

ACÓRDÃO TC- 642/2019-4 – SEGUNDA CÂMARA

Processo: 07536/2017-6

Classificação: Tomada de Contas Especial Convertida

UG: PMBSF - Prefeitura Municipal de Barra de São Francisco

Relator: Rodrigo Coelho do Carmo

Responsável: FABIO BASTIANELLE DA SILVA, LUCIANO HENRIQUE SORDINE
PEREIRA, CLEMILDA CAMPOS BARROS, ALENCAR MARIM,
PEDRINHO GODOY DE OLIVEIRA

Denunciante: CARLOS RUBENS DA SILVA

Procurador: JORGE VERANO DA SILVA (OAB: 18432-ES, OAB: 61939-MG)

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
DENÚNICA – EXERCÍCIO 2016 – PAGAMENTO
DE HORAS EXTRAS A SERVIDOR
COMISSIONADO – POSSIBILIDADE –
ILEGALIDADE NA FORMA DE CONCESSÃO –
RESSARCIMENTO – ILEGALIDADE NA
CONCESSÃO DE ADICIONAL DE
INSALUBRIDADE – CONVERTER EM TOMADA
DE CONTAS ESPECIAL – CONTAS REGULARES
COM RESSALVA – CONTAS IRREGULARES –
RECOMENDAÇÃO - APÓS O TRÂNSITO EM
JULGADO - ARQUIVAR.**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO:

I - RELATÓRIO

Cuidam os autos de Denúncia dando conta de possíveis irregularidades na Prefeitura Municipal de Barra de São Francisco, relativas ao exercício de 2016, referentes à ocupação de cargo demissível *ad nutum*, que sem justificavas percebia horas extraordinárias e adicional de insalubridade.

Aduz ainda, que entre o período de 05 de outubro de 2016 a 30 de dezembro de 2016, há folha de pagamento em favor do servidor comissionado Senhor Pedrinho Godoy de Oliveira, sem o correspondente ato de nomeação, devidamente publicado, para cargo na administração.

O denunciante acostou aos autos vários documentos do servidor a fim de comprovar suas alegações, dentre os quais: ficha funcional, decretos de nomeação e exoneração aos cargos comissionados, ficha financeira de 2013 e 2016, e atestados de frequência e de grau de insalubridade nos meses trabalhados.

Por meio de Manifestação Técnica 1415/2017, sugeriu-se a notificação do Senhor Alencar Marim, Prefeito Municipal de Barra de São Francisco para que no prazo de 30 dias prestasse os esclarecimentos e apresentasse documentação.

Por meio da Decisão Monocrática 1834/2017, o relator à época, determinou a notificação do responsável, que apresentou esclarecimentos e documentação.

Elaborada a Instrução Técnica Inicial 241/2018, a equipe técnica sugeriu a citação dos Senhores Luciano Henrique Sordine Pereira, Prefeito Municipal à época, Clemilda Campos Barros, Secretária Municipal de Administração à época, Pedrinho Godoy de Oliveira, servidor público comissionado e Fábio Bastianelle da Silva, Secretário Municipal de Saúde à época.

Devidamente citados, os responsáveis apresentaram justificativas e documentação.

Instada a se manifestar conclusivamente, a equipe técnica, por meio da Instrução Técnica Conclusiva 1118/2019, manifestou-se, nos termos que segue:

“3. CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

3.1 Levando em consideração as análises aqui procedidas e as motivações adotadas nestes autos, que versam sobre Denúncia no âmbito da Prefeitura Municipal de Barra de São Francisco, sugere-se pela PROCEDÊNCIA da Denúncia nos termos do art. 95, II da Lei Complementar 621, de 8 de março de 2012;

3.2. Ainda, por todo exposto, sugere-se a manutenção da seguinte irregularidades:

3.2.1 Nomeação de servidor público sem as formalidades exigidas na Constituição Federal. Base legal: Art. 37, II e V da Constituição Federal. **Responsável individual:** LUCIANO HENRIQUE SORDINE PEREIRA (Prefeito Municipal)

3.1.2 Pagamento de horas extras em desacordo com a lei. Base legal: Art. 37, *caput* da Constituição Federal (princípio da moralidade e legalidade) e art. 75 *caput* e § 1º do Estatuto do Servidor Municipal.

Responsáveis solidários:

LUCIANO HENRIQUE SORDINE PEREIRA (Prefeito Municipal)

CLEMILDA CAMPOS BARROS (Secretária Municipal de Administração)

PEDRINHO GODOY DE OLIVEIRA (Servidor público comissionado)

Ressarcimento: R\$ 7.595,66, equivalentes a VRTE 2.941,113

3.1.3 Pagamento de adicional de insalubridade em desacordo com a lei. Base legal: Art. 37, *caput* da Constituição Federal (princípio da moralidade e legalidade) e art. 70 e 71 do Estatuto do Servidor Municipal.

Responsáveis solidários:

LUCIANO HENRIQUE SORDINE PEREIRA (Prefeito Municipal)

FÁBIO BASTIANELLE DA SILVA (Secretário Municipal de Saúde)

PEDRINHO GODOY DE OLIVEIRA (Servidor público comissionado)

Ressarcimento: R\$ 5.041,03 equivalentes a VRTE 1.932,58

3.2 Dessa forma, diante do preceituado no art. 319, da Res. TC 261/2013, conclui-se opinando por:

3.2.1. Rejeitar as razões apresentadas pelo Sr. Luciano Henrique Sordine Pereira, mantendo a irregularidade prevista no item 2.1 desta ITC;

3.2.2. Em razão da manutenção da irregularidade prevista no item 3.1.1, sugere-se a **aplicação de multa** ao responsável Sr. Luciano Henrique Sordine Pereira, com amparo nos arts. 1º, XXXII, 131, 132 e 135, II da Lei Complementar 621, de 8 de março de 2012;

3.2.3. Rejeitar as razões apresentadas pelo Sr. Luciano Henrique Sordine Pereira, Sra. Clemilda Campos Barros e Pedrinho Godoy de Oliveira, mantendo a irregularidade prevista no item 2.2 desta ITC, inclusive no tocante ao **ressarcimento do valor** de R\$ 7.595,66, equivalentes a VRTE 2.941,11, de forma solidária entre os responsáveis;

3.2.4. Em razão da manutenção da irregularidade prevista no item 3.1.2, sugere-se a **aplicação de multa** aos responsáveis Sr. Luciano Henrique Sordine Pereira e pela Sra. Clemilda Campos Barros, com amparo nos arts. 1º, XXXII, 131, 132 e 135, II da Lei Complementar 621, de 8 de março de 2012;

3.2.5. Rejeitar as razões apresentadas pelos Srs. Luciano Henrique Sordine Pereira, Fábio Bastianelle da Silva e Pedrinho Godoy de Oliveira, mantendo a irregularidade prevista no item 2.3 desta ITC, inclusive no tocante ao **ressarcimento do valor** de R\$ 5.041,03, equivalentes a VRTE 1.932,58, de forma solidária entre os responsáveis;

3.2.6. Em razão da manutenção da irregularidade prevista no item 3.1.3, sugere-se a **aplicação de multa** aos responsáveis Srs. Luciano Henrique Sordine Pereira e Fábio Bastianelle da Silva, com amparo nos arts. 1º, XXXII, 131, 132 e 135, II da Lei Complementar 621, de 8 de março de 2012.

