

Parecer Consultivo/LFBA nº 014/2011 Brasília, 20 de novembro de 2011.

Ao Presidente da Federação Nacional dos Médicos - FENAM

M.D. Dr. Cid Célio Jayme Carvalhaes

REVISÃO

EMENTA: Projeto de Lei 2203/2011 agora Medida Provisória 568 de 11 de maio de 2012 - Instituição da Gratificação de Desempenho de Atividades Médicas - metodologia de evolução funcional e remuneratória - criação da VPNI - Discrepâncias de tratamento entre os servidores ativos e inativos - Avaliação do servidor condicionada a do órgão - Suposta ofensa a isonomia e igualdade

1 - Introdução

Versa o presente parecer, acerca do questionamento oriundo dessa respeitável instituição sindical de grau superior, formulado pelo Ofício 315/2011, de 26 de setembro de 2011, e por diversos e-mails recebidos, quanto à licitude dos termos do então Projeto de Lei nº 2203/2011, agora Medida Provisória 568 de 11 de maio de 2012, que dispõe, dentre outras providências, quanto à remuneração da carreira de cargos de Médico do Poder Executivo.

As violações alegadas dizem respeito a uma suposta redução indireta dos vencimentos, haja vista a implementação de um novo escalonamento, bem como a violação da paridade daqueles médicos já aposentados.

É o sucinto relatório.

2 – Fundamentação

Ab initio, cumpre sobrelevar que por se tratar de um projeto de lei, agora convertido na MPV 568, foi devidamente incorporada a Ordem Jurídica Nacional, a presente peça opinativa limitar-se-á a uma análise da adequação de seus dispositivos perante aspectos constitucionais e legais, sem prejuízo de uma posterior contraposição, já que produziu seus efeitos formais e matérias na concreção, e que aqui podem ainda não estar contemplados em sua plenitude.

Dito isto, impende gizar que o art. 40 do referido texto institui, a partir de 1º de Julho de 2012, as Gratificações de Desempenho de Atividades Médicas devidas, exclusivamente, aos servidores ocupantes do cargo de Médico, Médico de Saúde Pública, Médico do Trabalho, Médico Veterinário, Médico-Profissional Técnico Superior, Médico - Área, Médico Marítimo e Médico Cirurgião, quando em efetivo exercício nas atividades inerentes às atribuições do respectivo cargo no órgão ou entidade de lotação.

Nos incisos de I a XX do referido dispositivo, encontra-se o rol de carreiras sobre o qual incidirá a regulamentação do novo estipêndio, bem como a legislação que demonstra a previsão de das gratificações de desempenho percebidas anteriormente.

Razão pela qual, nesse diapasão, o § 1º prevê que a mudança da gratificação de desempenho atualmente percebida pelos servidores de que trata o caput para as gratificações de desempenho de atividade médica do respectivo plano de cargos ou carreira **não representa descontinuidade de sua percepção para efeito de aposentadoria e ciclo de avaliação de desempenho**, bem como o § 2º firma que gratificações de desempenho de atividade médica de que trata o caput serão

atribuídas em função do desempenho individual do servidor e do alcance de metas de desempenho institucional, **na forma, critérios e procedimentos estabelecidos para as gratificações de desempenho que os servidores de que trata o caput percebiam na data de publicação desta Lei**, inclusive para fins de incorporação da mesma aos proventos de aposentadoria e às pensões, até que seja editado ato que regulamente os critérios e procedimentos específicos para as referidas gratificações.

Desse modo, dos comandos normativos cotejados, o que se verifica é que o legislador substituiu os critérios funcionais para pagamento das diversas modalidades de gratificação de desempenho, até então adotados em relação aos quadros de carreira dos órgãos e autarquias, por outro, específico para os ocupantes de cargos privativos de médico, reconhecendo assim a supremacia do comando normativo da Constituição da República, encartado na alínea “c” do inciso XVI do art. 37 que elege a profissão regulamentada como norte a fim de diferenciar tais servidores. Nisso não remonta dúvida.

Todavia, a que preço o fez.

Diz-se isto uma vez que o legislador entabulou no § 3º que as gratificações de desempenho serão pagas observado o limite máximo de cem pontos e o mínimo de **trinta pontos** por servidor.

Concomitante, nos incisos do § 4º fixou que a pontuação máxima seria distribuída em até **vinte pontos** em decorrência dos resultados da avaliação de **desempenho individual** e até **oitenta pontos** em decorrência do resultado da avaliação de **desempenho institucional**.

