ademais, o custeio do plano de saúde representa vantagem incluída nos subsídios dos magistrados da ativa, ancorada na linearidade e generalidade de sua concessão. Desta forma, conforme orientação pacificada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, tais vantagens concedidas aos servidores em atividade devem ser estendidas aos aposentados, por força do disposto no § 8º, do art. 40, da Constituição Federal de 1988.

III - A teor do disposto nos verbetes Sumulares 269 e 271 do Pretório Excelso, a via do mandado de segurança é distinta da ação de cobrança, pois não se presta para vindicar a concessão de efeitos patrimoniais pretéritos, anteriores à impetração do "writ".

IV - Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido."

(ROMS 12101/BA; RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2000/0054079-0 DJ DATA:31/03/2003 PG:00235 Relator Min. GILSON DIPP Data da Decisão 06/03/2003 QUINTA TURMA).

ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS INATIVOS. REPOSICIONAMENTO QUE BENEFICIOU OS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS EM ATIVIDADE. ATUALIZAÇÃO DE PROVENTOS.

"O reposicionamento de referências que beneficiou os servidores públicos em atividade deve ser estendido aos inativos que exerciam o mesmo cargo ou função à época de sua aposentadoria, por força de determinação constitucional. Ademais, o aumento deferido resulta de reclassificação da escala funcional.

- Recurso conhecido e provido."

(RESP 436745 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 2002/0065723-9 – DJ 05/05/2003, p. 00329, Rel. Min. VICENTE LEAL, 6º Turma).

Servidor público: direito ao pagamento de diferenças de remuneração, reconhecido com base na regra da paridade consagrada no art. 40, § 4º, da CF e nas garantias constitucionais do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos: RE que não ataca todos os fundamentos suficientes à manutenção do julgado: incidência da Súmula 283; invocação impertinente da Súmula 38/STF, tendo em vista o que dispõe o art. 20 ADCT. (RE 237548/SP - SAO PAULO

Como afirmado em meu *Curso de Direito Administrativo*², o princípio da igualdade “é o princípio – também denominado da isonomia ou da generalidade – que domina todo o universo jurídico, mas é no Direito Administrativo que ganha especial e frequente aplicação, ao proscrever qualquer tratamento diferenciado entre os administrados, que não se fundamente em lei prévia que, por sua vez, haja garantido generalidade de tratamento a todos os que se encontrem na idêntica situação de fato tomada como base da igualação, desprezados os elementos acidentais diferenciadores.”

Portanto, em observância ao princípio constitucional da isonomia e ao mandamento constitucional da paridade, os servidores inativos que se encontrem na mesma situação fática dos servidores ativos têm direito à percepção de remuneração segundo as mesmas regras genéricas aplicáveis aos servidores em atividade.

É certo, como se verá adiante, que na reforma previdenciária levada a cabo pela Emenda Constitucional nº 41 em 19 de dezembro de 2003, houve uma mitigação da paridade integral. A teor do disposto no art. 7º da EC 41/2003³, a paridade integral foi assegurada apenas aos

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE
Julgamento: 21/05/2002 ' 1º Turma . Publicação: DJ DATA-28-06-02, p. 00126).*

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 87.

³ Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a

servidores inativos que já fruía das aposentadorias e pensões na data da emenda, bem como aos servidores que até a data da sua publicação, haviam cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 47 de 05 de julho de 2005, em seu art. 2º, estabeleceu-se a aplicabilidade da paridade integral aos servidores que se aposentaram na forma do art. 6º da EC 41/2003, isto é, aqueles que ingressaram na carreira antes da publicação da EC nº 41/03 e cumpriram os seguintes requisitos: (i) sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher; (ii) trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; (iii) vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e (iv) dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

Destarte, nessas três hipóteses é inegável que o servidor fará jus à paridade.

Esse direito subjetivo público constitucional à percepção de proventos integrais e paritários com os estipêndios do pessoal da ativa está incorporado ao patrimônio jurídico do servidor.

A Constituição subtraiu da ordem legal estatutária o direito à aposentação, o direito à irredutibilidade remuneratória e o direito à paridade integral para que quaisquer cidadãos que abraçassem esses regimes especiais da função pública, incorporassem a seu patrimônio jurídico

aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

essas garantias mínimas, consideradas pelo legislador constitucional como essenciais para que a segurança jurídica na relação servidor-Estado ficasse a salvo de flutuações políticas, que pudessem advir sob a forma de leis ordinárias, ou mesmo emendas à Constituição com efeitos retrospectivos.

Inconstitucional seria, por afrontar ao princípio da segurança jurídica, que, como se sustentou, se aplica aos servidores públicos enquanto cidadãos, que os direitos adquiridos, por vezes ao longo de uma longa vida profissional a serviço do Estado, ficassem com sua exequibilidade na dependência de humores políticos ou de preferências de governantes.

Destarte, as disposições constitucionais sobre paridade constituem, para os servidores já sujeitos a tais normas, direito constitucionalmente adquirido, tanto para os servidores em atividade (direito eficaz) por ocasião da entrada em vigor de novas regras quanto - e principalmente - para os inativos (direito exequível).

3 – O problema fiscal e o “peso dos inativos”

O regime previdenciário brasileiro tem apresentado contínuos déficits, cuja cobertura, em razão da adoção do regime de repartição simples⁴, se deu mediante a alocação

⁴ Conforme FÁBIO IBRAHIM: “*No regime da repartição simples, os segurados contribuem para um fundo único, responsável pelo pagamento de todos os beneficiários do sistema. Dentro deste regime, há o conhecido pacto intergeracional, isto é, os trabalhadores de hoje custeiam os benefícios dos aposentados atuais, dentro do mesmo exercício.*” (IBRAHIM, Fábio Zambite. *Curso de Direito Previdenciário*. 16ª Ed. Nitério: Impetus, 2011, p. 40)

de recursos do Tesouro, sendo, portanto, a previdência dos servidores custeada, durante anos, por toda a sociedade⁵.

Conforme já explicitado, sucessivas emendas objetivando a reforma do sistema previdenciário foram aprovadas, em especial a Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003, a fim de tentar sanar o crescimento exponencial do déficit previdenciário.

Atualmente, a Previdência Social enfrenta a sua pior crise, vez que seu déficit atingiu R\$ 258.700.000.000,00 (duzentos e cinquenta e oito bilhões e setecentos milhões de reais) no ano de 2016, quantia equivalente a 4,1% do Produto Interno Bruto brasileiro, conforme dados divulgados pelo Ministério do Planejamento⁶.

O escalonamento de seu saldo negativo encontra-se em níveis alarmantes, montando em 2015 o impressionante valor de R\$ 166.500.000.000,00 (cento e sessenta e seis bilhões e quinhentos milhões de reais), equivalente a 2,8% do PIB. Logo, somente de 2015 para 2016, o aumento foi de 55,4%.

Os técnicos do governo destacaram que os gastos atuais com Previdência Social representam 53% da despesa primária da União⁷, sendo 20,76% referente às despesas com Pessoal e Encargos Sociais, em virtude dos 19.100.000

⁵ BARIFOUSE, Leonardo; SOUZA, João Marcelo Gaio. Integralidade e paridade no regime próprio dos servidores públicos: reminiscências pós EC 41/03. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, nº 67, 2013.

⁶ Conforme reportagem do Jornal Valor Econômico, datada de 14/03/2017. <http://www.valor.com.br/brasil/4899352/deficit-da-seguridad-social-soma-r-2587-bi-em-2016-41-do-pib>. Data do acesso: 27/03/2017.

⁷ <http://www.planejamento.gov.br/apresentacoes/2017/apresentacao-gasto-publico-versao-final-corrente-e-constante-v2-1.pdf>. Data do acesso: 28/03/2017.

(dezenove milhões e cem mil) aposentados e 7.600.000 (sete milhões e seiscentos mil) pensionistas⁸.

No Estado do Rio de Janeiro o déficit atuarial é igualmente assombroso. Segundo uma auditoria realizada pelo Tribunal de Contas do Estado (TCE), atualmente o déficit do Rioprevidência é de R\$ 10,5 bilhões.⁹

A lamentável situação da previdência também se repete no Município do Rio de Janeiro que segundo estimativas fechará o ano de 2017 com um déficit de R\$ 3 bilhões.¹⁰

Neste cenário de crise econômica, não é mais possível ignorar a relevância do impacto dos aposentados e pensionistas nos orçamentos federais, estaduais e municipais.

Destarte, o Governo Federal pretende aprovar o Projeto de Emenda à Constituição nº 287/2016, em que se prevê uma série de modificações no sistema atual de seguridade social, como, por exemplo, o aumento do tempo de contribuição para requerer aposentadoria, a fim de diminuir tal impacto nas finanças públicas.

Estima-se que caso a reforma previdenciária não seja aprovada os benefícios previdenciários decorrentes tão somente do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS)

⁸[http://www.planejamento.gov.br/apresentacoes/2017/reforma_da_previdencia_e_o_futuro_do_pais_21032017.pdf/@@download/file/Reforma da Previd%C3%Aancia e o Futuro do Pa%C3%ADs_21032017.pdf](http://www.planejamento.gov.br/apresentacoes/2017/reforma_da_previdencia_e_o_futuro_do_pais_21032017.pdf/@@download/file/Reforma_da_Previd%C3%Aancia_e_o_Futuro_do_Pa%C3%ADs_21032017.pdf). Data do acesso: 28/03/2017

⁹ Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/tce-rioprevidencia-tem-deficit-de-105-bilhoes-20904403> Data do acesso: 28/03/2017

¹⁰ Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/crivella-quer-cobrar-aliquota-de-11-de-aposentados-pensionistas-para-cobrir-deficit-21022208> Data do acesso: 28/03/2017

vão passar de 8,1% do Produto Interno Bruto (PIB) em 2016 para 17,2% no ano de 2060.¹¹

A partir dos dados econômicos observa-se que a situação da previdência é um problema que ocorre no plano nacional e nos demais entes da federação. Forçoso é reconhecer-se que a reforma previdenciária é extremamente necessária, porém deverá ser feita em observância aos direitos e cânones constitucionais.

