

**Procedência:** Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão – Câmara de Coordenação Geral, Planejamento, Gestão e Finanças

**Interessado:** PRODEMGE – Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais

**Número:** 14.675

**Data:** 5 de julho de 2006

**Ementa:**

PRODEMGE – DIRETORES – GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO – PREVISÃO ESTATUTÁRIA – APROVAÇÃO PELO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO – INTERRUÇÃO DE PAGAMENTO COM BASE EM DISCRÍMEN OFENSIVO À ISONOMIA – REVISÃO DO COMPORTAMENTO ADMINISTRATIVO – PRAZO DE PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL NÃO ESCOADO – AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA – EFICÁCIA DESTRUTIVA E CONSTRUTIVA DA INVALIDAÇÃO.

## **Relatório**

A ilustre Presidente da Câmara de Coordenação Geral, Planejamento, Gestão e Finanças da SEPLAG encaminha processo oriundo da Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais relativo ao pagamento de gratificação de função para o corpo diretivo daquela empresa.

Denota-se do Memo nº 62/2006 do Chefe da Assessoria Jurídica da PRODEMGE que a gratificação de função, prevista no Estatuto Social e aprovada pelo Conselho de Administração, não é paga ao corpo diretivo desde janeiro de 2003. Conforme o PROD. 610/2006 de autoria do Diretor Presidente da empresa, a dita gratificação “é regularmente destinada àqueles que ocupam cargo de direção na empresa e, face a lapso por parte da área de Recursos Humanos, a referida gratificação não vem sendo paga ao corpo diretivo, exceto ao Diretor empregado”, sendo que “não existe no Estatuto da empresa, nenhuma diferenciação entre os diretores – empregado e não empregado – no que se refere à percepção da gratificação”.

É o breve relatório. Passo a opinar.

## Parecer

Cumprê observar, inicialmente, que o Estatuto Social da PRODEMGE prevê que sua administração será realizada por uma Diretoria constituída um Diretor-Presidente e demais Diretores a serem definidos pelo Conselho de Administração. O referido Conselho compõe-se de 06 (seis) membros, sendo um Presidente – o Secretário de Estado de Recursos Humanos e Administração – e cinco conselheiros. Ao Diretor-Presidente da Companhia atribuída, a título de *pro-labore*, quantia mensal a ser estipulada na Assembléia Geral, acrescida de gratificação mensal como membro do Conselho de Administração. Os demais Diretores, “acionistas ou não, brasileiros, residentes no País, eleitos e destituíveis a qualquer tempo”, fazem jus à remuneração fixada pela Assembléia Geral, podendo lhes ser pago não só o décimo terceiro salário, bem como gratificação mensal a título de função, vedado qualquer outro tipo de acréscimo. Somente se exige que um dos diretores seja escolhido entre os empregados da Companhia com, pelo menos, três anos de exercício, ausente qualquer especificidade normativa relativa à remuneração do citado diretor. A propósito, confirmam-se os seguintes dispositivos do Estatuto:

“Art. 9º - O Conselho de Administração compõe-se de 6 (seis) membros, sendo um Presidente e cinco Conselheiros, eleitos e destituíveis a qualquer tempo pela Assembléia Geral, para um mandato de 03 (três) anos, permitida a reeleição. § 1º - O montante global ou individual da remuneração do Conselho de Administração será fixado pela Assembléia Geral que os eleger em conformidade para a legislação vigente. § 2º - Ao Diretor-Presidente da Companhia será atribuída, a título de *pro-labore*, quantia mensal a ser estipulada na Assembléia Geral, acrescida de gratificação mensal como membro do Conselho de Administração.

Art. 10 – O Presidente do Conselho de Administração será o Secretário de Estado de Recursos Humanos e Administração.

Art. 11 – O Presidente do Conselho de Administração será substituído, nos seus impedimentos ou ausências ocasionais, pelo Diretor-Presidente da Companhia.

(...)

Art. 18 – A Sociedade será administrada por uma Diretoria, constituída de um Diretor Presidente e de tantos outros

Diretores quantos o Conselho de Administração definir, acionistas ou não, brasileiros, residentes no País, eleitos e destituíveis a qualquer tempo com observância das prescrições legais, cuja remuneração será fixada pela Assembléia Geral, podendo os respectivos Diretores perceberem, não só, a gratificação, a título de 13º (décimo terceiro) salário, na forma dos demais empregados da empresa, bem como a gratificação mensal, a título de função, vedado, ainda, qualquer outro tipo de gratificação aqui contemplada.”