Aqui, não obstante tal metodologia ter se tornado uma regra na administração pública, se vislumbra manifesta anomalia.

É que o § 5º estabelece que a **avaliação de desempenho individual** visa aferir o desempenho do servidor no **exercício das atribuições do cargo ou função**, com foco na contribuição individual para o alcance dos objetivos organizacionais.

Todavia, o § 6º prevê que a **avaliação de desempenho institucional** visa aferir o **desempenho coletivo no alcance dos objetivos organizacionais**, podendo considerar projetos e atividades prioritárias e condições especiais de trabalho, além de outras características específicas do órgão ou entidade de lotação.

Assim, aplicando-se essa metodologia, estar-se-ia submetendo **OITENTA POR CENTO** do estipêndio, a um suposto e abstrato **desempenho da entidade**, onde não necessariamente o servidor poderá influenciar, mormente em se tratando de profissional médico que como visto ocupa cargo com reserva profissional e que por vezes não se encontra diretamente relacionado as atividades fins do órgão ou autarquia.

Desse modo, o servidor que mesmo no pleno atendimento ao princípio da eficiência, promova o exercício de suas atividades com acuidade e afinco, pode não obter a pontuação máxima, e, por conseguinte, deixará de alcançar a completude na remuneração, haja vista que submetido não somente ao crivo de terceiros na aferição dessas atribuições como também a uma suposta avaliação genérica da instituição ao qual se encontra vinculado. Procedimento que mais se amolda a uma indireta limitação valorativa.

De certo que o Poder Judiciário hodiernamente vem entendendo que o vínculo jurídico do servidor público com a administração não se amolda a tradicional relação contratual e que por conta disso não seria lícito ao agente público pugnar pelo Direito ao regime jurídico, conforme um sem número de precedentes em diversos graus de jurisdição.

Contudo, tal qual o Direito Adquirido, tão mitigado nos dias de hoje, essa afirmação também não pode, como não deve, guardar caráter absoluto.

Isso porque a Constituição da República é uma construção normativa sistêmica, onde na dicção do § 2º, do art. 5º, os dispositivos e princípios não se excluem, mas se compõem, guardando entre si uma gradação e proporcionalidade em sua aplicação.

Em conseqüência a esse raciocínio, vale gizar que o caput do art. 37 da CRFB estabelece que 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, dentre outros.

E mais, da redação do inciso II daquele dispositivo, se extrai claro e uníssono que 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.

Nessa sistemática, como mencionado de composição, os incisos I, II e III do art. 39 da Constituição da República trazem de forma cristalina que a fixação dos padrões de vencimento e dos **demais componentes** do sistema remuneratório observarão respectivamente: a natureza, o grau de

responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira; os requisitos para a investidura; as peculiaridades dos cargos.

Assim sendo, tanto a normatização do acesso ao cargo, através de concurso público, quanto qualquer alteração do regime jurídico dos servidores, devem necessariamente observar a manutenção desses dispositivos e princípios, sob pena de incorrer em malsinada ofensa a Carta Magna.

Até porque a valoração social do trabalho é uma das pedras fundamentais do Estado Democrático de Direito, consoante art. 1º da CRFB e a remuneração é a justa contraprestação por tal labor.

Lúcido então, asseverar que a inexatidão dos valores da gratificação em comento, até por não depender somente da avaliação do servidor, mas em sua maioria (OITENTA PONTOS) de uma suposta avaliação subjetiva e institucional do órgão ou autarquia ao qual encontra-se vinculado, não traz a devida **transparência** para a composição remuneratória, não denotando assim guardar conformidade com o texto constitucional.

Por menos crível que pareça, conforme § 3º do art. 40, certo mesmo restou o mínimo de trinta pontos no pagamento da gratificação ao servidor.

Ultrapassada essa questão, passa-se a análise de outra antinomia detectada resultante do texto do Projeto de Lei Federal nº 2203/2011, agora MPV 568/2012, que diz respeito às diferenças de valores dos pontos aplicados no pagamento da mencionada gratificação de desempenho e atividades médicas.

Não se esta aqui em absoluto, pugnando por uma suposta isonomia remuneratória para os cargos de médicos, até porque

essa premissa deve se dar apropriadamente por intermédio de projeto de lei que transmuta essa carreira como de “Estado”.

Entretanto, não se pode olvidar que, como dito alhures, o Direito ao recebimento do estipêndio em questão está primordialmente atrelado e em clara submissão ao critério profissional do médico, sistemática essa consagrada ainda na CRFB de 1967, em seu art. 97, agora ampliada na redação da alínea “c” do inciso XVI do art. 37, aos profissionais de saúde com profissão regulamentada.