Em hipótese alguma se justificará a violação de direitos, seja de segurados do regime geral ou do regime próprio, para viabilizar a redução de gastos e o desejado equilíbrio atuarial. Nessa linha, não é admissível a utilização de gratificações como mecanismo disfarçado de aumento aos servidores ativos, possivelmente com o objetivo de diminuir o impacto no gasto com a Previdência Social, como nos parece ocorrer em relação ao tratamento dado pelo MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO às CONSULENTES, como se verá adiante.

4. A utilização da gratificação como mecanismo disfarçado de aumento para servidores em atividade – Histórico e evolução da jurisprudência - Consequências

Os estipêndios¹² dos agentes públicos podem ser divididos basicamente em três espécies: o subsídio, a

¹¹ Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/4933032/meirellesem-reforma-gasto-previdenciario-vai-172-do-pib-em-2060> Data do acesso: 10/04/2017

¹² Para a doutrina administrativista clássica, desde há muito, "*Esta é a expressão mais genérica e que bem se aplica às diversas formas de remuneração*". Nesse sentido, CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo, Volume III. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948, p. 262;

remuneração e o salário. Os servidores públicos ocupantes de cargos de provimento efetivo, como os de que ora se cuida, são retribuídos pelo Poder Público por meio de subsídio ou de remuneração¹³; e os detentores de empregos públicos por meio de salário.

Denomina-se subsídio o estipêndio estatutário, fixado por lei em parcela única, com os estritos acréscimos constitucionalmente admitidos. Já a **remuneração** – meio de retribuição estabelecido pelo Poder Público Municipal para remunerar os servidores associados às **CONSULENTES** - consubstancia-se no estipêndio estatutário, fixado por lei em parcela básica, denominada vencimento, vencimento-base ou vencimento básico, acrescido de parcelas variáveis, denominadas vantagens ou vantagens pecuniárias¹⁴.

Vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício do cargo público, com valor fixado em lei¹⁵. **Vantagens**, na forma da lição de HELY LOPES MEIRELLES¹⁶, podem ser conceituadas como:

“Sob o nome bastante genérico de *estipêndio* designa-se o *quantum* fixo, em dinheiro, que o Estado paga a seus funcionários.” CRETELLA JÚNIOR, José. Direito Administrativo do Brasil, Volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Limitada, 1958, p. 348.

¹³ CÁRMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA refere-se, ainda, a uma terceira possibilidade de retribuição dos servidores públicos ocupantes de cargos de provimento efetivo, à qual denomina vencimentos, espécie que consubstanciar-se-ia no estipêndio estatutário fixado em parcela básica, ou seja, o vencimento (no singular), acrescido das vantagens garantidas **em caráter permanente e fixo**. ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 306;

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 351.

¹⁵ O conceito em referência foi adotado pelo Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no artigo 40.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 430.

Acréscimos de estipêndio do servidor, concedidas a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço (ex.: *facto temporis*), ou pelo desempenho de funções especiais (ex.: *facto officii*), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (*propter laborem*) ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor (*propter personam*). As duas primeiras espécies constituem os **adicionais** (adicionais de vencimentos e adicionais de função), as duas últimas formam a categoria das **gratificações** (gratificações de serviço e gratificações pessoais).

Gratificação, portanto, é a vantagem concedida para compensar serviços prestados em condições anormais de segurança, salubridade ou onerosidade (gratificações de serviço) ou para atender os servidores que estão em situação individual especial, assim por lei considerada (gratificação pessoal)¹⁷.

A distinção entre vencimento e vantagens não é meramente acadêmica, dela decorrendo importantes consequências. Como esclarece CÁRMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA¹⁸:

O vencimento há de ser sempre idêntico, independente da condição do agente no serviço público. Não assim os vencimentos, sequer a remuneração. É que nessa como naqueles se tem a presença de fatores remuneratórios diferentes, em razão de peculiar condição funcional do agente em relação à pessoa jurídica estatal a que se acha vinculado.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 351.

¹⁸ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 306

E mesmo entre as vantagens, a identificação de sua natureza e espécie (adicional ou gratificação, pessoal ou de serviço) também implica em consequências distintas e relevantes, especialmente para fins de aplicação da chamada regra da paridade, tratada em capítulo precedente.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal¹⁹ cuidou de afirmar a eficácia imediata e *de per se* da regra da paridade, bem como afirmar que a aludida regra alcançava “*o direito dos inativos a extensão de **quaisquer** benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade*”, sob pena de atribuir-se “*ao legislador ordinário a possibilidade de introduzir, até mesmo, tratamento diferenciado*”:

ISONOMIA – ATIVOS E INATIVOS – PAR. 4º DO ARTIGO 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – APLICABILIDADE. A garantia insculpida no § 4º do artigo 40 da Constituição Federal é de eficácia imediata. **A revisão dos proventos da aposentadoria e a extensão aos inativos de quaisquer benefícios e vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, pressupõem, tão-somente, a existência de lei prevendo-os em relação a estes últimos.** O silêncio do diploma legal quanto aos inativos não é de molde a afastar a observância da igualação, sob pena de relevar-se o preceito constitucional a plano secundário, potencializando-se a atuação do legislador ordinário como se a este fosse possível introduzir, no cenário jurídico, temperamentos à igualdade. Uma vez editada lei que implique outorga de direito aos servidores em atividade, dá-se, pela existência da norma

¹⁹ AgRg no Ag 141.189-9/DF; Rel. (a): Min. MARCO AURÉLIO; Julgamento: 09/06/1992; Órgão Julgador: Segunda Turma (transcrição da ementa).

constitucional, a repercussão no campo patrimonial dos aposentados. A locução contida na parte final do par. 4º em comento – “na forma da lei” – apenas submete a situação dos inativos às balizas impostas na outorga do direito aos servidores da ativa.

Inobstante, posteriormente, a partir das distinções conceituais antes tratadas, cuidou o Supremo de interpretar a redação original²⁰ do artigo 40, § 8º, da Constituição Federal, para distinguir determinadas vantagens entre si e também em relação ao vencimento, no que concerne à imposição de extensão paritária aos inativos²¹:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA A DISPOSIÇÃO LEGAL QUE PROÍBE A INCORPORAÇÃO AO PROVENTO DE APOSENTADORIA DA GRATIFICAÇÃO ESPECIAL ATRIBUÍDA AOS SERVIDORES EM EXERCÍCIO EM ZONAS DE FRONTEIRA E EM DETERMINADAS LOCALIDADES, POR OFENSA AO § 4º DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO.

1. O art. 17, “caput”, da Lei nº 8.270, de 17.12.91, criou gratificação especial para os servidores federais em exercício nas regiões de fronteira e em determinadas localidades com condições de vida equivalentes.

2. A alínea “b” do parágrafo único do mesmo artigo e o § 4º do art. 1º do Decreto nº 493, de 10.04.92, não permite, de forma expressa, a incorporação da

²⁰ Art. 40 – (...)

§ 4º - Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

²¹ ADI 778-5/DF; Rel. (a): Min. PAULO BROSSARD; Julgamento: 13/10/1994; Órgão Julgador: Tribunal Pleno (transcrição da ementa).

gratificação aos proventos de aposentadoria ou disponibilidade e, por omissão, também não permitiram sua incorporação aos vencimentos. Desta forma, a gratificação só é devida “si et in quantum” os servidores têm exercício nos locais indicados.

Como a gratificação não se incorpora aos vencimentos, não pode, sob a invocação do princípio da isonomia, ser incorporada aos proventos.

A extensão aos aposentados dos benefícios e vantagens posteriormente criados, como prevê o § 4º do art. 40 da Constituição, é relativa aos de caráter geral, o que exclui situações particulares, como é o caso da gratificação que se destina a compensar o servidor enquanto dura o exercício de trabalho normal em locais anormais, assim considerados pela Lei e pelo Decreto.

Nem todos os benefícios concedidos aos servidores em atividade são compatíveis com a situação do aposentado, como é o caso das férias anuais e da gratificação paga “durante o exercício” em locais adversos.”

Toda incorporação e extensão de vantagens deve ser feita “na forma da lei”, e a Lei, no caso, não previu qualquer extensão ou incorporação.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente porque são constitucionais a alínea “b” do parágrafo único do art. 17 da Lei nº 8.270/91 e o § 4º do art. 1º do Decreto nº 493/92 em face do § 4º do art. 40 da Constituição Federal.

Em síntese, a nossa Corte Suprema afirmou ali o entendimento de que a regra da paridade não constituiria pura e simples garantia ao servidor público aposentado de receber exatamente o mesmo valor nominal pago aos servidores em atividade (servidores ativos estes que, aliás,

em decorrência das distintas espécies remuneratórias até aqui tratadas e das distintas condições pessoais e funcionais, sequer precisariam receber o mesmo valor nominal entre si).

Consistiria, sim, na garantia de extensão aos aposentados dos benefícios e vantagens posteriormente criados *“de caráter geral, o que exclui(ria) situações particulares”*. E *“toda incorporação e extensão de vantagens deve(ria) ser feita ‘na forma da lei’”*.

Ocorre que, em decorrência do problema fiscal e do *“peso dos inativos”* nos orçamentos dos entes públicos brasileiros, tal como apresentado em capítulo precedente, pelo país afora passou-se a cada vez mais instituir – forjar – gratificações com o intuito de camuflar os aumentos remuneratórios que se pretendia conceder exclusivamente aos servidores em atividade.

Ou seja, valendo-se da distinção conceitual estabelecida pelo ordenamento e pela doutrina, e valendo-se ainda da exceção à regra da paridade delimitada pelo Supremo Tribunal Federal, passou-se cada vez mais a adicionar novas rubricas à remuneração dos diversos grupos de servidores ativos. E, embora fossem intituladas *gratificação* pelos respectivos diplomas legais instituidores, as novas rubricas remuneratórias criadas nada mais eram do que aumentos remuneratórios gerais, concedidos às diversas carreiras de servidores, mas restringida sua concessão àqueles ainda em atividade.

