

**CONSULENTE: Federação dos Municípios do Estado do Rio Grande do Sul - FEMERGS**

Consulta-nos a Coordenadora da Regional da Costa Doce, Sônia Pacheco Chagas, em solicitação do Município de Arambaré, indagando sobre a possibilidade de se excluir da base de cálculo da gratificação natalina as horas extras pagas, face a alegação do Executivo Municipal de que o art. 72 da Lei Municipal nº 049/90 - Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos de Arambaré – não abarcaria estes “vencimentos”, não constituindo dito pagamento de serviço extraordinário uma vantagem, tendo a alcaide local suspenso o pagamento do décimo terceiro salário com base nesta interpretação.

Após a síntese da indagação, passamos à explanação do tema.

O artigo 37 da Constituição Federal estabelece que a concessão de vantagens ao servidor público depende de previsão legal expressa. Está, pois, a Administração Pública adstrita ao princípio da legalidade.

Ocorre que a Lei Municipal nº 049/90 (RJU), dispõe de maneira clara, sem margem a dúvida, que vantagens (ainda que não percebidas quando da concessão da gratificação natalina) ingressam no cálculo do décimo terceiro-salário:

**Art. 82.** A gratificação natalina corresponde a um doze avos da remuneração a que o servidor fizer jus no mês de dezembro, por mês de exercício, no respectivo ano.

§ 1º. Os adicionais de insalubridade, periculosidade, penosidade e noturno, as gratificações e o valor da função gratificada, serão computados na razão de 1/12 **(um doze avos)** de seu valor vigente em dezembro, por mês de exercício em que o servidor percebeu a vantagem, no ano correspondente.

§ 2º. A fração igual ou superior a quinze dias de exercício no mesmo mês será considerada como mês integral.

Ora, as horas extras trabalhadas e remuneradas, porquanto vantagem remuneratória, devem ser computadas na gratificação natalina do servidor, mesmo que este não desempenhe jornada extraordinária no mês de dezembro, por expressa previsão legal.

A Administração rege-se pelo princípio da legalidade. Logo, está adstrita aos comandos da lei, sem margem de discussão. Conseqüentemente, se o diploma legal estabelece que o décimo-terceiro corresponde a 1/12 da remuneração do servidor, incluídas as vantagens transitórias, não percebidas no momento da concessão da gratificação natalina, as horas extras desempenhadas pelo autor e devidamente remuneradas no ano devem ser incluídas no cômputo do décimo-terceiro salário.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE SANTA VITÓRIA DO PALMAR. GRATIFICAÇÃO NATALINA. DIREITO À PERCEPÇÃO DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO COM BASE NO VENCIMENTO ACRESCIDO DAS VANTAGENS PECUNIÁRIAS PERMANENTES E TEMPORÁRIAS. DESCABIDA A SUPRESSÃO DAS HORAS EXTRAS. - Em tendo o sindicato comprovado mediante prova pericial a utilização de

base de cálculo diversa da prevista na legislação de regência - art. 72 da Lei n. 2.662/95 - para apuração da gratificação natalina dos servidores públicos municipais nos anos de 2000, 2001, 2002, 2003 e 2004 têm estes direito à percepção das diferenças devidas. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (Apelação Cível Nº 70027781848, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 18/06/2009)

Vale citar, ainda, os seguintes precedentes do TJRS que examinaram questão similar, em redações estatutárias idênticas a do Município de Arambaré:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE RIO GRANDE. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. ADICIONAL NOTURNO. DIVISOR. As horas extras devem ser calculadas tendo por divisor 150 horas, isto porque, levando-se em conta o disposto no §1º e no "caput" do art. 50 do Estatuto do Servidor Público do Município de Rio Grande, o cálculo do ente público considera todos os dias da semana como remunerados, inclusive sábados e domingos, e não apenas o dia correspondente ao repouso remunerado. Chega-se a um divisor de 5 horas (30 horas em 6 dias), que multiplicados pelos trinta dias do mês (civil) totaliza 150 horas, e não as 180 utilizadas pelo Município como base para o cálculo das horas extras. Precedentes desta Corte. Possibilidade de cálculo do adicional noturno com base no divisor de 150 horas, quando houver o efetivo exercício nestas condições, conforme o disposto no art. 90, caput e §3º, da Lei Municipal nº 5.819/03. REFLEXOS. No tocante ao reflexo nas demais parcelas, os artigos 51, §§ 2º e 3º, 75, § 1º, 76 e 88, § 2º, todos da Lei nº 5.819/03 são expressos ao possibilitar a incidência das horas extras sobre o repouso semanal remunerado, gratificação natalina, férias e gratificação de férias, e sobre a licença prêmio por assiduidade revertida em pecúnia. Contudo, não há

incidência de reflexos em aviso prévio ou FGTS, seja por não haver previsão legal, seja por não haver pedido expresso da parte de tal repercussão, configurando-se extra petita a sentença no ponto. Assim, em reexame necessário, vão excluídas tais parcelas. (...) NEGADO PROVIMENTO AO APELO. SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA E EXPLICITADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70058541384, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 24/04/2014)