Não se identifica no aludido Estatuto, nem mesmo na ata de reunião do Conselho de Administração realizada em 05.09.00, qualquer norma específica discriminatória da remuneração a ser paga aos Diretores da PRODEMGE. Referido montante foi arbitrado na Assembléia Geral de 31.03.03 em R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais), “in verbis”:

“(5) DA REMUNERAÇÃO DO DIRETOR-PRESIDENTE, DIRETORES E MEMBROS DOS CONSELHOS DE ADMINISTRAÇÃO E FISCAL – Em conformidade com o art. 9º do Estatuto Social da Companhia, a remuneração do Diretor-Presidente passa a ser de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), acrescida do ‘pro labore’ de gratificação mensal como membro do Conselho de Administração, exclusivamente. A remuneração dos demais Diretores passa a ser de R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais).”

Se originalmente o Estatuto instituiu a função de Diretor-Presidente, Diretor Administrativo e Financeiro, Diretor Técnico, Diretor Executivo e Diretor de Negócios, na reunião do Conselho de Administração de setembro de 2000 foi aprovada, à unanimidade, a reformulação do Estatuto Social, incluindo a criação de cargos de recrutamento amplo para as Diretorias, bem como a extinção da Diretoria Executiva. Ademais, foi igualmente aprovado o “quadro de provimento de gratificação de funções da empresa e tabela de estagiários com vigência a partir de setembro de 2.000 solicitando referendo pelo Conselho, inclusive no que se refere à gratificação para Diretor, prevista no Estatuto Social.” No referido quadro, sob o código G-05, foi prevista gratificação no valor de R\$ 1.130,00 (hum mil, cento e trinta reais) para o cargo de Diretor, ausente, mais uma vez, qualquer distinção entre Diretor-empregado e Diretor recrutado fora dos quadros de pessoal da empresa. Inexiste qualquer

notícia de aumento no montante da referida gratificação. A alteração procedida após 05.09.00, em Assembléia Geral da PRODEMGE, no tocante à remuneração dos seus Diretores foi a aprovada em 31.01.03, relativa somente à remuneração mencionada na primeira parte do artigo 18 do Estatuto da empresa.

Assim sendo, denota-se que a Assembléia Geral realizada em 31.03.03 estabeleceu o montante da contraprestação pecuniária básica devida pela Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais aos Diretores pelo exercício das suas atividades, nenhuma referência fazendo à gratificação ou à sua majoração. Cumpre observar que, ao contrário, na Assembléia Geral Ordinária realizada em 29.05.05 restou aprovado, ao contrário que “a aplicação de qualquer norma de acordo coletivo à remuneração dos administradores da Companhia ficará condicionada à aprovação pela Câmara de Gestão, Administração e Planejamento do Estado de Minas Gerais”.

Nesse contexto, infere-se que, nos estritos termos do quadro de provimento de gratificação de funções aprovado em setembro de 2.000, o montante fixado para a gratificação em tese é de R\$ 1.130,00 (hum mil, cento e trinta reais), ausente a possibilidade de se falar em aumento da referida verba.

Estabelecidas tais premissas, esclarece-se que, uma vez recrutados os Diretores para o exercício das suas funções, todos se submetem às mesmas exigências estatutárias e fazem jus à idêntica contraprestação laboral. A discussão relevante que vem sendo travada pela doutrina e pela jurisprudência quanto ao regime jurídico incidente na espécie refere-se à suspensão, ou não, do contrato de trabalho firmado entre o Diretor e a empresa, se aquele anteriormente possuía vínculo de emprego com esta e não ocorreu suspensão da subordinação durante o mandato de direção. Certo é que nenhuma repercussão tal matéria apresenta na presente hipótese. Afinal, o que se analisa, neste caso, é somente a viabilidade de pagamento a todos os Diretores, empregados e não-empregados, da gratificação de função instituída pela PRODEMGE em setembro de 2000, após aprovação pelo Conselho de Administração.

Decorre dos documentos apresentados pela Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais que a referida gratificação, em vigor desde setembro de 2000, não é paga ao corpo diretivo desde janeiro de 2003, à exceção do Diretor Empregado. Segundo informou o Diretor Presidente, referido procedimento decorreu de um “lapso por parte da área de Recursos Humanos”, malgrado ausente prescrição nesse sentido no Estatuto da empresa.

No referido contexto, infere-se que diretores no exercício das suas atribuições, de idêntica natureza, submeteram-se a um discrimen sem base normativa específica que o autorizasse. Com efeito, o pagamento da gratificação de função exclusivamente ao Diretor Empregado, sem que referida vantagem fosse paga aos demais Diretores, não encontra fundamento em qualquer norma vigente, incorrendo qualquer razão juridicamente válida apta a sustentar tal diversidade de tratamento.