Com a utilização das gratificações como mecanismo disfarçado de aumento da remuneração dos servidores em atividade, buscava-se administrar pressões políticas e sociais, conter ameaças de greve, estimular a produtividade, conter a evasão de pessoal e, ao mesmo tempo, escapar,

primeiro, da necessidade de incluir os aposentados nas estimativas de impacto orçamentário e da necessidade de garantir dotações orçamentárias prévias suficientes; e depois, do impacto nas contas públicas que a extensão daqueles aumentos aos inativos geraria.

Como se depreende de afirmação contida naquele julgado (*“Como a gratificação não se incorpora aos vencimentos, não pode, sob a invocação do princípio da isonomia, ser incorporada aos proventos”*), havia, ainda, a possibilidade de se invocar o Enunciado nº 339 da Súmula da Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal em defesa contra qualquer tentativa de extensão daquelas gratificações aos servidores inativos²².

No âmbito de vários entes de nossa Federação, o instrumento utilizado de forma prevalente era a – até hoje bastante difundida – Gratificação de Encargos Especiais. A GEE, como é chamada, costuma, inclusive, estar aprioristicamente arrolada em vários estatutos de regência dos servidores públicos, ao lado de outras espécies de gratificações, igualmente vinculadas a conceitos jurídicos indeterminados que constituiriam os motivos ensejadores de sua concessão.

No caso do Município do Rio de Janeiro, o rol de gratificações passíveis de concessão aos servidores municipais encontra-se previsto no artigo 119, do Estatuto respectivo (Lei Complementar nº 94, de 14 de março de 1979), e a GEE especificamente no artigo 119, inciso IV c/c. artigo 123, do referido diploma.

²² Súmula 339: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia (após o julgamento do RE 592317, aludido enunciado foi convertido na Súmula Vinculante 37, publicada no Dje de 24/10/2014).

Mas, conforme acima assentado, não é o *nomen juris* atribuído a determinada concessão remuneratória que, por si só, define sua espécie e seu tratamento constitucional, notadamente quanto à chamada regra da paridade. A nomenclatura atribuída constitui apenas um dos elementos – e certamente o de menor relevância – a serem examinados para a identificação da natureza daquela concessão remuneratória.

E é justamente da natureza jurídica identificada de cada concessão remuneratória que decorre o tratamento constitucional a ela conferido em geral; e, em especial, para os fins aqui tratados, conforme assentado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal trazida à colação, é da natureza jurídica identificada daquela concessão remuneratória que decorre a imperatividade ou não de sua extensão aos inativos em cujo regime jurídico ainda incide a regra da paridade.

Assim o é, em primeiro lugar, porque, como acima se demonstrou, nem a Constituição Federal, nem a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal indicam a nomenclatura atribuída a cada concessão remuneratória como definidora da incidência ou não, sobre ela, da regra da paridade.

Assim o é, em segundo lugar, porque o direito é informado, dentre outros, pelo princípio da realidade. Discorrendo sobre o referido princípio, já tive a oportunidade de afirmar²³ que, na manifestação de vontade, o *sujeito* deve ser real, como reais deverão ser necessariamente: o *motivo*

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 279; Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 351.

de agir, o *objeto* da ação e o seu *resultado*. Um falso fundamento motivador não pode validar a manifestação de vontade jurígena, salvo se a própria lei admitir a ficção. Do mesmo modo, um objeto de realização materialmente impossível invalida a manifestação de vontade.

Tanto as normas jurídicas quando os seus desdobramentos de execução, administrativos e judiciais, não devem enveredar pela fantasia nem, tampouco, exigir o irrealizável, como bem se exprime no brocardo *ad impossibilita nemo tenetur*.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL vem reconhecendo a importância do princípio da realidade no âmbito da Administração Pública, conforme se observa no seguinte julgado:

ESTABILIDADE - SERVIDORES NÃO CONCURSADOS - TEMPO DE SERVIÇO - CARÁTER CONTINUADO - ALCANCE DO ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. Descabe ter como conflitante com o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988 provimento judicial em que se reconhece a estabilidade em hipótese na qual professor, ao término do ano letivo, era "dispensado" e recontratado tão logo iniciadas as aulas. **Os princípios da continuidade, da realidade,** da razoabilidade e da boa-fé obstaculizam defesa do Estado em torno das interrupções e, portanto, da ausência de prestação de serviços por cinco anos continuados de modo a impedir a aquisição da estabilidade.²⁴

²⁴ (RE 158448, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 29/06/1998, DJ 25-09-1998 PP-00020 EMENT VOL-01924-02 PP-00232)

Especificamente sobre o regime remuneratório dos servidores públicos, CÁRMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA²⁵ sustenta que:

A Emenda Constitucional n. 19/98 introduziu um dado novo e relevante quanto ao regime remuneratório dos servidores públicos. Combinado com o princípio da legalidade específica, fez-se inserir no sistema a **regra da verdade remuneratória**, assim podendo ser considerada como aquela segundo a qual se tem o valor, quantificado como devido a título de contraprestação financeira pelo exercício do cargo, função ou emprego, definido de maneira clara, exata e publicada sem subterfúgios nem disfarces. (...)

Também importante é a obrigatoriedade imposta aos Poderes Públicos pelo § 6º do art. 39, inserido no sistema pela Emenda em pauta, no sentido de publicarem, anualmente, os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos, como forma de dar ao povo ciência do quanto se gasta, como se gasta e com quem se gasta.

Diante do exposto, deve ser estendida aos inativos, sob pena de violação à regra constitucional da paridade, toda gratificação que, embora assim denominada, revele-se como verdadeira vantagem “de caráter geral”, a despeito da *prima facie* aparente destinação para compensar serviços prestados em condições anormais de segurança, salubridade ou onerosidade ou para atender os servidores que estão em situação individual especial.

Exatamente nesse sentido, atentos os Tribunais pátrios às ocorrências, orienta-se a jurisprudência, tendo novamente

²⁵ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 301 e 302.

o Supremo Tribunal Federal²⁶ cuidado de fixar os contornos interpretativos da regra da paridade, à luz das diversas espécies de gratificação, cada vez mais instituídas.

ADMINISTRATIVO. SERVIDORES INATIVOS DA SECRETARIA DE FAZENDA. GRATIFICAÇÃO DE GESTÃO E CONTROLE DO ERÁRIO ESTADUAL (GECE). LEI COMPLEMENTAR PAULLISTA Nº 700/92.

Vantagem remuneratória deferida, de forma geral, às categorias de servidores lotados na Secretaria da Fazenda do Estado; não configurando, nem gratificação de serviço, que contempla servidores que trabalham em condições anormais de segurança, de salubridade ou de horário; nem gratificação pessoal, deferida a servidores sujeitos a encargos pessoais especificados em lei. Tampouco se trata de vantagem que tenha por pressuposto requisito que, forçosamente, somente na atividade, a partir de determinado momento projetado no futuro, possa vir a ser preenchido.

Manifesta ofensa ao art. 40, § 4º, da CF.

Recurso conhecido e provido.

Por relevante, e também pela semelhança com a hipótese trazida pelas **CONSULENTES**, do precedente acima indicado, destaque-se trecho do voto condutor em que se trata das previsões legais de incorporação com o simples decurso do tempo (sem que haja um efetivo pressuposto que forçosamente só possa ser preenchido no futuro e na atividade) e de incorporação parcial para os inativos. Em ambos os casos, deixando claro o Tribunal que as referidas regras devem beneficiar igualmente quem já esteve em

²⁶ RE 206.083-6/SP; Rel. (a): Min. ILMAR GALVÃO; Julgamento: 09/12/1997; Órgão Julgador: Segunda Turma (transcrição da ementa e trecho do voto condutor).

atividade, por ser exatamente este o sentido da regra da paridade.

É fora de dúvida que o art. 40, § 4º, da Constituição não se refere a vantagem de natureza transitória e contingente como as gratificações de serviço que contemplam servidores que trabalham em condições anormais de segurança, de salubridade ou de horário, e as gratificações pessoais, deferidas a servidores sujeitos a encargos pessoais especificados em lei, as quais, de ordinário, não se incorporam aos proventos da inatividade, salvo quando a lei expressamente o determinar.

No caso dos autos, ao que se colhe do texto da LC nº 700/92 (fls. 315/324), não se está diante de gratificação de serviço nem de gratificação pessoal, nem de vantagem que tenha por pressuposto requisito que, forçosamente, somente na atividade, a partir de determinado momento projetado no futuro, possa vir a ser preenchido, cuidando-se, antes, de estímulo deferido de forma geral às categorias de servidores lotados na Secretaria da Fazenda, conforme disposto no art. 22, in verbis:

“Art. 22 – Fica instituída Gratificação de Festão e Controle do Erário Estadual – GECE, em razão das características intrínsecas e da especificidade das unidades em que são desenvolvidas atividades de controle de arrecadação de tributos, controle financeiro, controle interno contábil do Poder Executivo, despesa de pessoal, controle das entidades descentralizadas, auditoria, bem como de formulação e execução da política de créditos e controle do patrimônio, exercidas pelos integrantes das classes constantes dos Anexos I e II a que se refere o artigo 1º dessa lei complementar.”

Desinfluente, no caso que, no art. 28, haja disposto o referido diploma legal que “a

percepção das gratificações previstas nos artigos 22 ... desta lei complementar, cessará automaticamente quando o servidor deixar de ter exercício na unidade em que incorreu sua concessão”, nem, tampouco, que, segundo o art. 34, a incorporação da aludida gratificação aos proventos do servidor se dará à razão de 1/30 por ano.

Pelo singelo motivo de não ser dado ao legislador ordinário editar norma jurídica que se oponha aos ditames da Constituição. (...)