3.3. Ainda, quanto à irregularidade descrita no item 3.1.1 (nomeação de servidor sem publicação), RECOMENDAR ao Município a instituição de procedimentos e controles de forma a garantir que somente sejam realizados pagamentos a servidor devidamente nomeado em ato oficial publicado.

3.4 Quanto à irregularidade descrita no item 3.1.2 (serviço extraordinário):

3.4.1 RECOMENDAR ao Município a instituição de procedimentos e controles de forma a garantir que a autorização para prestação de serviços extraordinário (1) não seja concedida a servidores comissionados, (2) seja acompanhada de autorização da chefia imediata que discorra sobre situações excepcionais e temporários que ensejaram e (3) seja comprovada a prestação do serviço por meio de controle eletrônico de ponto do servidor;

3.5 Quanto à irregularidade descrita no item 3.1.3 (adicional de insalubridade):

3.5.1.1 Em relação ao pagamento do referido adicional aos demais servidores, DETERMINAR ao Prefeito a adoção de medidas administrativas para sanar a irregularidade e, caso esgotadas, a instauração de tomadas de contas, na forma da IN 32/2014, art. 1º, IV17;

3.5.1.2 RECOMENDAR ao Prefeito Municipal (1) a propositura de projeto de lei para definição de percentual para o adicional de insalubridade na lei estatutária municipal e (2) a elaboração de um laudo técnico por profissional legalmente habilitado que ateste o enquadramento legal pelo agente insalubre e tempo de exposição.

3.6 A CONVERSÃO do processo em tomadas de contas especial, na forma do art. 57, **IV18 da LC 621/2012;**”

Encaminhados os autos ao Ministério Público de Contas, nos termos regimentais, este se manifestou através de Parecer nº 1489/2019, da lavra do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, pugnando pelo julgamento na forma proposta na ITC 1118/2019.

É o relatório.

I - FUNDAMENTAÇÃO

1. NOMEAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO SEM AS FORMALIDADES EXIGIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: Base legal: Art. 37, II e V da Constituição Federal.

RESPONSÁVEL: Prefeito Municipal - LUCIANO HENRIQUE SORDINE PEREIRA

Verificou a equipe técnica que no período de 05/10/2016 a 30/12/2016, não existem publicações de atos de nomeação e exoneração do servidor Pedrinho Godoy de Oliveira, apesar de constar nos autos ficha financeira do referido servidor no ano de 2016.

Em justificativas, o então Prefeito Municipal, Senhor Luciano Henrique Sordine

Pereira argumentou que a falta de publicação de ato administrativo não deveria ser atribuída a ele, considerando que não é o responsável direto pela publicação dos atos oficiais da administração, sendo que a Procuradoria Geral era o setor responsável pelo encaminhamento dos atos para as devidas publicações.

Em síntese, alegou que todos os atos administrativos em sua gestão foram redigidos na forma da lei e todos foram deixados em suas respectivas secretarias e setores.

Em que pese as justificativas apresentadas pelo responsável, a equipe técnica entendeu pela manutenção da presente irregularidade, considerando que houve infringência ao artigo 37 “caput” da Constituição Federal¹, ao desconsiderar o princípio da publicidade, que é requisito de eficácia dos atos administrativos, sem os quais os atos não podem surtir efeitos e não tem validade.

Em relação ao argumento levantado pelo responsável, de que à atribuição de competência da publicação dos atos administrativos não é de sua responsabilidade, a equipe técnica sustenta que ainda que o Prefeito atribua tal competência à Procuradoria Municipal, a Lei Orgânica Municipal, prevê no inciso XIII do artigo 66, *que é sua competência privativa, promover ou desprover os cargos públicos municipais na forma da lei e expedir os demais atos referentes à situação funcional dos servidores;*

Todavia, constato que, conforme mencionado pela equipe técnica, o Chefe do Executivo Municipal pode e deve atribuir competências a terceiros, pois o mesmo não teria como controlar toda a cadeia administrativa visando à nomeação e a exoneração de servidores, já que existem servidores dotados de capacidade e autonomia para a prática de tais atos.

Embora não fosse necessário, por ser evidente, devo observar que o “espírito da lei” mencionada, assim como reconhecido pela experiente equipe técnica deste sodalício, não foi prevê que tal atribuição deve ser realizada diretamente pelo Chefe do Executivo, mas que o mesmo deve ser o responsável pela nomeação e exoneração dos servidores daquele Poder, tendo ciência e anuindo com os

¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

respectivos atos.

Dentre as atribuições do Chefe do Executivo estão a gestão e o funcionamento de toda a máquina administrativa municipal, conduzindo assuntos que competem ao município em áreas como educação, saúde, segurança, transporte e outros; apresentação de projetos de leis municipais, prestação de contas do município, bem como, a nomeação e a exoneração dos seus servidores.

Diante do explanado, *é de se reconhecer arriscada a imputação de responsabilidade ao Ordenador de Despesas*, dada a carência de elementos necessários a demonstrar o nexo de causalidade entre a sua conduta e a inconsistência apurada, mesmo que pela omissão em praticá-la, sob o risco de imputação de culpa objetiva, já bastante debatida e reprovada por esta Casa.

Assim, diante dos fatos descritos, não averiguo razoabilidade em macular as contas do então Prefeito Municipal de Barra de São Francisco, no que se refere a presente irregularidade.

Pelo exposto, em preservação ao justo convencimento deste juízo, **acompanho parcialmente a área técnica e corpo ministerial, mantendo a presente irregularidade no campo da ressalva**, ante a ausência de convalidação do ato de nomeação do servidor em questão, que poderia ter sido realizada a posteriori.

Deixo de aplicar penalidade ao Chefe do Poder Executivo Municipal à época dos fatos, *recomendando que o atual gestor do Município de Barra de Francisco, observe os Princípios Constitucionais insertos no artigo 37 da CRFB na concretização dos atos administrativos praticados no âmbito de toda Administração Municipal.*

2. PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS EM DESACORDO COM A LEI: Base legal: Art. 37, caput da Constituição Federal (princípio da moralidade e legalidade) e art. 75 caput e § 1º do Estatuto do Servidor Municipal.

RESPONSÁVEL: Prefeito Municipal - LUCIANO HENRIQUE SORDINE PEREIRA

RESPONSÁVEL: Secretária Municipal de Administração - CLEMILDA CAMPOS BARROS

RESPONSÁVEL: Servidor público comissionado - PEDRINHO GODOY DE OLIVEIRA

2.1. DA ANÁLISE TÉCNICA:

De acordo com o noticiado na presente denúncia, em todo o período em que o servidor público, Senhor Pedrinho Godoy de Oliveira, exerceu cargo comissionado no município de Barra de São Francisco, sua remuneração mensal era acrescida de pagamento de horas extras.