Insta frisar que não há notícia de cargos comissionados de direção criados por lei no quadro funcional da PRODEMGE e que, providos, pudessem justificar o pagamento de uma remuneração legal específica, integrada por vencimento básico e vantagens pecuniárias (adicionais e gratificações previstos em lei) diversas das parcelas estatutárias de natureza salarial devidas aos Diretores. Se os Diretores exercessem cargos comissionados (o que, repita-se, não se evidenciou), eles não fariam jus ao recebimento de parcela salarial fixada no Estatuto e pelo Conselho de Administração exclusivamente para os Diretores com que a empresa firma contrato (artigo 19 do Estatuto). Afinal, Diretores que exercem cargos comissionados recebem apenas a remuneração prevista em lei constituída pelo valor fixo estipulado como vencimento básico e pelas demais vantagens pecuniárias (adicionais e gratificações). Já aqueles que firmam contrato com a empresa para o exercício das funções de direção, independentemente de possuírem ou não vínculo de emprego anteriormente, fazem jus, em situação de isonomia, a todas as verbas salariais previstas nas normas estatutárias e aprovadas pelo Conselho de Administração.

Não se vislumbra, assim, a possibilidade de se discriminar os Diretores que não exercem cargos comissionados e que foram igualmente designados para o exercício das atribuições de direção entre a) aqueles que eram empregados anteriormente e b) os que foram recrutados fora dos quadros da empresa, de modo a reconhecer somente aos primeiros determinada gratificação de função. Se se está diante de pessoas que exercem a mesma atividade de gerenciamento, controle e chefia e que se submetem a iguais condições de trabalho, de habilitação, sem diferenças específicas de função, inadmissível sejam desigualados, porquanto se mostram genericamente iguais.

Não se ignora que a isonomia não tem sido reconhecida como princípio apto a, por si só, implicar elevação do valor remuneratório pago aos servidores (Ag. Reg. no RE nº 353.594-RJ, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma do STF, DJU de 18.11.05, p. 20 e Ag. Reg. em Ag. de Inst. Criminal nº

313373-SP, rel. Min. Celso Mello, 2ª Turma do STF), o que se estende aos empregados públicos, servidores providos em cargos comissionados e exercentes de função pública.

No entanto, no caso em tese, não se trata de fazer incidir o princípio da isonomia para promover aumento remuneratório, o qual seria inadmissível na espécie, mormente em face da necessidade de manifestação prévia da Câmara de Coordenação Geral, Planejamento, Gestão e Finanças conforme determinou, em 29.05.05, Assembléia Geral Ordinária da PRODEMGE. Na presente circunstância, busca-se apenas de reconhecer que decorre da igualdade a impossibilidade de tratamento discriminatório no pagamento da remuneração devida àqueles que exercem mesmas atribuições de direção, máxime se não há qualquer determinação estatutária ou regimental em sentido contrário. Aqueles que desempenham o mesmo ofício e que realizam o mesmo serviço têm direito ao recebimento do mesmo salário tal como previsto nas normas de regência, sob pena de ofensa ao princípio isonômico. Conforme é posicionamento assente na doutrina, a isonomia impõe tratamento igual aos realmente iguais. Diferenciações sem fundamento material bastante, sem qualquer justificação razoável resvalam no arbítrio e não atendem ao texto constitucional.

Sobre esta questão, não se pode ignorar o trabalho doutrinário que esgotou o exame do princípio da igualdade e das suas repercussões no âmbito do Direito Administrativo, qual seja, a obra do professor Celso Antônio Bandeira de Melo: “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade” (Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. 10ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002).

Segundo o ilustre administrativista, são ofensivos à isonomia os atos que elegem certos fatores diferenciais existentes nas pessoas, mas que não poderiam ter sido eleitos como matriz do *discrímen*. Discriminações são incompatíveis com a isonomia quando não existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, mormente se tal correlação é incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

Para ele, “o traço diferencial adotado, necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista *nelas mesmas* poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes.” (“Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, op. cit., p. 23). Outrossim, “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço

desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada” (“Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, op. cit., p. 38). Afinal,

“a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.” (“Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”. 3ª ed. 10ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 39)

Na hipótese em exame, certo é que o fato de o Diretor ter sido ou não empregado da PRODEMGE e recrutado interna ou externamente aos quadros da empresa não consubstancia fato capaz de, por si só, justificar o pagamento da gratificação apenas àqueles que possuíam vínculo de emprego com a empresa. O *discrímen* – “Diretor Empregado” – utilizado para decidir quem faria jus à gratificação não apresenta correlação lógica com qualquer necessidade pública amparada pelo texto constitucional, inexistindo justificativa racional que sustente sua juridicidade.

Destarte, considerando que todos os Diretores da PRODEMGE não exercem cargos comissionados e que foram regular e igualmente designados para o exercício das suas funções, resulta claro que o pagamento da gratificação de função somente ao Diretor Empregado consiste em discriminação gratuita, arbitrária e fortuita. E qualquer discriminação que não tenha como finalidade atender o interesse público juridicamente protegido implica ofensa ao princípio constitucional da isonomia, ensejando o exercício da autotutela administrativa.