Nota-se, do julgado, que o diploma legal em referência buscava enquadrar no conceito de gratificação de serviço vantagem de caráter geral que se pretendia conceder aos servidores da Secretaria de Fazenda ligados às atividades afins à arrecadação.

Utilizado em larga escala no país, de há muito, o fenômeno também passou a merecer observação pela doutrina, como revela JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO²⁷

No caótico sistema remuneratório que reina na maioria das Administrações, é comum encontrar-se, ao lado do vencimento-base do cargo, parcela da remuneração global com a nomenclatura de gratificação ou de adicional, que, na verdade, nada mais constitui do que parcela de acréscimo do vencimento, estabelecida de modo simulado. As verdadeiras gratificações e adicionais caracterizam-se por terem pressupostos certos e específicos e, por isso mesmo, são pagas somente aos servidores que os preenchem. As demais são

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2002, p. 561.

vencimentos disfarçados sob a capa de vantagens pecuniárias.

Desde logo, o Supremo Tribunal Federal²⁸ também deixou claro que, em tais hipóteses, o Poder Judiciário não estaria agindo com base no princípio da isonomia e estendendo uma concessão remuneratória a quem o legislador não quis contemplar, rejeitando a invocação defensiva da já citada Súmula 339. Estaria, sim, a partir da constatação de um aumento linear e indistinto disfarçado de gratificação, reconhecendo a inconstitucionalidade, por violação à regra da paridade, da restrição daquela concessão a um determinado grupo. Não haveria, pois, igualmente, pela mesma razão, vulneração à independência dos Poderes ou à legalidade.

Agravo regimental.

Se o artigo 40, § 4º, é auto-aplicável, é ele que serve de base para fazer-se a extensão por ele determinada, sem qualquer choque com a súmula 339 que diz respeito à isonomia em que essa circunstância não ocorre. E, pela mesma razão, não ocorre ofensa aos princípios da Separação dos Poderes e da estrita legalidade, porquanto, ao aplicar a norma constitucional auto-aplicável, não está o Judiciário exercitando função legislativa nem está deixando de dar observância à lei que, no caso, é a própria Constituição.

Agravo a que se nega provimento

• • •

Proventos de aposentadoria: Constituição, art. 40, § 4º: regra de paridade com os vencimentos do cargo correspondentes que tem precisamente o sentido de dispensar o que a lei estenda ao inativo em cada caso, o benefício ou vantagem que

²⁸ AgRg no Ag 185.106-6/RJ; Rel. (a): Min. MOREIRA ALVES; Julgamento: 08/04/1997; Órgão Julgador: Primeira Turma (transcrição da ementa).

outorgue ao servidor em atividade: logo, quando incide, o dispositivo constitucional ilide a aplicação da Súmula 339²⁹.

Vale, nesse segundo caso, transcrever trecho do voto condutor, com vistas a aclarar o posicionamento adotado pela Corte e, principalmente, revelar os contornos da hipótese concreta então *sub judice*, que confirma o cenário descrito anteriormente.

O artigo 40 § 4º da Constituição tem precisamente o sentido de dispensar que a lei estenda ao inativo, em cada caso, o benefício ou vantagem que outorgue ao servidor em atividade.

Certo, tem-se excluído do âmbito normativo deste dispositivo constitucional, quando se cuide de verbas exclusivas da atividade (v.g., ADIn MC 778, Brossard, Lex 196/46), a vantagem ou benefício cujo fato gerador seja o exercício de atividade específica, que, por definição, o servidor inativo não possa preencher (v.g., RE 200.258, Moreira, Inf., STF): que não se trata de tais hipóteses, preocupou-se o acórdão recorrido de demonstrar, como ser verificou da seguinte passagem do voto-condutor, que vale recordar – f. 172:

“O que ocorre na verdade, e da inicial se verifica essa ocorrência, é que o ente público de então, ao conceder tal gratificação, entendeu que:

O benefício teria, inclusive, caráter emergencial, haja vista a imperiosa necessidade de regeneração dos serviços públicos estaduais de saúde, hoje abalados não só pela desorganização e atos de corrupção praticados em larga escala na anterior Administração, como pela insuficiência da remuneração dos servidores, o que tem

²⁹ RE 317.810-5/RJ; Rel. (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Julgamento: 12/03/2002; Órgão Julgador: Primeira Turma (transcrição da ementa e trecho do voto condutor).

inviabilizado, até mesmo, o comparecimento aos locais de trabalho.

Ou seja, a concessão da gratificação de encargos especiais serviu para mascarar; para encobrir; para tangenciar ilegalmente, inconstitucionalmente, um aumento salarial.”

Desnecessário acentuar, por fim, que a extensão devida por força da regra constitucional da vantagem derivada imediatamente da lei também há de aplicar-se ao caso, como o da espécie, em que a outorga aos servidores em atividade decorre imediatamente do ato administrativo com presumido apoio legal. O reconhecimento do direito a tal extensão por decisão judicial não ofende o princípio da separação dos poderes, sendo inaplicável, ao caso, a Súmula 339.

Finalmente, observe-se que a jurisprudência dos Tribunais de Justiça estaduais, ao longo do tempo, também vem perfilhando o entendimento aqui esposado:

³⁰SERVIDOR PÚBLICO. Gratificação de Encargos Especiais. Natureza e Extensão. Já se firmou neste Tribunal o entendimento de que a vantagem estipendiária designada como “Gratificação de Encargos Especiais”, dada a sua feição genérica e indefinida, e a destinação vinculada à reposição de perdas inflacionárias, constitui verdadeiro reajuste salarial e, como tal, deve aproveitar a todos os servidores do Ente Público em referência, tanto os ativos (CF, art. 33, inc. X) quanto os aposentados (CF, art. 40, § 4º), atendidas as limitações preconizadas nas Súmulas STF nºs 269 e 271, por se tratar de mandado de segurança.

• • •

³⁰ TJRJ, MS 1998.004.00870; Rel. (a): Des. SERGIO CAVALIERI FILHO; Julgamento: 26/04/1999; Órgão Julgador: Órgão Especial (transcrição da ementa).

³¹APELAÇÃO CÍVEL - REEXAME NECESSÁRIO. Obrigação de fazer. Gratificação de Encargos Especiais (GEE) concedida em processo administrativo aos servidores do IPERJ. Extensão aos inativos. Possibilidade. 1- Gratificação de Encargos Especiais majorada em processo administrativo por decisão do Chefe do Executivo Estadual. Possibilidade de extensão da GEE aos inativos, posto que ausente qualquer condicionante. 2- A extensão devida por força da regra constitucional da vantagem derivada de lei, também há de se aplicar aos servidores em inatividade quando sua outorga decorre de ato administrativo com presumido apoio legal. 3- O reconhecimento do direito a tal extensão por decisão judicial não ofende o princípio da separação dos poderes. 4- Recurso provido parcialmente.

Mas diante do reconhecimento do Poder Judiciário de que tais práticas eram ofensivas à Constituição Federal, deu-se o aperfeiçoamento das estratégias para conferir aumentos remuneratórios apenas aos servidores da ativa, como se passa a expor no item que segue.

5. O aperfeiçoamento das estratégias dos entes públicos na utilização da gratificação e a aparente juridicidade do novo modelo – Os elementos identificadores

Infelizmente, o alerta da doutrina e o posicionamento dos Tribunais não foram suficientes para reverter

³¹ TJRJ, AC 0391491-32.2008.8.19.0001; Rel. (a): Des. ZÉLIA MARIA MACHADO DOS SANTOS; Julgamento: 26/10/2010; Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível (transcrição da ementa).

substancialmente o cenário apresentado no capítulo precedente.

É que, muito longe de desaparecerem, ao longo do tempo, o problema fiscal e o “*peso dos inativos*” que obstaculizavam os reajustes e acréscimos remuneratórios do funcionalismo simplesmente se agravaram.

Simultaneamente, também a influência política e social das associações, sindicatos e lideranças políticas ligadas aos diversos grupos de servidores experimentou expressivo incremento.

E a demanda da sociedade por serviços públicos, por sua vez, ganhou força e ainda incorporou a imposição constitucional de eficiência à Administração.

Diante desse cenário, de um modo geral, as soluções encontradas quase sempre giram em torno do aperfeiçoamento da estratégia de utilização das gratificações. Insiste-se, assim, em buscar a edição de regramento que, à luz dos contornos da regra da paridade definidos pela doutrina e pela jurisprudência, aparente respeitar o princípio da juridicidade³².

Em verdade, por conta (i) da multiplicidade de fatores a serem considerados para a real caracterização de uma concessão remuneratória intitulada gratificação; (ii) da dificuldade prática de se sindicarem a natureza de cada uma dessas concessões, mormente com as limitações inerentes aos processos judiciais; e (iii) da natural e constitucional

³² Já tive a oportunidade de discorrer sobre o conceito de juridicidade. Para aprofundamento, conferir MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 34 e 35; Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 85.

deferência apriorística que se costuma dar à solução adotada pelo Poder Legislativo, dentro de sua liberdade de conformação; verifica-se que, em muitos casos, concessões remuneratórias acabam não sendo estendidas aos inativos pelo Poder Judiciário, pelo menos não em um primeiro momento.

Além disso – e principalmente –, o objetivo imediato perseguido pelo Poder Público de todo modo é alcançado em quase todas as hipóteses. Ou seja, ainda que alguns anos após o Poder Judiciário determine sua extensão aos inativos, consegue-se de imediato superar os óbices financeiro-orçamentários que dificultariam ou inviabilizariam aquela concessão aos servidores em atividade. E, como consequência, consegue-se melhor gerenciar as pressões, insatisfações e dificuldades decorrentes das demandas das diversas categorias funcionais.

Tudo isso, repita-se, faz com que a utilização das gratificações continue a servir como método de concessão disfarçada de acréscimos remuneratórios.