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. MAGISTÉRIO MUNICIPAL. SALTO DO JACUÍ. TERÇO DE FÉRIAS. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. 1) Interesse de agir: Desnecessidade do esgotamento das vias administrativas como condição para propositura da ação judicial. O direito constitucional de ação não possui qualquer restrição desta natureza (art. 5º, XXXV, da CF). 2) Terço de férias: Os professores municipais têm direito à gratificação denominada de "terço de férias" sobre todo o período de férias escolares (art. 7º, inciso XVII, c/c art. 37, §3º, ambos da CF). A base de cálculo prevista na legislação municipal é a remuneração integral do servidor municipal. Interpretação do art. 105 c/c o seu § 1º da Lei Municipal n. 270/90. 3) Gratificação natalina: Previsão da legislação municipal de Salto do Jacuí de pagamento de gratificação natalina calculada sobre a remuneração total do mês de dezembro, incluídas vantagens temporárias. Interpretação do art. 82 c/c o art. 64 da Lei Municipal n. 270/90. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70035577253, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 01/07/2010)

Entender que as horas extras não estão adrede ao conceito de gratificação por serviço extraordinário, seria criar uma figura não prevista no

próprio RJU, criando inciso no art. 72 que se separa esta gratificação, conceitualmente consagrada, das demais vantagens pecuniárias.

Seria como dizer que o art. 72<sup>1</sup> goza de inciso IV, ou ainda que o serviço extraordinário, por não estar neste capítulo, simbolizaria vantagem anômala aquelas conhecidas

O princípio da legalidade é base de todos os demais princípios que instruem, limitam e vinculam as atividades administrativas, sendo que a Administração só pode atuar conforme a lei.

Refere Hely Lopes Meirelles acerca da legalidade (In Direito Administrativo Brasileiro, Editora Malheiros, 27<sup>a</sup> ed., p. 86):

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei Federal nº 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

---

<sup>1</sup> RJU. Lei Municipal 049/90.

...

Art. 72. Além do vencimento, poderão ser pagas ao servidor as seguintes vantagens:

I – indenizações;

II – gratificações e adicionais;

III – auxílio para diferença de caixa.

§ 1º. As indenizações não se incorporaram ao vencimento ou provento para qualquer efeito.

§ 2º. As gratificações, os adicionais, os prêmios e os auxílios incorporam-se ao vencimento ou provento, nos casos e condições indicadas em lei.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'poder fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'.

Antes de adentrar no aspecto legal da informação solicitada pela Consulente sobre as incidências de vantagens pecuniárias sobre as férias, cumpre trazer a lume as lições conceituais de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>2</sup> acerca dos institutos da remuneração, vencimento e vantagens, conforme segue:

**A remuneração é estipêndio estatutário, fixada por lei em parcela básica, o vencimento, acrescida de parcelas variáveis, as vantagens, que é paga aos detentores de cargos efetivos, em comissão e de funções públicas.**

O salário é o estipêndio contratual pago aos detentores de empregos públicos, na forma da legislação trabalhista.

Essa distinção conceitual, entre vencimento como "retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei", e remuneração, definida como "o vencimento acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei", já havia sido adotada pelo Estatuto Federal (arts. 40 e 41, caput).

**As vantagens são acréscimos aos vencimentos devidas ao servidor em razão de condições de ordem pessoal ou funcional.** As vantagens de ordem pessoal consideram o tempo de serviço e as condições individuais do servidor ou de sua família; as vantagens de ordem funcional consideram a natureza especial das funções exercidas e as condições em que isto se dá.

---

<sup>2</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 316-317.

Uma subclassificação distingue dois tipos de vantagens: os adicionais e as gratificações. Os adicionais, subdivididos, por sua vez, em adicionais de função, retribuindo o exercício de atribuições técnicas, científicas ou didáticas de maior complexidade, e adicionais de tempo de serviço, para recompensar a permanência no exercício do cargo. As gratificações, por seu turno, subdivididas em gratificações de serviço, para compensar serviços prestados em condições anormais de segurança, salubridade ou onerosidade, e gratificações pessoais, concedidas para atender os servidores que estão em situações individuais especiais, assim por lei consideradas.

Além dessa classificação, outras são adotadas, **como as que distinguem as vantagens em incorporáveis e não-incorporáveis**, acumuláveis e inacumuláveis, **sempre de conformidade com a opção feita em cada estatuto considerado**. (grifos do autor e nossos)

O doutrinador Diógenes Gasparini<sup>3</sup> foi quem, por derradeiro, melhor elucidou a questão:

Vencimento tem acepção estrita e corresponde á retribuição pecuniária a que faz jus o servidor pelo efetivo exercício do cargo fixado em lei. Nesse sentido, a retribuição é sempre igual ao PADRÃO OU VALOR-DE-REFERÊNCIA do cargo fixado em lei.