De acordo com os documentos carreados aos autos, o referido servidor exerceu os seguintes cargos no Executivo Municipal de Barra de São Francisco:

- 1- Chefe de setor de 1º de fevereiro de 2013 a 31 de dezembro de 2013;
- 2- Assessor Especial de Secretaria de 10 de março de 2014 a 31 de dezembro de 2014;
- 3- Assessor Especial de Secretaria de 02 de fevereiro de 2015 a 30 de dezembro de 2015;
- 4- Assessor Especial de Secretaria de 01 de fevereiro de 2016 a 31 de março de 2016;
- 5- Assessor Especial de Secretaria de 05 de outubro de 2016 a 30 de dezembro de 2016 (ficha financeira desacompanhada de ato de nomeação e exoneração).

Apontou a equipe técnica desta Casa, de acordo com as inferências colhidas na documentação acostada aos autos, que o mencionado servidor recebeu horas extras em todo o período trabalhado na Administração Municipal, sem qualquer espécie de controle sobre a prestação dessas horas excepcionais.

2.2. DA DEFESA APRESENTADA PELOS RESPONSÁVEIS:

Foram chamados aos autos, de forma solidária, o Senhor Luciano Henrique Pereira - Prefeito Municipal, a Senhora Clemilda Campos Barros - Secretária Municipal de Administração e o servidor comissionado favorecido, Senhor Pedrinho Godoy de Oliveira.

Em sede de justificativas, os senhores Luciano Henrique Pereira e a Clemilda

Campos Barros argumentaram que as horas extras pagas ao servidor foram realizadas de acordo com os artigos 74 e 75 da Lei Complementar nº 004/1991 (Estatuto do Servidor Público Municipal), respeitando o limite máximo de 02 (duas) horas diárias.

Alegaram ainda, que ao Ministério Público de Barra de São Francisco foi apresentada representação idêntica, transformada em Inquérito Civil que concluiu pelo arquivamento da representação em razão da ausência de elementos suficientes para caracterização de ato de improbidade e/ou dever de ressarcimento ao erário.

Por sua vez, o senhor Pedrinho Godoy apresentou defesa alegando, em síntese, que a presente denúncia é resultado de questões políticas. Aduz também a impossibilidade de devolução de valores referentes ao recebimento de horas extras, diante da efetiva prestação dos serviços.

2.3. DO POSICIONAMENTO DA CORTE EM RELAÇÃO À CONCESSÃO DE HORAS EXTRAS A SERVIDORES COMISSIONADOS:

De início, cito recente julgado relatado por mim, que apesar de ter mantido a irregularidade e o conseqüente dever de ressarcimento ao erário, apresentei posicionamento favorável ao recebimento de horas extraordinárias por servidores comissionados, nos autos do processo TC 2778/2018 (Acórdão TC-23/2019), que trata de Recurso de Reconsideração em face do Acórdão TC-1490/2017, também oriundo do Município de Barra de São Francisco, relatado na 1ª sessão ordinária do Plenário, ocorrida no dia 29.01.2019, sendo acompanhado em unanimidade, *in verbis*:

“Embora tenha ciência de que parte da doutrina e alguns entendimentos são contrários à percepção de horas extraordinárias à ocupantes de cargos comissionados, me filio ao entendimento quanto à possibilidade de recebimento, acompanhando o entendimento do TCU proferido nos autos nº 549/2000 [...]”

De outra banda, nos autos do processo de piso, TC-6788/2013 (Acórdão TC-1490/2017), referente à Tomada de Contas Especial, apresentada na sessão ordinária da 1ª Câmara, do dia 29.11.17, registro decisão proferida pelo ilustre Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, apresentando entendimento distinto, amparado no Parecer Consulta desta Corte de Contas nº 12/2012, no sentido da impossibilidade de pagamento de horas extraordinárias a servidores comissionados, com o conseqüente dever de ressarcimento ao erário municipal, também aprovada em unanimidade, sendo tal decisão incluída no Informativo de Jurisprudência desta Casa nº 74, *in verbis*:

“Registre-se, com enlevo, que esta Egrégia Corte de Contas tem se posicionado pela impossibilidade de pagamento de horas extras a servidores comissionados, conforme se detém dos Pareceres em Consulta nº 222/1994 e no recente 012/2012, vejamos o que ficou consignado neste último no qual se questionou sobre a necessidade de edição de lei específica para pagamento de férias e outros direitos aos Secretários Municipais, Procurador Geral e Secretário Chefe de Gabinete do Prefeito, in verbis:

[...] Como os cargos de Secretário Municipal e correlatos possuem vínculo precário, não é possível atribuir-lhes tal direito. De outro lado, também não é possível admitir que os cargos em questão façam jus a adicional por prestação de serviço extraordinário, devido aos servidores públicos, pois já faz parte da essência deles o trabalho exercido em regime de dedicação integral. [...] (TCEES - Parecer Consulta 012/2012).

(...)

Dessa forma, por tudo que já aqui exposto, tem-se que não cabia ao senhor (...) o recebimento de horas extras pagas pelo Instituto de Previdência de Barra de São Francisco pelo desempenho do cargo comissionado de Gerente de Assuntos Jurídicos. Note-se que o ora defendente exercia função de

chefia no sobredito Instituto de Previdência, função está totalmente incompatível com a percepção de horas extras e seu respectivo adicional, conforme iterativa e majoritária jurisprudência advinda dos Tribunais pátrios e acima colacionada, uma vez que os ocupantes de cargos dessa natureza se submetem a regime próprio e diferenciado, incluindo-se a percepção de remuneração mais atrativa do que aquela paga aos demais servidores, sendo totalmente descabido o pagamento de horas extras a servidor que deve dedicar-se integralmente à função sem vinculação de carga horária.”

Por seu turno, o Conselheiro Sérgio Nader Borges, nos autos do processo TC-2347/2002 (Acórdão TC-709/2018), que tratou da Prestação de Contas Anual da Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Alegre – FAFIA, exercício de 2001, trouxe terceiro entendimento em sessão da 2ª Câmara, proferida em 13.06.2018, entendendo pela impossibilidade de concessão de horas extras a servidores comissionados, sem, contudo, o dever de ressarcimento, diante da convicção de que o serviço extra jornada fora cumprido, sendo legítimo o seu pagamento, ainda que ilegal a concessão de tal direito. Peço vênias para transcrever parte da decisão, a fim de demonstrar a celeuma que a questão se revela não só na jurisprudência pátria, mas também no âmbito desta Corte:

“Assim, em linha com os julgados desta Corte de Contas, afasto a imputação de débito, posto que não há nos autos nenhum questionamento ou indicativo de que os serviços extraordinários não tenham sido prestados. No que pertine à autorização para realização de horas extras, a meu ver consistiu numa falha formal da Administração exigir a sobrejornada dos servidores, uma vez que vigia, à época, Parecer em Consulta 222/1994 que impedia o pagamento de horas extras a servidores comissionados. Todavia, a pretensão punitiva desta Corte quanto a esta conduta já se encontra

prescrita. Assim, acompanho o posicionamento técnico e afasto a irregularidade.”