Assim, da inicialmente explícita concessão de aumentos remuneratórios que não contemplavam todas as categorias, o Poder Público passou a criar cada vez mais autodenominadas gratificações (GEE e assemelhadas), mas com indisfarçado caráter geral (v. supra TJRJ, MS 1998.004.00870). Depois, passou-se a tentar melhor forjar tais gratificações, de tal modo que efetivamente parecessem compensar encargos ou condições especiais ou pessoais (v. supra STF, AgRg no Ag 141.189-9/DF).

Mesmo sem abandonar a estratégia anterior, diante de seu substancial e inegável desgaste perante os Tribunais pátrios, a preferência em seguida passou a recair sobre as

gratificações relacionadas a determinados serviços (v. supra STF, RE 206.083-6/SP).

Tudo, conforme demonstrado no capítulo precedente.

Pois bem. Revelada a verdadeira natureza de muitas gratificações ditas *de serviço*, os esforços então voltaram-se preferencialmente à criação das chamadas gratificações *de desempenho*, como aquela referida pelas **CONSULENTES**, cuja percepção e o próprio valor ficam condicionados a avaliações de desempenho dos servidores em atividade e ao enquadramento em escalas de pontos, percentuais e/ou valores.

Em síntese, os modelos e estratégias vão buscando cada vez mais detalhamento e sofisticação, sempre a partir das balizas estabelecidas pela jurisprudência de nossos Tribunais e, em muitos casos, com aquele mesmo objetivo de outrora, ou seja, no intuito de camuflar acréscimos remuneratórios, assim permitindo sua concessão apenas a determinados grupos de servidores em atividade.

Mesmo especificamente em relação às chamadas gratificações *de desempenho*, diante da orientação que vem sendo firmada pelo Supremo Tribunal Federal há cerca de dez anos, a estratégia do Poder Público já vem passando por modificações e adaptações.

Busca-se cada vez mais estabelecer pressupostos passíveis de preenchimento apenas pelos servidores em atividade, incluindo aí evidentemente o desempenho. Quanto a este, a percepção da gratificação fica formalmente condicionada a avaliação e restrita aos servidores em atividade, ou limitada em valor bastante inferior para os inativos.

Na prática, no entanto, as avaliações não são regulamentadas, sequer são feitas ou são feitas apenas como formalidade.

Evidentemente, em alguns casos, busca-se realmente incentivar e premiar o desempenho, criar efetiva vantagem remuneratória sem caráter geral, instituir verdadeira gratificação. Mas o que se vê na maior parte dos casos é, ainda, o tantas vezes repetido *aumento disfarçado*.

O cenário, então, apesar das fórmulas sofisticadas e de aparente juridicidade, é de avaliações feitas apenas “para constar”, inexecutáveis ou que nada apuram, de desempenhos que não são avaliados efetivamente, e de situações em que todos percebem a gratificação (ou percebem nos patamares mais elevados), exceto os aposentados.

E há cerca de dez anos nossos Tribunais novamente vêm mapeando as estratégias utilizadas e, a partir delas, prosseguindo na tarefa de fixar os contornos da regra da paridade.

Assim, inicialmente, o Supremo Tribunal Federal³³ afirmou a impossibilidade do estabelecimento de pagamento em valores inferiores para os inativos, em relação ao mínimo que todos os servidores em atividade recebem independentemente de avaliação. Afirmou-se, ainda, a necessidade de pagamentos paritários aos inativos na

³³ RE 476.279-0/DF; Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Julgamento: 19/04/2007; Órgão Julgador: Tribunal Pleno (transcrição da ementa). Em 19/02/2009, o precedente foi reafirmado pelo Tribunal Pleno em sede de repercussão geral (RG QO RE 597.154/PB, Rel.: Min. Gilmar Mendes)

ausência da regulamentação necessária à implementação das avaliações.

Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa – GDATA – instituída pela L. 10.404/2002: extensão a inativos: pontuação variável conforme a sucessão de leis regentes da vantagem.

RE conhecido e provido, em parte, para que a GDATA seja deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e nos termos do art. 5º, parágrafo único, da L. 10.404/2002, para o período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o art. 1º da MPv. 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos.

Na oportunidade, firmou-se o entendimento de que, a despeito da legislação de regência ter instituído gratificação *pro labore faciendo*, sem caráter geral *a priori*, o estabelecimento de um valor mínimo a ser percebido por todos independentemente de avaliação confere àquela mesma gratificação “natureza mista”, devendo necessariamente ser estendida aos inativos aquela parcela mínima.

Definiu-se, ainda, que a falta de regulamentação das avaliações, *si et in quantum*, confere à gratificação instituída caráter geral, impondo o pagamento também aos inativos daquilo que for pago aos servidores em atividade até a regulamentação das avaliações prevista no diploma instituidor. Não se admite, assim, o estabelecimento pela legislação de valores diversos para ativos e inativos enquanto avaliação não houver.

Mais adiante, tratando de regramento quase idêntico, nossa Corte Suprema³⁴ reafirmou esse entendimento. Mas, adicionalmente, diante do tempo de vigência de diversas gratificações quase idênticas sem que adviessem as pertinentes avaliações, durante os debates, explicitou perplexidade com a demora, bem como preocupação com a estratégia adotada pelo Poder Público e suas consequências prejudiciais aos aposentados.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE DE SEGURIDADE SOCIAL E DO TRABALHO – GDASST, INSTITUÍDA PELA LEI 10.483/2002. EXTENSÃO. SERVIDORES INATIVOS. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I – Gratificação de desempenho que deve ser estendida aos inativos no valor de 60 (sessenta) pontos, a partir do advento da Medida Provisória 198/2004, convertida na Lei 10.971/2004, que alterou a sua base de cálculo.

II – **Embora de natureza *pro labore faciendo*, a falta de regulamentação das avaliações de desempenho, transmuda a GDASST em uma gratificação de natureza genérica, extensível aos servidores inativos.**

III – Inocorrência, na espécie, de violação ao princípio da isonomia.

IV – Recurso extraordinário desprovido.

Quanto à preocupação e à perplexidade externadas, por todos, colha-se a manifestação de voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Gilmar Mendes, que parece bem resumir a opinião que prevaleceu na Corte:

³⁴ RE 572.052-7/RN; Rel.: Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Julgamento: 11/02/2009; Órgão Julgador: Tribunal Pleno (transcrição da ementa e de trecho dos debates). Em 19/02/2009, o precedente foi reafirmado pelo Tribunal Pleno em sede de repercussão geral (RG QO RE 597.154/PB, Rel.: Min. Gilmar Mendes)

Também acompanho o Relator, já com as ressalvas feitas em relação a essas perplexidades, porque, em rigor, sabemos que a remuneração dos servidores é composta por essa suposta parcela variável.

Se nós entendermos, ao longo dos anos, que essa parcela pode ser alterada ou até eliminada em relação aos inativos, a despeito dos índices baixos de inflação, é certo que num curto espaço de tempo, dez, doze anos, teremos uma tal defasagem entre inativos e ativos que resultará em fraude à Constituição, porque, claro, vão-se criar novas gratificações apenas para os da ativa. Somente os servidores da ativa é que serão contemplados com esse benefício.

Por isso, parece-me arriscada a leitura agora do novo § 8º do art. 40 de modo a permitir ou dar à Administração e à legislatura essa faculdade. Parece-me que isso revelaria realmente a possibilidade de, em um curto espaço de tempo, provocar o aniquilamento dos proventos dos servidores inativos diante da insidiosa situação inflacionária que de quatro, cinco, seis por cento ao ano acaba por levar, num acumulado de dez anos, a uma expressiva erosão do poder de compra, do poder aquisitivo.

Estou, todavia, em que é dado ao legislador fixar, tendo em vista a dificuldade de avaliação, num patamar mínimo, a alteração dos proventos dos inativos; patamar mínimo que seja observado também para aqueles servidores da atividade que estejam nessa faixa, nesse piso salarial. **Mas aqui, vimos que se criou uma situação, talvez para se engendrar uma suposta situação de constitucionalidade, se engendrou um quadro especial, porque se para os ativos do patamar de sessenta pontos e, para os inativos, deu-se o patamar de trinta pontos.**

Portanto, a fraude à Constituição aí fica evidente.

Dois anos após, o entendimento foi novamente reafirmado pelo Supremo, em sede de repercussão geral, agora tratando de outras três gratificações quase idênticas. Nos três casos, a legislação de regência também fixava a percepção da gratificação de desempenho pelos servidores ativos, até que sobreviesse a avaliação de seu desempenho, em patamar bastante superior ao percebido pelos aposentados (em um dos casos, os servidores em atividade recebiam o valor integral da gratificação desde a sua criação enquanto os inativos recebiam apenas metade).

RECURSO. Extraordinário. Gratificação de Desempenho da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho – GDPST. Critérios de cálculo. Extensão. Servidores públicos inativos. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. Reafirmação da jurisprudência. Recurso improvido. **É compatível com a Constituição a extensão, aos servidores públicos inativos, dos critérios de cálculo da GDPST estabelecidos para os servidores públicos em atividade.**³⁵

• • •

RECURSO. Extraordinário. Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa e de Suporte – GDPGTAS. Critérios de cálculo. Extensão. Servidores públicos inativos. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. Reafirmação da jurisprudência. Recurso improvido. **É compatível com a Constituição a extensão, aos servidores públicos inativos, dos critérios de cálculo da Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-**

³⁵ RE 631.880/CE; Rel.: Min. CESAR PELUSO; Julgamento: 09/06/2011; Órgão Julgador: Tribunal Pleno (transcrição da ementa).

Administrativa e de Suporte – GDPGTAS estabelecidos para os servidores públicos em atividade.³⁶

• • •

RECURSO. Agravo convertido em Extraordinário. Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa do Meio Ambiente – GDAMB. Critérios de cálculo. Extensão. Servidores públicos inativos e pensionistas. Precedentes. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação da jurisprudência. Recurso improvido. **É compatível com a Constituição a extensão, aos servidores públicos inativos e pensionistas, dos critérios de cálculo da Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa do Meio Ambiente – GDAMB estabelecidos para os servidores públicos em atividade.**³⁷

Mais dois anos se passaram e nossa Corte Suprema³⁸ uma vez mais teve a oportunidade de reafirmar aquela tese consolidada seis anos antes. E nessa nova oportunidade, a regulamentação das avaliações tinha sido finalmente editada e as avaliações referentes a algumas das leis apreciadas haviam finalmente ocorrido.