E como é de sabença, quem regulamenta o exercício dessas profissões são os seus Conselhos Profissionais, e não a Administração Pública, pois se assim não o fosse, poderia o gestor público designar o médico no mister de outra profissão, o que “em tese” não deve acontecer, sob pena de desaguar tal conduta na alcunha do desvio de função.

Razão pelo qual a jornada dos médicos aduzida na Lei Federal nº 3.999 de 15 de dezembro de 1961, foi indiretamente recepcionada em seara pública federal, quer seja pelo Decreto Lei Federal nº 1.445 de 13 de fevereiro de 1976 quer seja pela Lei Federal nº 9.436 de 05 de fevereiro de 1997.

Nesse exato sentido, por mera lógica, é de fácil ilação que são comuns entre si às atribuições de todos os integrantes de cargo privativo de médico na administração pública federal, a serem agraciados com a gratificação de desempenho em questão, razão pela qual, em função da especificidade profissional que se funda a verba não deveria invitar qualquer diferença valorativa.

Note-se que não se esta aqui buscando infirmar de vez o disposto no comando constitucional encartado no inciso XIII do art. 37 da Carta Política, que veda a vinculação ou equiparação

de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público.

Nem tampouco se desconhece o teor da súmula 339 da Suprema Corte ao firmar que não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento da isonomia.

Entretanto o que se tem na espécie e na concreção, é o reconhecimento estatal de que a carreira médica, em qualquer dos órgãos e entidades públicas, reserva sua essência profissional, traduzidas nas especificidades próprias, tal qual como ocorre com a jornada de 20 horas, adotada na administração federal, dos estados e municípios, motivação essa que adunou no fato da gratificação ser privativa para os ocupantes de cargos públicos privativos desse mister hipocrático.

Sedimentando esse argumento, o fato de que essa gratificação não poderá ser paga cumulativamente com quaisquer outras gratificações de desempenho de atividade ou produtividade, independente da sua denominação ou base de cálculo.

Nesse sentir, as disparidades remuneratórias dos pontos não se justificam, por que se assim o fosse, mais valia seria manter o regime anterior, atrelado à lotação do servidor efetivo.

Por derradeiro, há ainda que ressaltar a questão versada no art. 46, e seguintes, do texto sob análise, onde se ostenta que a aplicação dos valores remuneratórios constantes dos Anexos XLI, XLII, XLIII e XLIV a esta Lei, relativos à jornada de trabalho semanal dos titulares dos cargos de que tratam os arts. 46, 47, 48 e 49, aos servidores ativos, aos inativos e aos

pensionistas, não implicará em redução de remuneração, de proventos e de pensões.

Até aqui, caminha bem o texto, haja vista que a irredutibilidade de vencimentos e proventos é prerrogativa constitucional.

Acerca do tema, vale compulsar a proveitosa lição do Prof. J. Cretella Júnior *in* Comentários à Constituição Brasileira de 1988, fl. 2209, 1ª Ed. Vol. IV, já na época da promulgação da Carta Maior, esclarecia com a devida percuciência:

A partir de 05 de outubro de 1988, regra jurídica constitucional expressa que os vencimentos dos servidores públicos, civis e militares, são irredutíveis (art. 37, XV, primeira parte) colocando incensurável e, até, equilibrada e louvável do legislador constitucional. Nem teria mesmo sentido, em nossa época, a colocação contrária, quando por outro lado, o salário do trabalhador jamais foi afetado pelo princípio da redutibilidade.

Por sua vez, a Lei 8.112/90, aplicada ao caso, traz na redação do § 3º do art. 41, o prolongamento do comando constitucional em epígrafe, vide abaixo:

Art. 41 – Remuneração é o vencimento do cargo de efetivo, acrescido de vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.

(...)

§ 3º - O vencimento do cargo efetivo acrescido das vantagens de caráter permanente, é irredutível.

A própria Corte Suprema da Nação, em remansosa jurisprudência, vem se manifestando acerca desse tema, valendo trazer a colação a decisão de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, proferida em sede de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário de nº 343005, cuja ementa repisa-se abaixo:

EMENTA: 1. Servidor público: **irredutibilidade de vencimentos**. Dada a garantia de irredutibilidade, da alteração do regime legal de cálculo ou reajuste de vencimentos ou vantagens funcionais **jamais poderá ocorrer a diminuição do quanto já percebido conforme o regime anterior, não obstante a ausência de direito adquirido à sua preservação**: precedentes. 2. Recurso extraordinário: descabimento: é da jurisprudência do Supremo Tribunal que, no recurso extraordinário, é vedado o reexame dos fatos da causa, que devem ser considerados "na versão do acórdão recorrido" (Súmula 279).