Diante dos julgados apresentados, contata-se que a irregularidade que ora se levanta versa sobre tema tormentoso, tendo em vista as inúmeras decisões divergentes em relação à possibilidade ou não de pagamento de horas extras a servidor ocupante de cargo em comissão, não só nesta Corte, mas nas diferentes esferas de jurisdição do ordenamento pátrio.

2.4. DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL EM RELAÇÃO À CONCESSÃO DE HORAS EXTRAS A SERVIDORES COMISSIONADOS NO ORDENAMENTO PÁTRIO:

A jurisprudência majoritária dos Tribunais de Contas coaduna com o entendimento no sentido de considerar irregular o pagamento de horas extras aos ocupantes de cargos comissionados, muitas vezes condenando os beneficiários a ressarcirem aos cofres públicos o recebimento irregular dessas horas.

Todavia, há que se destacar recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, reformando decisão de piso, que entendeu pela impossibilidade legal de pagamento de horas extras a servidores públicos ocupantes de cargos comissionados, em razão da natureza do cargo e por ausência de embasamento jurídico, considerando caracterizada improbidade administrativa, condenando os réus aos ressarcimentos ao erário.

Nesse passo, adotando o posicionamento do TCU na Decisão 479/2000, o STJ decidiu no AgRg no AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.376.280 – SP (2011/0000431-6):

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXIGÊNCIA DO DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, PELO MENOS, NAS HIPÓTESES DO ART. 10. PAGAMENTO DE HORAS

EXTRAS A SERVIDOR COMISSIONADO. ART. 11 DA LIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE DOLO, AINDA QUE GENÉRICO, DE ATUAÇÃO CONTRA NORMAS LEGAIS. ENTENDIMENTO DO TCU PELA POSSIBILIDADE DO PAGAMENTO.

1. O STJ ostenta entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Precedentes: AgRg no AREsp 20.747/SP, Relator Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/11/11; REsp 1.130.198/RR, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/10; EREsp 479.812/SP, Relator Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/10; REsp 1.149.427/SC, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9/9/10; e EREsp 875.163/RS, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/6/10.

2. **Na presente hipótese, que versa sobre o pagamento de horas extras a cargos comissionados (que amolda, em princípio, aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 - patrimônio público imaterial), há acórdão do TCU no sentido da legalidade de tal pagamento (TCU, Decisão 479/2000 - Plenário, julgado em 7 de junho de 2000, Processo: 000.549/2000-9).**

3. *Infere-se que não se caracterizou o dolo, ainda que genérico, de se conduzir deliberadamente contra as normas legais, o que descaracteriza o ato de improbidade.*

4. *Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no Ag 1.376.280/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 23/11/2012) – (g.n.) ”*

Vê-se, portanto, que a referida decisão do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Processo nº 549/2000-9) - Decisão (administrativa) nº 479/2000- Plenário, *consignou posicionamento expresso* quanto à legalidade do pagamento de horas extraordinárias aos servidores ocupantes de cargo em comissão, senão vejamos:

"8.1. deixar assente que é devido o pagamento de serviço extraordinário a qualquer servidor, comissionado ou não, ante o disposto nos incisos XIII e XVI do art. 7º, combinado com o § 3º do art. 39, todos da Constituição Federal, observando-se, contudo, o disposto na Lei 8.112/90 e demais legislações pertinentes, em face de possível punição ao responsável e/ou do servidor pela execução indevida de serviço extraordinário;"

A questão também foi discutida no âmbito do Supremo Tribunal Federal no Processo Administrativo nº 353.132, no qual consta que, em 1999, o chefe da Assessoria Jurídica da Diretoria-Geral do STF defendeu a adoção, ao cargo de médico, da carga semanal de 20 horas, e ao de odontólogo, de 30 horas, independentemente de estarem, ou não, os ocupantes investidos em cargos comissionados.

No citado processo Administrativo, o Min. Marco Aurélio explanou o tema, de forma esclarecedora, pela possibilidade de pagamento de horas extraordinárias efetuadas pelos servidores ocupantes de cargos em comissão:

"Nota-se que o percebido em virtude do cargo de provimento em comissão ou de natureza especial visa remunerar não o trabalho extraordinário prestado, mas a responsabilidade maior do cargo ou função, o trabalho de maior valia desenvolvido pelo servidor. Em outras palavras, a interpretação sistemática da Lei nº 8.112/90 conduz a concluir-se que parcela remuneratória satisfeita em razão de encontrar-se o servidor no cargo de provimento em comissão ou de natureza especial não se refere a trabalho extraordinário. Este deve ser remunerado a partir do que recebido normalmente pelo servidor, observado o quantitativo concernente ao cargo de provimento em comissão

como o de natureza especial. A assim não se entender, ter-se-á situação jurídica na qual haverá verdadeira compensação, que, por sinal, pode, em tese, não ser completa, bastando, para tanto, que o pagamento a maior seja insuficiente a cobrir o trabalho extraordinário.”

Em que pese posicionamentos contundentes contrários à concessão do direito em questão, vê-se, pois que o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal, assim como o Tribunal de Contas da União já se manifestaram no sentido da possibilidade de pagamento das horas extras realizadas por esses servidores.

2.5. DA NATUREZA DO CARGO EM COMISSÃO E DO REGIME DE DEDICAÇÃO INTEGRAL AO TRABALHO A QUE ESTÃO SUBMETIDOS:

Posto isto, em relação a conceituação de cargos em comissão a doutrina é assente no sentido de que devem ser ocupados por servidores de confiança da autoridade competente mediante sua franca vontade, ou seja, a autoridade nomeia e exonera os servidores consoante sua discricionariedade, não necessitando de concurso público nem ao menos processo seletivo simplificado.

De acordo com a previsão constitucional, esses cargos são destinados às funções de chefia, direção e assessoramento²:

Em razão do regime de dedicação integral a que estão submetidos, fixado pelo §1º do art. 19 do Estatuto do Servidor Público Federal, Lei 8.112/90³, a natureza das

² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[...] V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

funções que exercem e o vínculo de confiança com a autoridade competente, vários Tribunais corroboram com o entendimento de considerar irregular o pagamento de horas extras aos ocupantes de cargos comissionados.

O entendimento que se faz, é que tais servidores poderão ser convocados a qualquer momento, em atendimento ao interesse da Administração Pública, sem que surja a obrigatoriedade ou o direito à percepção de pagamento extraordinário pelas horas excedentes às habitualmente trabalhadas.

Soma-se à interpretação posta, que os servidores comissionados já recebem um *plus* na remuneração visando ao suprimento do regime de dedicação exclusiva à que estão submetidos, e geralmente não se sujeitam ao controle de carga horária trabalhada, o que impossibilita a aferição de horas extraordinárias dedicadas ao trabalho.

Eis o ponto controvertido da presente demanda: O que representa para o servidor comissionado a dedicação integral ao serviço, a que faz referência o §1º do artigo 19 da Lei 8.112/1990?