O Tribunal, assim, inobstante as novas ocorrências tenham se dado após a interposição do recurso em julgamento, preocupou-se em enunciar, de forma clara, as avaliações em si como termo final da igualação entre ativos e inativos até ali determinada:

³⁶ RE 633.933/CE; Rel.: Min. CESAR PELUSO; Julgamento: 09/06/2011; Órgão Julgador: Tribunal Pleno (transcrição da ementa).

³⁷ ARE 642.827/ES; Rel.: Min. CESAR PELUSO; Julgamento: 23/06/2011; Órgão Julgador: Tribunal Pleno (transcrição da ementa)

³⁸ RE 631.389/CE; Rel.: Min. MARCO AURÉLIO; Julgamento: 25/09/2013; Órgão Julgador: Tribunal Pleno (transcrição da ementa e de trecho dos debates)

GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DO PLANO GERAL DE CARGOS DO PODER EXECUTIVO – GDPGPE – LEI Nº 11.357/06. Homenageia o tratamento igualitário decisão que, **até a avaliação dos servidores em atividade**, implica a observância da mesma pontuação – 80 – no tocante a inativos e pensionistas.

Na oportunidade, o Supremo se viu diante de fator até então inédito, e mais uma vez revelador do aprimoramento das estratégias do Poder Público no tratamento das gratificações em relação à regra da paridade: a regulamentação das avaliações previa que seus efeitos financeiros (das avaliações atuais) retroagiriam a janeiro de 2009, mais de dois anos antes de sua edição. E previam a compensação dos valores pagos no período a título da gratificação de desempenho com os que se apurasse efetivamente devidos com a nova e retroativa avaliação.

Em tese, a retroação e a compensação poderiam gerar novamente prejuízo aos inativos. Isto porque, por mais de dois anos, teriam recebido valor bastante superior àquele mínimo estabelecido na lei de regência desde a origem e ao qual agora fariam jus. Ou seja, de acordo com a orientação do Supremo Tribunal Federal, o valor mínimo previsto em lei a que fariam jus teria vigência a partir da primeira avaliação dos servidores em atividade. Mas a regulamentação fazia aquele valor mínimo legal retroagir a janeiro de 2009³⁹.

³⁹ Registre-se, *en passant*, que, embora na parte dispositiva do julgado e na ementa não se tenha feito referência, no julgamento do já mencionado RE 572.052/RN, em 2009, foi registrada preocupação com a possibilidade de avaliação posterior implicar na redução dos valores percebidos pelos inativos, tendo os Eminentes Ministros Cezar Peluso, Carlos Britto, Menezes Direito e Gilmar Mendes sustentado que a regulamentação posterior não poderia reduzir o valor percebido pelos inativos, sob pena de ofensa à irredutibilidade de vencimentos. Não cabe aqui aprofundar a discussão, avaliando a regulamentação

Embora os novos fatos fossem indiferentes ao julgamento em questão – e, por esta razão, não tenham sido objeto de deliberação específica –, a preocupação com o longo tempo decorrido e com as mais recentes estratégias adotadas pelo Poder Público novamente mereceram considerações, conforme se verifica, por todos, de trechos dos votos proferidos, respectivamente, pelos Eminentíssimos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes:

Senhor Presidente, não há, no caso em julgamento, controvérsia no acórdão recorrido em relação à natureza desta gratificação, haja vista que não houve recurso por parte do particular. Houvesse recurso aqui por parte do particular, eu estaria a dar provimento ao seu recurso, exatamente por aquilo que eu já lançara anteriormente e que, agora há pouco, o Ministro Gilmar Mendes trouxe à baila também. Faz-se um projeto de lei, ou edita-se uma medida provisória, que precisam da aprovação do parlamento - que é o mais difícil -, e a regulamentação dessa lei, que é por decreto do Executivo, leva dois anos no caso concreto? Ou seja, todos esses servidores da ativa do departamento receberam, no ano cheio de 2009 e no ano cheio de 2010, 80% (oitenta por cento), a título de tal gratificação. Por ter ela caráter geral, os aposentados e os pensionistas teriam todo o direito de pedir a extensão do benefício, na ausência da regulamentação e de avaliação, a fim de receberem os mesmos 80 % (oitenta por cento), e não os 50% (cinquenta por cento). Ora, por dois anos, àqueles que estão na ativa ou que estavam na ativa incorporaram essa gratificação em 80% (oitenta por cento). Aí, em 2011, vem uma avaliação, sob o pretexto de ser retroativa e

mencionada e as ocorrências posteriores, eis que escapam aos limites do presente trabalho.

de compensar a remuneração adrede recebida. Como eles foram avaliados, se não havia os parâmetros dessa avaliação? Isto é importante para a Administração Pública, isso é importante porque esses temas chegam ao Judiciário por conta da má gestão. Se, assim que fosse editada a medida provisória, no mesmo dia, se lançasse o decreto regulamentador, ou se, durante a tramitação do projeto de lei, a Secretaria de Recursos Humanos e o Ministério do Planejamento encaminhassem à Casa Civil a regulamentação dessa avaliação e, assim que viesse o projeto de lei para ser, então, sancionado e transformado em lei, concomitantemente, se editasse o decreto presidencial, aí, sim, nós poderíamos falar em uma gratificação *pro labore faciendo*. Havendo uma incorporação, um lapso temporal em que esse valor se incorpora ao patrimônio do cidadão - sem avaliação -, *data venia*, isso acaba nos levando a deparar com a questão da irredutibilidade de vencimentos. A Administração é que está gerando aos cofres públicos e ao Tesouro Nacional esse problema. E eu sei o quanto que a Advocacia-Geral da União, a Procuradoria-Geral Federal se desdobram para bem defender, como acabou de fazer, o erário público.

(...)

Pois bem, já concluindo o meu voto, o tema já foi bastante debatido. Este voto é mais um *obiter dictum* para a Administração Pública, em especial para o Ministério do Planejamento, para que atue a tempo e hora para evitar causar esses dissabores aos seus servidores, aos seus aposentados e aos seus pensionistas, com desdobramentos para o Poder Judiciário, pois traz essas demandas à seara do Poder Judiciário. A solução dada, com a negativa de provimento e com a conformação, no caso concreto, do particular, está para o erário público de bom tamanho. E, na ementa trazida pelo Ministro Marco Aurélio, está, eu diria, de

excelente tamanho, porque isso passará a ter repercussão geral. **Mas que o Executivo atente para essa necessidade, para que, amanhã ou depois, não estejamos aqui a analisar situações em que, depois de seis anos, Ministro Marco Aurélio, Ministro Presidente, em que isso está sendo incorporado pelo particular, o qual vem recebendo uma gratificação de 80% (oitenta por cento), apareça um critério, por meio de um decreto que deveria ter sido editado anos antes - no momento da edição da medida provisória ou no momento da sanção da lei -, que impacte a remuneração de um servidor, de um pensionista ou de um aposentado.** Está de bom tamanho, eu repito. Feitas essas considerações, acompanho o Relator.

• • •

Senhor Presidente, também eu, quando preparava as notas para este julgamento, recordava dos precedentes que já foram aqui citados a partir do RE nº 476.279, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que tratou já da multicitada GDATA, e também lembrava precedente de minha relatoria: a repercussão geral, questão de ordem, Recurso Extraordinário nº 597.154. Neste precedente houve parcial provimento, fixou-se o entendimento de que os critérios de pontuação da GDATA, em relação aos servidores públicos inativos, deveriam ser estabelecidos de acordo com a sucessão de leis de regência. O acórdão tem a seguinte ementa: "Gratificação de Desempenho de Atividade TécnicoAdministrativa - GDATA - instituída pela L. 10.404/2002: extensão a inativos: pontuação variável conforme a sucessão de leis regentes da vantagem. RE conhecido e provido, em parte, para que a GDATA seja deferida aos inativos nos valores

correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e nos termos do art. 5º, parágrafo único, da L. 10.404/2002, para o período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o art. 1º da MPv. 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos” (RE 476.279/DF). A razão, como nós sabemos, é de que não havia como distinguir efetivamente a situação dos inativos e dos servidores de atividade. (...)

Se, de fato, houve aqui excessos, ocorreu por parte da omissão da própria Administração Pública em implementar o modelo de avaliação: não instaurar o tal ciclo de avaliação. E isto realmente resultaria problemático. **Eu imagino que tanto esse modelo de compensação já se faz complexo, quando se trata de reduzir ou compensar parcelas pagas, especialmente se daqui a pouco nós passarmos – e quase que se passou neste caso – pelo número cabalístico de cinco anos.** Nós sabemos dos debates que temos aqui no Supremo Tribunal Federal a propósito das revisões e decisões do Tribunal de Contas da União quando passamos do prazo. Hoje isso está inclusive na Lei nº 9.784 sobre procedimento administrativo. **Agora, o que os aposentados têm com isso? Quer dizer, agora vai se fazer essa compensação em relação aos aposentados? Quer dizer, aceita a possibilidade de se fazer esse desconto compensação em relação ao pessoal da ativa por conta desse atraso no manejo administrativo, como impactar o aposentado?** (...)

Verifica-se, pois, que, conforme acima sustentado, os mecanismos utilizados pelo Poder Público são cada vez mais

detalhadamente elaborados e estampam *prima facie* aparência de juridicidade, levando em conta as balizas fixadas nos precedentes jurisprudenciais a respeito da regra da paridade.

Inobstante, verifica-se, pois, na mesma medida, que, a despeito de suas fórmulas e aparências, grande parte das *gratificações* instituídas – incluindo aí as chamadas *gratificações de desempenho* – costumam ser nada mais do que aumentos remuneratórios disfarçados, exatamente como ocorria outrora.