De fato, cabe à própria Administração Pública, no controle de legalidade dos seus atos, rever atos anteriores os quais se afastaram dos pressupostos estabelecidos no ordenamento de regência. Se constatado o pagamento de parcela salarial a menor, cabível se reconheça o vício insanável de conteúdo com a invalidação daí decorrente. Ademais, é mister reconhecer eficácia plena à mencionada revisão, de forma a preservar a juridicidade administrativa. A doutrina e a jurisprudência reconhecem à invalidação de um posicionamento anterior da efeitos “*ex tunc*”, sendo a retroatividade pacífica quando o ato viciado se mostrava restritivo ao direito do terceiro, senão vejamos:

“Reconhecida a nulidade do ato, seus efeitos se operam **ex tunc**, ou seja, a partir da sua celebração; por tal razão tais atos não criam quaisquer obrigações entre as partes e, principalmente, não têm sua eficácia restabelecida, não se convalidam pela evidente razão de que não se podem adquirir direitos contra a lei.” (MS nº 99.001956-0, rel. Des. Genésio Nolli, Órgão Especial do Pleno do TJSC, julgado em 21.06.2000, BDA, novembro de 2001, p. 921)

“Como regra geral, os *efeitos da anulação* dos atos administrativos retroagem às suas origens, invalidando as conseqüências passadas, presentes e futuras do ato anulado. E assim é porque o ato nulo (ou o inexistente) não gera direitos ou obrigações para as partes; não cria situações jurídicas definitivas; não admite convalidação.” (MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 30ª edição, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 204).

Aplicando-se tais conceitos à presente hipótese, certo é que, se a PRODEMGE reconhece o lapso dos Recursos Humanos no pagamento devido aos Diretores não providos em cargos comissionados, cumpre-lhe reconhecer, ainda, a dimensão constitutiva retroativa admitida na realidade administrativa em tese, com o pagamento dos valores devidos e não pagos desde janeiro de 2003 (data em que foi interrompido o pagamento da gratificação), porquanto não ultrapassado o quinquênio prescricional e afirmada a disponibilidade orçamentária na espécie.

Consoante magistério de Odete Medauar:

“A *retroatividade da anulação*, atingindo ato administrativo precedente, pode ter função destrutiva ou construtiva. A retroação destrutiva suprime o ato administrativo, acarretando a perda de eventuais faculdades ou vantagens nele fundamentadas; exemplo: anulação de alvará de construção; anulação de ato de promoção. A eficácia construtiva acarreta não só a eliminação do ato defeituoso, mas também a edição de outros atos, a fim de colocar a situação no estado em que estaria no presente se a ilegalidade não tivesse existido no passado; exemplo:



anulação de ato que indeferiu inscrição em concurso público; o desfazimento do ato significa, em geral, o direito à decisão em sentido contrário.” (Direito Administrativo Moderno, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 194)

No caso em tese, para que sejam constituídos os efeitos da realidade que teria se realizado se não pago a menor o salário dos Diretores, é mister que se defira aos mesmos o pagamento da gratificação de R\$ 1.130,00 (hum mil, cento e trinta reais) a partir do momento em que indevidamente suspenso o seu pagamento, a saber, janeiro de 2.003. Em outras palavras, a retroatividade da decisão administrativa que reconhecer o vício no pagamento realizado implica pagamento dos valores decorrentes automaticamente do direito à gratificação, ausente qualquer justificativa para recusar o adimplemento desta obrigação na via administrativa, com a devida vênia dos posicionamentos em sentido contrário. Tal contexto decorre da eficácia destrutiva e constitutiva inerente ao controle de legalidade levado a efeito no exercício da autotutela administrativa.

## Conclusão

Pelas razões expostas, entendo que os Diretores da Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais que não exercem cargos comissionados e que foram regular e igualmente designados para o exercício das funções de direção fazem jus ao pagamento da gratificação instituída pelo Conselho de Administração da empresa a partir de setembro de 2000, afigurando-se ilícita a interrupção do seu pagamento após janeiro de 2003 fundada exclusivamente no discrímen “Diretor Empregado”.

Sendo assim, entende-se devido o pagamento aos Diretores da referida gratificação de função no valor fixo de de R\$ 1.130,00 (hum mil, cento e trinta reais) após janeiro de 2003, tendo em vista a retroatividade construtiva da autotutela administrativa, ao que se acresce não ter sido ultrapassado o prazo prescricional quinquenal na espécie e afirmada a disponibilidade orçamentária na espécie.

É como penso, “sub censura”.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2006.

**Raquel Melo Urbano de Carvalho**

Procuradora do Estado

MASP 598.213-7

OAB/MG 63.612