Em sede da famigerada Decisão nº 479/2000 produzida pelo Tribunal de Contas da União, onde se entendeu pela possibilidade de concessão de horas extras aos referidos servidores de vínculo precário, citou-se o posicionamento do renomado Professor Paulo de Matos Ferreira Diniz ao comentar o aludido dispositivo da Lei Federal, *in verbis*:

“o legislador quis exigir do servidor público uma dedicação global plena, ao serviço”. O regime de integral dedicação ao serviço somente impede os exercícios de outra atividade remunerada pública ou privada, (...) – Lei nº 8.112/90 Comentada, Brasília Jurídica, 4ª Edição, 1997, pág. 51.

A esse respeito, esclarece com maestria o professor e advogado Jorge Ulisses

³ Art. 19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente.

§ 1º O ocupante de cargo em comissão ou função de confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, observado o disposto no art. 120, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração.

Jacoby Fernandes:

“(...) o denominado regime de dedicação exclusiva não é sinônimo de jornada de trabalho sem limite; significa que o servidor não pode exercer outra função, apenas isso.

O entendimento de que os ocupantes de cargos de direção, chefia e assessoramento se equiparam, na essência jurídica, aos cargos de gerente da iniciativa privada e podem fixar a jornada e decidir a concessão de horas extras para os outros e não a si próprios é sistematicamente referido para justificar a incompatibilidade com o pagamento de horas extras.

Esse ponto de vista há de ser revisto, porque o fato de permitir a um servidor impor aos subordinados o dever de realizar horas extras não lhe retira o dever de registrar corretamente a respectiva jornada de trabalho dos subordinados e de si mesmo. Havendo o registro da jornada, o pagamento é devido. O cumprimento de horas extras deve ser sempre atestado pela autoridade superior, em respeito ao princípio da segregação as funções. (Livro Vade-Mécum de Recursos Humanos)”

Depreende-se, portanto, que o denominado regime de dedicação exclusiva, a qual está vinculado o servidor comissionado, não pode ser considerado sinônimo de jornada laboral ilimitada, obrigando o servidor a prestar um serviço que ultrapassa a sua jornada habitual de trabalho, sem receber o pagamento correspondente pelas horas excepcionais dedicadas ao trabalho.

Isso seria, data máxima vênia aos entendimentos contrários, um regime de dedicação perpétua, igualado a meu ver, com permissão da equiparação, quase que a um regime de semiescravidão, onde o trabalhador é compelido a realizar atividades além de uma jornada de trabalho, ordinária e justa, sem a devida contraprestação.

Conforme já dito, fato inconteste, é que os cargos em comissão são cargos de ocupação transitória, sendo cargos de livre nomeação e exoneração, sua

natureza impede que seus titulares adquiram estabilidade, sendo sua demissibilidade *ad nutum*, ou seja, sua exoneração é a critério da autoridade nomeante, não se exigindo qualquer formalidade para tanto.

A *mens legis* da norma constitucional, ao prevê a precariedade do cargo em comissão foi permitir que cada autoridade pudesse contar com pessoas de sua confiança nos cargos públicos de chefia, direção e assessoramento.

É, pois, absolutamente legal, que os cargos em comissão sejam revogáveis por livre deliberação da autoridade nomeante, diferentemente dos cargos efetivos. Entretanto, *a priori* todos são servidores públicos *lato sensu* – o ocupante do cargo comissionado e do cargo efetivo - nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.112/1990⁴, com dispositivos correspondentes na legislação estadual nº 46/1994⁵ – Estatuto do Servidor Público do Estado do Espírito Santo.

Sem embargo do sentido genérico da nomenclatura ‘servidor público’, na legislação específica correspondente aos servidores públicos e na doutrina, não há distinção entre o servidor efetivo e o servidor comissionado, sendo ambos igualmente considerados servidores públicos.

A diferença substancial, dentro do regime jurídico que os abrange é, em suma, a forma de provimento do cargo, com a consequente estabilidade garantida aos efetivos, o sistema de aposentadoria expressamente atribuído pela Constituição Federal, dentre outros, inerentes aos cargos de provimento efetivo, que pela própria natureza são incompatíveis de serem estendidos aos cargos comissionados.

⁴ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.

Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.

⁵ Art. 2º Servidor público é a pessoa legalmente investida em cargo público.

Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um servidor público e que tem como características essenciais a criação por lei, em número certo, com denominação própria, atribuições definidas e pagamento pelos Cofres do Estado.

2.6. DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL E DOS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA A CONCESSÃO DO ADICIONAL DE HORAS EXTRAS A SERVIDORES PÚBLICOS:

Com efeito, a não remuneração do referido trabalho extraordinário desenvolvido pelo servidor, acarreta ofensa ao estabelecido nos incisos XIII e XVI do art. 7º, combinado com o § 3º do art. 39, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

[...]

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas:

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (g.n.) ”

Desse modo, para que o servidor ocupante de cargo em comissão venha a ser recompensado pelas horas excepcionais dedicadas ao trabalho, deverá haver previsão legal no respectivo estatuto, ou seja, na respectiva lei estatutária do servidor, da instituição de tal direito.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Pernambuco, no julgamento da Apelação 181020 – 00034445120058171090 entendeu pela possibilidade de pagamento de horas extras, nos seguintes termos:

“É princípio fundamental da hermenêutica que, onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Assim, na medida em que o Estatuto dos Servidores (...) não proíbe o pagamento de horas extras aos ocupantes de cargos em comissão, não há justificativas para lhes extirpar tal direito.”

Ademais disso, é imprescindível para o recebimento de tal recompensação laboral, que a Administração Pública realize o controle da aferição de horas sob a jornada de trabalho dos servidores, e o conseqüente registro da jornada extra realizada, devidamente atestada pela autoridade superior, que sempre deverá explicar a necessidade da excepcionalidade, visando justificar o interesse público, devendo a extensão da jornada revelar-se como medida excepcional, máxime em razão da repercussão econômica sobre os gastos com pessoal, que são limitados pela Lei de Responsabilidade Fiscal⁶.

Nessa esteira, o Tribunal de Contas da União na precitada Decisão nº 479/2000, ressaltou dois aspectos fundamentais que deverão ser observados no pagamento de serviço extraordinário, quais sejam: *o caráter excepcional e temporário do serviço e a necessidade de que a sua realização seja precedida de ato administrativo autorizativo devidamente fundamentado da autoridade superior*, sob pena de caracterização de ato de improbidade administrativa e do conseqüente dever de ressarcimento ao erário do valor indevidamente recebido,

⁶ Art. 19. Para os fins do disposto no [caput do art. 169 da Constituição](#), a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

- I - União: 50% (cinquenta por cento);
- II - Estados: 60% (sessenta por cento);
- III - Municípios: 60% (sessenta por cento)

conforme registrado:

“(...) 21. Isso significa, a meu ver, que o serviço extraordinário tem que ser sempre remunerado a quem o execute, todavia, a execução indevida poderá acarretar sanções ou para o administrador ou para o servidor. De fato, na prática, acredito que só tenhamos punição aos administradores, pois estou certo de que nenhum servidor, sem estar autorizado, vá extrapolar sua jornada de trabalho para, posteriormente, pleitear horas extras.”