Por isso é importante ter em vista que a natureza de cada concessão remuneratória, repita-se uma vez mais, não advém de sua nomenclatura e, como demonstrado, nem mesmo exclusivamente das suas abstratas previsões legais de regência. A mera previsão abstrata da gratificação como retribuição por desempenho e mesmo a previsão abstrata de avaliações periódicas deste desempenho não são suficientes para afastar a incidência da regra da paridade no caso concreto.

Há mais, porém. Especialmente diante desse cenário e do histórico até aqui retratados, nem a regulamentação do processo de avaliação ou mesmo a própria realização de avaliações por si só é suficiente para demarcar a pretendida natureza de *gratificação*.

Avaliações que nada avaliam – constituindo mera formalidade, apenas para dar aparência de juridicidade à gratificação instituída –, avaliações inexecutáveis e avaliações que não guardam relação com o motivo declarado para o pagamento da gratificação não são de molde *de per si* a conferir natureza de gratificação a alguma concessão remuneratória. Retratam, em verdade, o mesmo cenário que

levou o Supremo Tribunal Federal a reputar inconstitucional a restrição do pagamento aos servidores em atividade, por violação à regra da paridade.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, avaliações realizadas sem periodicidade razoável, ou seja, após longos intervalos, previsões legais de hipóteses variadas de pagamento independentemente da avaliação e situações em que todos percebem a gratificação (ou percebem nos patamares mais elevados), exceto os aposentados, são indícios da configuração de verdadeiro acréscimo remuneratório. E, assim, para a verificação segura de sua natureza, exigem o cotejamento com os demais elementos que formam a realidade normativa e concreta daquela concessão.

Tome-se, novamente, a título de exemplo, o caso concreto apreciado pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁰ no último dos precedentes citados. Praticamente nove anos após a vigência da *gratificação de desempenho* em questão, finalmente veio a lume a regulamentação e, em seguida, o início do ciclo de avaliações. Mas a regulamentação editada, a seu turno, afirma a projeção retroativa a dois anos de seus efeitos.

Evidente que, conforme *obiter dictum* registrado pela Corte Suprema naquele julgamento, aquela retroação afirmada não poderia gerar os efeitos de efetiva avaliação, posto que avaliação não houve.

A natureza das concessões, portanto, especialmente no contexto aqui tratado, não se extrai da nomenclatura

⁴⁰ RE 631.389/CE; Rel.: Min. MARCO AURÉLIO; Julgamento: 25/09/2013; Órgão Julgador: Tribunal Pleno

adotada e nem exclusivamente das previsões legais abstratas, mas de sua realidade normativa e concreta.

E essa própria realidade pode se alterar, trazendo em tal mudança a transmutação da natureza da concessão, conforme explicitado pelo Supremo Tribunal⁴¹ em julgamento citado anteriormente (RE 476.279-0/DF; Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Julgamento: 19/04/2007; Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Cabe, assim, ao intérprete, sopesar todos os elementos que circundam tal sorte de concessões, com vistas a sindicá-las sua natureza a partir da realidade normativa e concreta. Sobre tais elementos, não parece sequer possível estabelecer aqui aprioristicamente um rol exaustivo, diante de sua significativa diversidade e, especialmente, diante da sofisticação dos modelos e do constante aprimoramento das estratégias, conforme demonstrado até aqui.

⁴¹ São muitos os casos de gratificações que passam por modificações que implicam em alteração de sua natureza inicial. Por vezes, as demandas dos beneficiários e pretendentes levam a modificações na lei instituidora ou em sua regulamentação, que passam a “generalizar” uma concessão originariamente “específica”. Em outros casos, os procedimentos ou o próprio comportamento do Poder Público em relação àquela gratificação se modifica de forma deliberada e permanente, desnaturando a concessão original. Exemplo típico é o da gratificação do *Programa Nova Escola*, do Estado do Rio de Janeiro, condicionada e escalonada conforme o desempenho avaliado das unidades escolares. Embora recentemente o Tribunal de Justiça tenha se posicionado no sentido de que a referida gratificação sempre teve natureza de concessão remuneratória geral, durante sua vigência tal como instituída, a jurisprudência do próprio Tribunal rejeitava as pretensões de extensão a inativos ou afastados, ao confrontar-se com sua realidade concreta e normativa. Inobstante, paulatinamente, a legislação de regência foi sendo alterada, fazendo concessões em substituição às restrições e ampliando as hipóteses de pagamento. Posteriormente, a Administração suspendeu as avaliações e passou a permanentemente fazer os pagamentos com base na última avaliação realizada, desnaturando em definitivo a concessão original. Por fim, constatada a transmutação de gratificação em acréscimo remuneratório geral, o Poder Público editou lei determinando a incidência de contribuição previdenciária sobre aquela rubrica.

É possível, entretanto, arrolar desde já como exercícios essenciais para tal sindicância a identificação (i) dos grupos beneficiários, (ii) da existência ou não de avaliações, (iii) da efetividade de tais avaliações, (iv) da relação de pertinência entre as avaliações e o fator/desempenho que se pretende retribuir ou compensar, (v) da coerência entre a lei de regência e suas regulamentação e implantação e (vi) da incidência ou não de contribuição previdenciária na hipótese.

Também necessariamente devem merecer especial atenção do intérprete (vii) eventuais hipóteses de percepção independentemente de avaliação – verificando, neste caso, quantas e quais são – e (viii) eventuais hipóteses de incorporação pelos servidores em atividade – verificando, neste caso, o tempo necessário para tal incorporação –, bem como (ix) a representatividade do percentual do valor da gratificação em relação à remuneração total dos beneficiários – verificando, neste caso, se constitui a sua maior parte – e, ainda, (x) se aludida gratificação serve como base de cálculo para outras vantagens, como o adicional por tempo de serviço.

6. A Gratificação de Encargos Especiais e a Gratificação de Atividade Fazendária objeto da consulta - Conclusões

Caminhando para as conclusões, no caso trazido pelas **CONSULENTES**, verifica-se de antemão que, segundo a própria legislação de regência, sequer se está diante da criação de uma nova gratificação, mas de uma figura nova, denominada como complementação de gratificação existente. E mesmo pretendendo aumentar o valor de uma

gratificação que já existia, cuidou o Poder Público agora de estabelecer fórmula que prevê a exclusão dos inativos do rol de seus beneficiários.

Tudo isso, inobstante aqueles inativos tenham laborado na mesma atividade dos destinatários do aumento, inobstante referida gratificação tenha sido incorporada pelos inativos (com regra de incorporação até mais rigorosa, frise-se) e inobstante já houvesse a previsão de avaliações naquela época.

Ou seja, muito embora os aposentados já tenham atendido, no passado, todos os pressupostos para receber a gratificação em seu valor máximo, foram agora instituídos novos pressupostos para que se receba o valor acrescido, acréscimo este que a nova legislação, repita-se, denomina complementação e trata como se nova rubrica fosse (talvez pelos óbices que encontraria uma pretensão de criação de uma segunda gratificação de desempenho para uma mesma carreira de servidores).

A Gratificação de Desempenho Fazendário *original* (regida atualmente pela Lei 1.933, de 1992, do Município do Rio de Janeiro) incorpora-se em definitivo à remuneração de cada servidor após oito anos consecutivos de percepção contínua ou doze anos de percepção total, mas interpolada (o artigo 3º, do Decreto 9.331, de 1990 – que regulamentou a lei instituidora da referida Gratificação – permitiu a imediata incorporação, no limite máximo, a quem se aposentasse voluntariamente em até trinta dias de sua edição).

Ainda de acordo com a legislação de regência, a Gratificação de Atividade Fazendária *original* é percebida mesmo em algumas hipóteses de afastamento do servidor

(neste caso calculada pela média aritmética dos pontos obtidos nos doze meses imediatamente anteriores ao afastamento).

Do apanhado de contracheques de alguns servidores e períodos que foi apresentado pelas **CONSULENTES**, pode depreender-se que, em geral, ao longo do tempo, a Gratificação de Atividade Fazendária *original* vem representando cerca de dois terços da remuneração total dos servidores, em alguns períodos e casos chegando a noventa por cento. Seu valor chegou a superar em mais de oito vezes o valor do vencimento-base. É base de cálculo para os triênios e sofre incidência de contribuição previdenciária.

E, a despeito da previsão de avaliação que sempre existiu, segundo as **CONSULENTES**, todos os beneficiários a percebem em seu patamar máximo (o que parece corroborado pelos documentos pinçados e apresentados a título de exemplo).

Por sua vez, a Gratificação de Atividade Fazendária *complemento*, regida pela Lei 6.064, de 2016, do Município do Rio de Janeiro, embora tratada como se constituísse vantagem nova e dissociada da *original* (de forma contraditória, repita-se, à sua expressa referência como um *complemento* do que já existe), sequer possui destaque autônomo nos contracheques. Os servidores em atividade percebem uma só e mesma Gratificação de Atividade Fazendária, havendo distinção entre *original* e *complemento* apenas no processo de apuração de seu valor.

Reduzindo o prazo necessário em relação à *original*, a legislação de regência prevê sua incorporação em definitivo à remuneração de cada servidor após cinco anos consecutivos de percepção contínua ou dez anos de

percepção total, mas interpolada (a lei prevê a referida incorporação no patamar máximo percebido “no período exigido para a incorporação”).

Ainda de acordo com a legislação de regência, também a Gratificação de Atividade Fazendária *complemento* é percebida mesmo em algumas hipóteses de afastamento do servidor. A lei dispensa a avaliação e já prevê a percepção no patamar máximo pelos ocupantes de cargos de provimento em comissão.

Além disso, a despeito de afirmar sua *ratio* no desempenho avaliado e no incremento da atividade arrecadatória, a própria lei cuidou de estabelecer valores escalonados em decorrência do maior ou menor tempo de serviço do beneficiário, sem qualquer relação com a avaliação nesse ponto. E não define parâmetros mínimos para as avaliações.