De bom alvitre informar que essa prerrogativa se estende aos inativos, inclusive como objetivo da Seguridade Social, por força do comando emanado do inciso IV do art. 194 da Constituição da República.

Ocorre que logo em seguida, o § 1º menciona que na hipótese de redução de remuneração, de proventos de aposentadoria ou de pensão em decorrência da aplicação das tabelas de que trata o **caput**, eventual diferença será paga a título de Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI, de natureza provisória, que será gradativamente absorvida por ocasião do desenvolvimento no cargo por progressão ou promoção ordinária ou extraordinária, da reorganização ou da reestruturação dos cargos ou das remunerações previstas nesta Lei, da concessão de reajuste ou vantagem de qualquer natureza.

Concomitante o § 2º estabelece que a VPNI de que trata o § 1º estará sujeita exclusivamente à atualização decorrente de revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais.

Por fim, o art. 47 firma claro que o disposto naquela seção aplica-se, no que couber, aos aposentados e pensionistas dos

cargos de Médico a que se referem os arts. 46, 47, 48 e 49 do texto em cotejo.

Aqui deve por bem se deter o interlocutor e suscitar relevante oposição. É que com a eleição dessa metodologia, usualmente utilizada por parte do Poder Público, impondo o pagamento de parte da remuneração através de uma VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA, cria um hiato, não na evolução funcional, mas na derivação remuneratória desta.

Ora, é indubitável que esses servidores, cujo componente da remuneração ultrapassa os valores das tabelas, assim o percebiam por estarem adequados a então ordem jurídica e financeira vigente, não podendo essa diferença ser considerado como um excesso.

Desta forma, ao se converter esse dito “excesso” em VPNI, a administração mantém a evolução funcional desse servidor, sem o devido encadeamento remuneratório. Em contrário senso com aquele que, com o advento do novel legislativo, teve sua remuneração adequada aos valores fixados na tabela, e que com a evolução funcional terá efetivo ganho financeiro.

Há nessa situação manifesta anomalia e lesão à isonomia de tratamento, acentuada ainda mais se levarmos em conta que na forma do § 2º do art. 46 a VPNI encontra-se subordinada somente aos reajustes gerais, divorciada, portanto, de quaisquer outros ganhos.

Noutras palavras, enquanto o servidor “A” cuja remuneração encontra-se devidamente absorvida nos valores constantes da tabela, evolui e tem a contrapartida remuneratória por essa evolução, o servidor “B” detentor do referido “excesso” evolui, mas não tem a contrapartida por essa

evolução funcional, e mais, tem uma parcela de sua remuneração submetida somente aos reajustes gerais em detrimento de qualquer outro que venha lhe favorecer.

E não seria diferente com relação aos inativos e pensionistas, onde a situação aventada no referido texto de lei carece ainda de maior elucidação, mormente aqueles que se aposentaram sob o instituto da integralidade e paridade.

Aqui, o que se verifica é que o tal “excesso” convertido em VPNI também mitigaria tais institutos, vez que subordina parte dos proventos de aposentadoria e pensão somente aos reajustes gerais, ocasionando também um hiato remuneratório em relação aqueles cujos valores se adequaram aos lançados na nova tabela.

3 - Conclusão

O presente tema ainda tem premência pela devida regulamentação, todavia as questões invocadas na presente peça opinativa demonstram que a metodologia aposta no, então projeto de lei 2203/2011, convertido na Medida Provisória 568 de 11 de maio de 2012, apesar de reconhecer as especificidades da carreira médica, criando uma gratificação única e privativa para a profissão, promove anomalias e, por conseguinte, dissocia-se do correto tratamento que se deve dar entre servidores da ativa, e inativos, não atendendo assim a correta sistemática remuneratória do cargo, encartada no art. 39 da CRFB, violando, por conseguinte, os Princípios da EFICIÊNCIA, ISONOMIA, VALORAÇÃO DO TRABALHO, IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS E PROVENTOS.

Procedimentos esses que, salvo melhor juízo, devem por bem ser revistos, no que colocamo-nos a disposição para quaisquer outros esclarecimentos.

Marco Antônio Bilibio Carvalho
OAB/DF 5.980

Thais Maria Riedel de Resende Zuba
OAB/DF 20.001

Luiz Felipe Buaiz Andrade
OAB/DF 24.775