Insta destacar, que a Lei Complementar nº 46/1994 (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Espírito Santo), veda expressamente o pagamento de horas extras aos servidores públicos comissionados do Estado do Espírito Santo:

“Art. 101 O serviço extraordinário será remunerado com acréscimo de cinquenta por cento em relação à hora normal de trabalho.

§ 1º - Somente será permitido serviço extraordinário para atender a situações excepcionais e temporárias, respeitado o limite máximo de duas horas diárias, e não excederá cento e oitenta dias por ano.

§ 2º - A gratificação somente será devida ao servidor público efetivo que trabalhe além da jornada normal, vedada sua incorporação à remuneração. (g.n)”

Por evidente, em que pese todo o entendimento manifestado nos presentes autos, em havendo vedação expressa no respectivo estatuto do servidor, como estabelece o nosso Estatuto dos Servidores Públicos, não será legítimo o pagamento de horas extras aos servidores ocupantes de cargos comissionados, sob pena de expressa desobediência ao Princípio da Legalidade.

2.7. DO CASO CONCRETO:

Superado o debate da legalidade ou não da concessão das horas extraordinárias,

retomo ao caso concreto, advertindo que mesmo compreendendo devida a autorização da realização de horas extraordinárias por servidores comissionados, há que se perquirir se o serviço extraordinário fora efetivamente prestado, e devidamente atestado, visto que segundo acurado pela equipe técnica, há fortes indícios de irregularidade na concessão das horas extras pagas ao servidor Pedrinho Godoy, as quais cito:

- 1 - A carga horária exposta na ficha funcional do servidor denunciado é maior que o horário de funcionamento do órgão;
- 2 - A própria Administração afirma que não exerceu nenhuma espécie de controle de hora de trabalho do servidor fiscalizado, seja as horas habituais, seja as extraordinárias;
- 3 - O pagamento das horas extras se deu em montante uniforme – sempre no quantitativo de 30 horas no mês, sendo um indicativo de era utilizado como um aumento salarial do servidor;

Assim, mesmo que o Estatuto do Servidor Público do Município de Barra de São Francisco garanta o recebimento de horas extras aos servidores públicos de forma geral, traz a ressalva no §1º do artigo 75, de que as horas extras trabalhadas devem ser devidamente justificadas pela chefia imediata, *in verbis*:

Art. 75 - Somente será permitido serviço extraordinário para atender situações excepcionais e temporárias, respeitado o limite máximo de 02 (duas) horas diárias, podendo ser prorrogado por igual período, se o interesse público exigir, conforme se dispuser em regulamento.

§ 1º - O serviço extraordinário previsto neste artigo será procedido de autorização da chefia feita imediata que justificará o fato (grifou-se).

Verifica-se, portanto, que a concessão de horas extras ao servidor em questão fora realizada de forma indevida, considerando que a Administração Pública Municipal de Barra de São Francisco não exercia nenhum controle sobre a jornada laboral do servidor, tampouco comprovou-se justificativa da extraordinária

necessidade da realização de trabalhos além da jornada habitual do servidor.

Ainda que, em sede de apuração por parte do Ministério Público Estadual da Comarca de Barra de São Francisco, as notícias denunciativas tenham sido arquivadas, considerando a oitiva do Secretário Municipal de Saúde e do Ex-Secretário Municipal de Saúde, que afirmaram em depoimento que o referido servidor cumpria jornada extraordinária, não há qualquer comprovação documental destas alegações que evidencie de modo preciso o controle de ponto do servidor (real horário de entrada e saída), fato que compromete sobremaneira a legalidade da concessão das horas extras recebidas pelo Senhor Pedrinho Godoy.

Nessa linha de entendimento, no que concerne à responsabilização dos responsáveis quanto à imputação de ressarcimento, entendo devida a devolução da quantia indevidamente percebida pelo citado servidor, referente ao pagamento de horas extras, frente aos fortes indícios de má-fé, tanto por parte da Administração Pública, como também do beneficiário, pois a vantagem estava expressamente descrita no contracheque do servidor, sob rubrica específica, o que demonstra a sua ciência de que estava sendo remunerado a título de horas extras em montante uniforme – sempre no quantitativo de 30 horas no mês – o que ao meu juízo caracteriza que referido pagamento fora utilizado como uma complementação salarial.

Em contrário senso, já se posicionaram as Cortes Superiores, tendo como elementos fundamentais para a dispensa de devolução de valores indevidamente pagos a servidor, que as importâncias tenham caráter alimentar e tenham sido percebidas de boa-fé pelo servidor.

O Tribunal de Contas da União, na edição da Súmula 106 também analisou a matéria, corroborando entendimento, *in verbis*:

SÚMULA Nº 106 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo

órgão competente.

O Tribunal de Contas da União consignou entendimento, afastando a aplicabilidade da pré-citada súmula, quando existirem indícios de má-fé no recebimento de verba de caráter alimentar por parte de servidores públicos⁷.

Assim, nesta linha de entendimento, reitero posicionamento no sentido de ser lícito e legítimo o pagamento de horas extras ao servidor ocupante de cargo de provimento em comissão, não havendo de se negar a eles conquistas e direitos de toda a sociedade consubstanciada na Constituição da República, sob risco de ofensa ao princípio da vedação ao retrocesso.

Todavia, ante ao não cumprimento das exigências legais à concessão de horas extras, restando caracterizado a meu ver, por tudo que fora exposto, a má-fé por parte dos envolvidos, **acompanho parcialmente a área técnica e o corpo ministerial no sentido de manter a irregularidade**, com o respectivo dever de ressarcimento no valor correspondente a 2941,11 VRTE, em solidariedade, entre o servidor beneficiado e a Secretária Municipal de Administração, Sra. Clemilda Campos Barros, responsável pela autorização do pagamento.

Prosseguindo, em relação à responsabilização do Prefeito Municipal, sobressalto que este Tribunal de Contas evoluiu muito em relação à apreciação da matriz de responsabilidade e a individualização de condutas dos eventuais responsáveis, sujeitos à sua jurisdição.

Igualmente, reafirmo posicionamento ordinário desta Casa no sentido de que a responsabilidade do Chefe do Poder Executivo depende da demonstração do nexo de causalidade entre a conduta praticada por ele e o resultado obtido. Isto é, sua responsabilização depende da configuração de culpa ou dolo na prática do ato, sob pena de imputar-se ao gestor uma responsabilidade objetiva.

Nesse passo, dada a ausência de nexo de causalidade entre sua conduta e a ocorrência da irregularidade, afasto a responsabilidade do Senhor Luciano Henrique Pereira.

⁷ O teor da Súmula/TCU 106 não é aplicável quando existem indícios de má-fé (Acórdão 3744/2010 – Primeira Câmara – 22/06/2010 (Relator: Augusto Nardes)

Recomendo, na forma proposta pela área técnica, que acaso seja concedido o direito aos servidores, tanto efetivo, quanto comissionado, que seja acompanhada de autorização da chefia imediata que discorra sobre situações excepcionais e temporários que a ensejaram e que seja comprovada a prestação do serviço por meio de controle eletrônico de ponto do servidor.