A regulamentação editada (Decreto nº. 42.267, de 2016, e Resolução SMF nº. 2.908, de 2016), por sua vez, estabelece “Fatores de Avaliação de Desempenho” gerais (qualificação, capacidade de trabalho em equipe, visão institucional e características comportamentais) que não guardam relação de pertinência com a atividade de arrecadação, alegado fator ensejador do benefício. E prevê a percepção do *complemento* em seu patamar máximo já para aquele que obtenha cinquenta por cento da nota máxima total possível (oitenta, por oito quesitos avaliados com notas de um a dez). Isto, apesar de a própria regulamentação estabelecer que as notas cinco e seis – ou seja, cinquenta e sessenta por cento da nota possível em cada quesito – significam que o servidor “*Atende parcialmente às expectativas quanto ao padrão esperado de desempenho definido para a competência avaliada. O*

desempenho alterna entre atendimento e não atendimento. Precisa melhorar o desempenho. Necessidade de interferência do gestor com alguma frequência”.

Em suma, por si só, a própria regulamentação de antemão (i) estabelece como objeto de avaliação fatores que não estão relacionados com o fator de discriminação alegado para a escolha dos grupos beneficiários (o chamado “Grupo Fazendário”) e (ii) determina a percepção da Gratificação de Atividade Fazendária *complemento* em seu patamar máximo mesmo para aquele servidor cuja avaliação significa que “*As evidências de atendimento aos indicadores avaliados deixam a desejar”.*

Do apanhado de contracheques de alguns servidores e períodos que foi apresentado pelas **CONSULENTES**, pode depreender-se que, atualmente, a Gratificação de Atividade Fazendária (*original mais complemento*) vem representando no mínimo mais metade da remuneração total dos servidores beneficiados. Seu valor atual supera em cerca de seis vezes o valor do vencimento-base. Ainda é base de cálculo para os triênios e sofre incidência de contribuição previdenciária.

E, a despeito da efetiva formalização de mapas de avaliação, segundo as **CONSULENTES**, todos os beneficiários a percebem em seu patamar máximo (o que parece novamente corroborado pelos documentos apresentados a título de exemplo).

Parece inafastável, concluir, com base em tais elementos e com as premissas extraídas dos itens precedentes, que a Gratificação de Atividade Fazendária *complemento* não possui natureza jurídica de verdadeira gratificação, mas também se consubstancia em acréscimo remuneratório disfarçado.

Finalmente, em relação à Gratificação de Encargos Especiais concedida por despacho de autorização proferido no Ofício SMF nº. 330, de 2014, os inequívocos termos do próprio referido Ofício e os *Mapas de Produtividade* do período em que foi paga a dita *Gratificação* demonstram que seu objetivo declarado era antecipar os efeitos de eventual aprovação, pela Câmara Municipal, do Projeto de Lei nº. 561, de 2013, que redundou na Lei nº. 6.064, de 2016. E não compensar quaisquer eventuais encargos especiais. Aliás, os *Mapas de Produtividade* do período apresentados pelas **CONSULENTES** a título de exemplo demonstram que a Administração Pública lançava mão dos termos do Projeto de Lei nº. 561 já como referência para o pagamento daquela dita Gratificação de Encargos Especiais.

A Gratificação de Encargos concedida pelo Ofício SMF nº. 330, com efeitos temporários, foi seguida da gratificação concedida pela Lei 6.064/2016, tendo as gratificações denominações distintas, mas conteúdo aparentemente idêntico.

Portanto, as referidas gratificações devem ser tratadas como acréscimo remuneratório disfarçado e, portanto, merecem extensão aos inativos que estejam sujeitos à chamada regra da paridade. No caso da primeira, ou seja, da Gratificação de Encargos Especiais prevista no Ofício SMF nº. 330, com a peculiaridade de que, em razão de ter sido concedida de forma temporária e de já ter advindo seu termo final, tal extensão consubstanciar-se-á exclusivamente no direito ao recebimento de valores pretéritos.

Vale observar, ainda, que, constatada a natureza de acréscimo remuneratório, a imposição legal de percepção por cinco ou oito anos para incorporação não pode ser óbice

à extensão aqui tratada, conforme consignado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do antes citado RE 206.083-6/SP, em que se discutia gratificação regida por lei que estabelecia a incorporação paulatina da autointitulada gratificação ("*1/30 por ano*").

Em síntese, no caso concreto aqui tratado, tal como nos precedentes jurisprudenciais antes apresentados, não há, pois, como limitar a análise à formal prescrição literal dos atos normativos em exame, sob pena de vulnerar-se o próprio Direito.

7. Resposta aos quesitos

Diante do que se expôs, respondendo objetivamente aos quesitos formulados:

(i) *É possível afirmar que a Lei nº 6.064/2016 apenas deu nova roupagem jurídica ao Ofício SMF nº 330/2014, pois o aumento salarial por ela concedido aos Agentes de Fazenda e Controladores de Arrecadação do Município do Rio de Janeiro, mediante a majoração do limite da Gratificação de Desempenho Fazendário, já vinha sendo pago aos servidores através da Gratificação de Encargos Especiais? É possível tratar o Ofício SMF nº 330/2014 e a Lei nº 6.064/2016 como um sistema normativo uniforme, que concedeu um único aumento à remuneração dos servidores integrantes do chamado Grupo Fazendário?*

Resposta:

Sim, pois a Gratificação de Encargos concedida pelo Ofício SMF nº. 330, com efeitos temporários, foi seguida da

gratificação concedida pela Lei 6.064/2016, tendo as gratificações denominações distintas, mas conteúdo material comum.

Por serem aparentemente idênticas e por conterem a mesma essência, ambos devem receber o mesmo tratamento jurídico, qual seja, aquele atribuído aos atos normativos concessivos de acréscimos remuneratórios concedidos a determinadas categorias de servidores.

Portanto, as referidas gratificações devem ser tratadas como acréscimo remuneratório disfarçado e merecem extensão aos inativos que estejam sujeitos à chamada regra da paridade.

No caso da primeira, ou seja, da Gratificação de Encargos Especiais prevista no Ofício SMF nº. 330, com a peculiaridade de que, em razão de ter sido concedida de forma temporária e de já ter advindo seu termo final, tal extensão consubstanciar-se-á exclusivamente no direito ao recebimento de valores pretéritos.

(ii) É possível afirmar que essa majoração na remuneração dos servidores se tratou de um aumento salarial dotado de generalidade, atingindo indistintamente a todos os Agentes de Fazenda e Controladores de Arrecadação que se encontram na ativa?

Resposta:

Sim, com valores distintos para Agentes de Fazenda (sessenta a cento e vinte pontos) e Controladores de Arrecadação (cento e quarenta pontos).

(iii) É possível concluir que as avaliações de desempenho, utilizadas para fins de pagamento da Gratificação de Desempenho Fazendário e de sua complementação se traduzem em mera formalidade, pois os servidores percebem, cada qual em sua categoria, a pontuação máxima?

Resposta:

Sim. Avaliações que nada avaliam – constituindo mera formalidade, apenas para dar aparência de juridicidade à gratificação instituída –, avaliações inexecutáveis e avaliações que não guardam relação com o motivo declarado para o pagamento da gratificação não são de molde *de per se* a conferir natureza de gratificação de desempenho a alguma concessão remuneratória.

Retratam, em verdade, o mesmo cenário que levou o Supremo Tribunal Federal a reputar inconstitucional a restrição do pagamento aos servidores em atividade, por violação à regra da paridade.

Tendo em vista o substrato fático fornecido pela CONSULENTE, observa-se que a denominação Gratificação de Desempenho Fazendário afigura-se como mera roupagem, porquanto na realidade todos os beneficiários a percebem em seu patamar máximo.

(iv) Considerando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível afirmar que os servidores públicos inativos beneficiados pela regra da paridade remuneratória fazem jus a aumentos salariais concedidos a servidores ativos, inclusive aqueles realizados mediante o pagamento de gratificações dotadas de caráter genérico?

Resposta:

Sim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que *os servidores públicos inativos beneficiados pela regra da paridade remuneratória fazem jus a aumentos salariais concedidos a servidores ativos, sobretudo os aumentos disfarçados, por meio das gratificações nomeadamente "de desempenho", mas materialmente "de caráter genérico"*.

O Supremo Tribunal Federal entende ser inconstitucional um aumento linear e indistinto disfarçado de gratificação por violar a regra da paridade que encontra assento constitucional.

(v) É possível afirmar que os benefícios implementados pelo Ofício SMF nº 330/2014 e pela Lei nº 6.064/2016 no sistema remuneratório dos servidores públicos municipais integrantes das categorias dos Agentes de Fazenda e dos Controladores de Arrecadação deve ser estendido aos servidores inativos que fazem jus à regra da paridade?

Resposta:

Sim. Parece inafastável, concluir, com base nos elementos fáticos apresentados pelas CONSULENTES e nas premissas extraídas do presente opinamento, que os benefícios implementados pelo Ofício SMF nº 330/2014 e pela Lei nº 6.064/2016 não possuem natureza jurídica de "gratificação de desempenho", mas consubstanciam acréscimos remuneratórios disfarçados que, portanto, merecem extensão aos inativos que estejam sujeitos à chamada regra da paridade.

No caso da Gratificação de Encargos Especiais prevista no Ofício SMF nº. 330, com a peculiaridade de que, em razão de ter sido concedida de forma temporária e de já ter advindo seu termo final, tal extensão consubstanciar-se-á exclusivamente no direito ao recebimento de valores pretéritos.

Vale observar, ainda, que, constatada a natureza de acréscimo remuneratório, a imposição legal de percepção por cinco ou oito anos para incorporação não pode ser óbice à extensão aqui tratada, conforme consignado pelo Supremo Tribunal Federal.

Este é o Parecer,
Salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 18 de abril de 2017.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO
Advogado, Inscrição OAB/RJ 8.275