**Vencimentos tem sentido lato e corresponde á retribuição pecuniária a que tem direito o servidor pelo efetivo exercício do cargo, acrescidas pelas VANTAGENS PECUNIÁRIAS (ADICIONAIS E GRATIFICAÇÕES) que lhes são incidentes. (grifamos)**

Segundo Edimur Ferreira de Faria<sup>4</sup>, as **gratificações** são pagas pelo exercício de função (direção, chefia e assessoramento destinada a

compensar o esforço maior em virtude das novas atribuições pertinentes ao cargo de confiança ou comissionado) e como benefício correspondente a 1/12 (um doze avos) relativa ao mês de dezembro; quanto aos **adicionais** elenca àqueles que são pagos por tempo de serviço, por serviços insalubres, por situação de risco, **por serviço extraordinário**, férias e trabalho em horário noturno. (grifamos e sublinhamos).

Conceitualmente, ainda que não nominada como adicional ou gratificação, este regime de prestação de serviço extraordinário se equipara, com efeito na doutrina, as gratificações, ou seja, compõem as vantagens pecuniárias que integram a remuneração.

Consoante conceitua o art. 64 da aludida lei municipal “Remuneração é o vencimento acrescido das vantagens pecuniárias, permanentes ou temporárias, estabelecidas em Lei”.

Portanto, a gratificação natalina corresponde ao vencimento acrescido das vantagens pecuniárias permanentes ou temporárias a que o servidor fizer jus no mês de dezembro<sup>5</sup>, no respectivo ano, dentre as quais se inclui as horas extras, e não ao vencimento acrescido das vantagens incorporáveis (gratificações, adicionais, prêmios e auxílios – art. 72, § 2º, da Lei n. 2.662/95), como de maneira quejanda pensa o Município de Arambaré.

Nesta óptica, recente julgado do TJRS:

---

<sup>3</sup> GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. [S.n], São Paulo:Atlas.

<sup>4</sup> FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 4. ed. Editora Del Rey: 2001.

<sup>5</sup> RJU

...

**Art. 83.** A gratificação natalina será paga até o dia vinte do mês de dezembro de cada ano.

*Parágrafo Único.* Entre os meses de maio a outubro de cada ano, o Município poderá pagar, como adiantamento da gratificação referida, de uma só vez, **metade da remuneração percebida no mês anterior**

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE PINHEIRO MACHADO. APELAÇÃO INTEMPESTIVA. REEXAME NECESSÁRIO. HORAS EXTRAS. BASE DE CÁLCULO DA GRATIFICAÇÃO NATALINA. INTEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO. Os Procuradores do Município não gozam de intimação pessoal, à exceção da hipótese prevista no art. 25 da Lei nº 6.830/80. Como o nome do Procurador do Município foi referido corretamente na publicação, é válida a intimação e dela passa a correr o prazo recursal. Interposto o recurso de apelação fora do prazo estabelecido no artigo 508 c/c artigo 188, ambos do CPC, não deve ser conhecido. REEXAME NECESSÁRIO. Nas hipóteses de sentença condenatória ilíquida proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público interno, é obrigatório o reexame necessário contemplado pelo artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil. Tal entendimento já foi analisado em sede de julgamento de recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça. HORAS EXTRAS. INCIDÊNCIA NA BASE DE CÁLCULO DA GRATIFICAÇÃO NATALINA. O artigo 82 da Lei Municipal nº 2.273/2002 dispõe que as vantagens, ainda que não percebidas quando da concessão da gratificação natalina, ingressam no cálculo do décimo terceiro salário. As horas extras trabalhadas e remuneradas, porquanto vantagem remuneratória, devem ser computadas na gratificação natalina do servidor, mesmo que este não desempenhe jornada extraordinária no mês de dezembro, por expressa previsão legal. MODIFICAÇÃO DO FATOR DE REAJUSTE E CORREÇÃO DAS DIFERENÇAS. Recentemente, no julgamento da ADI 4357, datado de 14.03.2013, Relator o Ministro Ayres Britto, o Egrégio Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, a inconstitucionalidade por "arrastamento" do artigo 5º da Lei nº 11.960/09. Não podem ser aplicadas ao caso as disposições do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação conferida pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09, tendo em vista o que foi decidido pelo STF na ADI

4357. Assim, os juros moratórios são devidos a contar da citação, no percentual de 6% ao ano, consoante redação original do artigo 1º-F da Lei 9.494/97. Já a correção monetária deverá incidir desde a data em que devido cada pagamento, pelo IGP-M. APELO NÃO CONHECIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70058793050, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 28/08/2014).

Assim, não subsiste a alegação clamada pelo Executivo de Arambaré, estando equivocada sua interpretação de não incidência das horas extras no cálculo proporcional da gratificação natalina, por ofender a própria lei local, sugerindo-se, se necessário for, a judicialização do tema, eis que o Município de Arambaré está atuando em contrariedade a sua própria norma de regência.

É o parecer.

Porto Alegre, 3 de janeiro de 2015.

EDUARDO LUCHESI

OAB/SP 202.603

OAB/RS 70.915A