Em relação à sugestão de recomendação da equipe técnica, dirirjo somente em relação à vedação de autorização de prestação de serviços extraordinários a servidores comissionados.

3 – PAGAMENTO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM DESACORDO COM A LEI: Base legal: Art. 37, caput da Constituição Federal (princípio da moralidade e legalidade) e art. 70 e 71 do Estatuto do Servidor Municipal.

RESPONSÁVEL: Prefeito Municipal - LUCIANO HENRIQUE SORDINE PEREIRA

RESPONSÁVEL: Secretário Municipal de Saúde - FÁBIO BASTIANELLE DA SILVA

RESPONSÁVEL: Servidor público comissionado - PEDRINHO GODOY DE OLIVEIRA

De acordo com a denúncia apresentada a esta Corte, além do pagamento das horas extras, também fora ilegal o pagamento do adicional de insalubridade em favor do servidor Pedrinho Godoy, vez que “não possuía contato direto com qualquer tipo de agente insalubre, sendo que tal 'rubrica' também foi lançada em sua folha de pagamento como espécie de aumento salarial indevido.”

Em justificativas, o Senhor Luciano Henrique Pereira e o Senhor Fábio Bastianelle da Silva, afirmaram que o adicional de insalubridade foi pago em conformidade com o art. 70 da Lei Complementar nº 004/1991⁸.

Argumentaram ainda, que o MPES não comprovou o recebimento ilegal do adicional e que, conforme Termo de Declaração prestado pelos Srs. Aureliano Ferreira de Souza e Fábio Bastianelle da Silva, ex Secretários Municipal de Saúde, o pagamento do adicional de insalubridade era justificável considerando o grande número de pessoas que frequentavam o pavilhão da saúde, onde o

⁸ Art. 70 - Os funcionários que trabalham com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas ou com risco de vida fazem jus a um adicional ao cargo efetivo.

servidor prestava serviços, com inúmeras doenças.

O Senhor Pedrinho Godoy repisou os argumentos apresentados pelos demais responsáveis.

Constatou a equipe técnica que as justificativas apresentadas pelos responsáveis não foram suficientes para afastar a presente irregularidade, visto que os referidos pagamentos a título de adicional de insalubridade foram realizados sem a devida comprovação de existência de laudos periciais dos locais supostamente insalubres e os períodos de trabalho do servidor, para demonstrar o tempo de exposição do agente à condição deletéria.

Ressaltou ainda, que os cargos que o servidor Pedrinho Godoy exercia eram de Chefe de Setor e de Assessor Especial de Secretaria, condizentes com atividades administrativas, sem qualquer comprovação de contato permanente com agentes nocivos à sua saúde.

Depreende, portanto, que a equipe técnica apresentou entendimento no sentido de considerar irregular o recebimento de adicional de insalubridade pelo servidor denunciado, sob os fundamentos que ora transcrevo, *in verbis*:

*Ainda, conforme trazido na ITI, a jurisprudência do STJ tem entendimento de que **o pagamento do adicional de insalubridade está condicionado ao laudo que prova efetivamente as condições insalubres a que estão submetidos os servidores, assim, não cabe seu pagamento pelo período que antecedeu a perícia e a formalização do laudo comprobatório, devendo ser afastada a possibilidade de presumir-se insalubridade em épocas passadas, emprestando-se efeitos retroativos a laudo pericial atual.***

Somado a isso, o Parecer em Consulta 008/2011 deste E. Tribunal de Contas explicitou que deve ser aplicada a lei municipal aos servidores estatutários, sendo que a definição de percentual do adicional de insalubridade deve constar nas leis municipais e, havendo lacuna quanto ao percentual

dos adicionais de insalubridade e periculosidade na lei estatutária, não é possível adotar por analogia aqueles adotados na legislação trabalhista, pois a fixação da remuneração de servidores (inclusive o que diz respeito à concessão de vantagens pecuniárias) exige lei (art. 37, X, da CF).

*Considerando que não foram apresentados pela defesa laudos que comprovem as condições insalubres do ambiente de trabalho do Sr. Pedrinho tampouco legislação municipal que definisse o percentual a ser pago, sugere-se a **manutenção da irregularidade (...)***

De outro lado, em sede de apuração por parte do Ministério Público Estadual da Comarca de Barra de São Francisco, foram ouvidos o ex-Secretário Municipal de Saúde e o Secretário à época dos fatos, que eram os responsáveis por indicar o pagamento do adicional de insalubridade aos servidores daquela pasta, que afirmaram a situação de insalubridade a fim de justificar a concessão do referido adicional, transcrevo:

“... que era o fato de trabalhar no pavilhão e ter contato com, pacientes de alto risco, pois PEDRINHO GODOY mantinha contato direto com alguns pacientes infectocontagiosos... que todas as pessoas que trabalham no pavilhão fazem jus ao recebimento do adicional de insalubridade...” (Aureliano Ferreira de Souza- ex Secretário)

“... todas as pessoas que trabalham no pavilhão recebiam o adicional de insalubridade, considerando o grande número de pessoas que frequentam o pavilhão, com inúmeras doenças... que era o fato de trabalhar no pavilhão e terem contato com pacientes de alto risco...;” (Fábio Bastianelle da Silva)

Nesse passo, considero legítimo o entendimento da equipe técnica desta Casa, sob os fortes fundamentos esposados, no sentido de que há irregularidade na

forma de concessão do adicional de insalubridade percebido não só pelo evidenciado servidor, mas por vários outros listados também lotados na Secretaria Municipal de Saúde, conforme se denota na documentação apresentada no evento eletrônico 03, pág. 27.

Contudo, ainda que considere irregular a concessão do adicional em questão, em razão da ausência de laudo técnico por profissional legalmente habilitado que ateste o enquadramento legal pelo agente insalubre e o tempo de exposição do servidor à condição insalubre, na avaliação da licitude do pagamento há se buscar se o recebimento fora recebido ou não de boa-fé, em linha com o entendimento explanado na análise da irregularidade antecedente.

Assim sendo, no que reporta ao dever de ressarcimento da quantia indevidamente percebida pelo servidor a título de adicional de insalubridade, não verifico a existência de má-fé por parte dos defendentes, tendo em vista que o recebimento do adicional de insalubridade por vários servidores da Secretaria de Saúde, juntamente com as provas testemunhais colhidas em juízo, assegurando que o ambiente a que os servidores eram expostos, de fato era insalubre, em razão da exposição a doenças infecciosas de toda natureza.

Nesse passo, **acompanhando parcialmente a área técnica e o Ministério Público de Contas, mantenho a presente irregularidade**, afastando o dever de ressarcimento ao erário, bem como a responsabilidade do Senhor Pedrinho Godoy, reconhecendo a inexistência de caracterização de má-fé no recebimento do adicional, condenando apenas o Secretário Municipal de Saúde, Fábio Bastianelle da Silva ao pagamento de multa em razão da ausência de requisitos legais para a devida concessão do adicional de horas extras aos servidores daquela pasta.

Em relação à responsabilização do Prefeito Municipal, apreendo que não há nexo de causalidade entre o pagamento irregular do adicional de insalubridade efetivado e qualquer conduta realizada pelo mesmo, motivo pelo qual deixo de condená-lo ao ressarcimento, afastando sua responsabilidade neste ponto, por idênticas razões apresentadas na irregularidade do item anterior.

Divergindo da área técnica, deixo de **determinar** ao atual gestor do Município a

adoção de medidas administrativas para sanar a irregularidade para os demais servidores e, caso esgotadas, a instauração de tomadas de contas, na forma da IN 32/2014, art. 1º, IV⁹.

Ainda, a fim de respaldar legalmente o pagamento do adicional de insalubridade aos servidores cujas atribuições o justifique, **recomendo** ao Prefeito Municipal a propositura de projeto de lei para definição de percentual para o adicional de insalubridade na lei estatutária municipal, nos termos do Parecer Consulta TC 8/2011, pois é dele a iniciativa para tanto, conforme art. 61, § 1º, II, “c”, da CF¹⁰ (por simetria), e a elaboração de laudo técnico por profissional legalmente habilitado que ateste o enquadramento legal pelo agente insalubre e tempo de exposição.

Ante o exposto, **acompanhando parcialmente a área técnica e o Ministério Público de Contas, VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à consideração.

RODRIGO COELHO DO CARMO
Conselheiro Relator

⁹ Art. 1º Tomada de contas especial é um processo instaurado pela autoridade administrativa competente, de ofício, depois de esgotadas as medidas administrativas internas, ou por determinação do Tribunal, com o objetivo de apurar os fatos, identificar os responsáveis, quantificar o dano e obter o respectivo ressarcimento, quando caracterizado pelo menos um dos fatos descritos adiante:

IV - prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário;

¹⁰ Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II - disponham sobre:

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

1. ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1 CONVERTER o processo em tomada de contas especial, nos termos do art. 57, IV da Lei Complementar nº 621/2012;

1.2 ACOLHER parcialmente as razões apresentadas pelo Sr. **Luciano Henrique Sordine Pereira – Prefeito Municipal de Barra de São Francisco**, exercício 2016, mantendo a irregularidade prevista no **item 1** deste voto, afastando sua responsabilidade em relação aos **itens 2 e 3** deste voto, devendo **suas contas serem julgadas regulares com ressalvas, dando-lhe a devida quitação**, nos termos do art. 84, II, c/c art. 85 da Lei Complementar nº 621/2012;

1.3 ACOLHER parcialmente as razões apresentadas pelo Sr. **Pedrinho Godoy de Oliveira – Servidor Comissionado**, mantendo as irregularidades previstas nos **itens 1 e 2 deste voto**, afastando sua responsabilidade em relação ao item 3 deste voto, condenando-o ao pagamento do ressarcimento correspondente a **2.941,11 VRTE** de forma solidária com a Sra. **Clemilda Campos Barros – Secretária Municipal de Administração do Município de Barra de São Francisco**, referente à irregularidade constante do **item 2**, com aplicação de multa no valor correspondente a **R\$ 3.000,00**, devendo **suas contas serem julgadas irregulares**, nos termos do art. 84, III, “c” da Lei Complementar nº 621/2012;

1.4 REJEITAR as razões apresentadas pela Sra. **Clemilda Campos Barros – Secretária Municipal de Administração**, mantendo a irregularidade prevista no **item 2** deste voto, condenando-a ao pagamento do ressarcimento correspondente a **2.941,11 VRTE** de forma solidária com o Sr. **Pedrinho Godoy de Oliveira – Servidor Comissionado**, com aplicação de multa no valor correspondente a **R\$ 3.000,00**, devendo **suas contas serem julgadas irregulares**, nos termos do art. 84, III, “c”, da Lei Complementar nº 621/2012;

1.5 REJEITAR as razões apresentadas pelo Sr. **Fábio Bastianelle da Silva – Secretário Municipal de Saúde**, mantendo a irregularidade prevista no **item 3** deste voto, afastando o dever de ressarcimento, com aplicação de multa no valor correspondente a **R\$ 3.000,00**, devendo **suas contas serem julgadas irregulares**, nos termos do art. 84, III, “c”, da Lei Complementar nº 621/2012;

1.6 DETERMINAR ao atual Chefe do Poder Executivo do Município de Barra de São Francisco, que:

1.6.1 - Observe os Princípios Constitucionais insertos no artigo 37 da CRFB na concretização dos atos administrativos praticados no âmbito de toda Administração Municipal.

1.6.2 - Institua procedimentos e controles de forma a garantir que somente sejam realizados pagamentos a servidor devidamente nomeado em ato oficial publicado;

1.6.2 - Institua procedimentos e controles de forma a garantir que a autorização para prestação de serviços extraordinários, seja acompanhada de autorização da chefia imediata que discorra sobre situações excepcionais e temporários que a ensejaram e seja comprovada a prestação do serviço por meio de controle eletrônico de ponto do servidor;

1.6.3 - Proponha projeto de lei para definição de percentual para o adicional de insalubridade na lei estatutária municipal e a elaboração de laudo técnico por profissional legalmente habilitado que ateste o enquadramento legal pelo agente insalubre e tempo de exposição;

1.7 RECOMENDAR ao Controle Interno do Município de Barra de São Francisco, que verifique se os servidores públicos municipais estão formalmente nomeados em seus respectivos cargos, de modo que as publicações dos atos de nomeação e exoneração estejam sendo devidamente realizadas, na forma que rege o Estatuto dos Servidores Públicos Municipais.

1.8 Encaminhar os autos à **SEGEX**, para que monitore as determinações e a recomendação realizada nos presentes autos.

1.9 DAR CIÊNCIA aos interessados do teor da decisão.

1.10 ARQUIVE-SE, após o trânsito em julgado.

2. Por maioria, nos termos do voto do relator, conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo, que encampou sugestão do conselheiro substituto João Luiz Cotta Lovatti para expedir as determinações. Parcialmente vencido o conselheiro substituto João Luiz Cota Lovatti, que votou pela condenação em ressarcimento para Fabio Bastianelle e Luciano Henrique Sordine, acompanhando o entendimento técnico.

3. Data da Sessão: 22/05/2019 - 15ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Domingos Augusto Taufner (no exercício da presidência) e Rodrigo Coelho do Carmo (relator);

4.2. Conselheiro substituto: João Luiz Cotta Lovatti (convocado).

5. Fica o responsável obrigado a comprovar perante o Tribunal o recolhimento do débito e/ou da multa aplicada, no prazo de trinta dias, contados a partir da publicação deste Acórdão, nos termos do art. 454, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal. Quando cabível recurso, os prazos para interposição encontram-se previstos no Título VIII do mesmo diploma normativo.

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

No exercício da Presidência

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Relator

CONSELHEIRO SUBSTITUTO JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI

Convocado

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Secretária-adjunta das sessões