PREMIAÇÃO PARA EMPREGADO DE EMPRESA ESTATAL

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO*
FLÁVIO AMARAL GARCIA**

1. O dever de eficiência das entidades integrantes da Administração Pública Indireta — 1.1. A eficiência funcional — 1.2. A eficiência empresarial — 1.3. A premiação como fonte de conjugação entre a eficiência funcional e a eficiência empresarial — 2. A instituição dos prêmios e o seu condicionamento aos princípios jurídicos — 2.1. Princípio da Proporcionalidade — 2.2. Princípio da Economicidade — 2.3. Princípio da Isonomia — 2.4. Princípio da Publicidade — 2.5. Princípio da Moralidade — 2.6. Princípio da Livre Concorrência

Cuida-se de examinar se empresa estatal pode conceder prêmios aos seus empregados, revendedores e demais agentes diretamente ligados à consecução das finalidades da empresa.

1. O dever de eficiência das entidades integrantes da Administração Pública Indireta

As empresas públicas e sociedades de economia mista sujeitam-se, por força do disposto no art. 173, § 1°, II, CF[1], ao regime próprio das empresas privadas, o que

* Doutor em Direito Econômico pela Universidade Gama Filho; Professor do Mestrado em Direito da Universidade Gama Filho.
** Professor do Curso de Pós-Graduação em Administração Pública na Universidade Federal Fluminense.

1 "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §1° A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I — sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; *II — a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;"(n/grifo)*

permite inferir que podem, em igual medida, instituir prêmios para os seus empregados bem como para seus parceiros, nos moldes adotados no setor privado, observados os parâmetros que orientam o funcionamento da Administração Pública.

Estas entidades se submetem a um regime jurídico híbrido, na medida em que sofrem, também, o impacto de normas de direito público. Isto ocorre por força de uma opção discricionária de descentralização do Poder político, que cria uma entidade com personalidade jurídica própria, de direito privado, para atuar em um determinado segmento econômico ou para prestar indiretamente um serviço público.

Assim, devem tais entidades, dentre outras regras específicas que lhes alcançam, observância aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, mas, também, sujeitam-se à livre concorrência, o que torna mais árduo o dever de eficiência, ao contrário dos demais órgãos e entidades não submetidos à competição.

Em uma economia de mercado, a ineficiência pode ser fatal para o cumprimento das finalidades públicas que ensejaram a criação da entidade estatal.

No que interessa para o deslinde deste tema, é possível destacar dois aspectos do princípio da eficiência: a funcional e a empresarial.

1.1. A eficiência funcional

A eficiência funcional está diretamente ligada ao desempenho das atividades pelos agentes da Administração, esperando-se de cada um deles a obtenção dos melhores resultados no espectro das suas competências[2]. Por esta faceta do princípio da eficiência, não mais se tolera o agente que não persegue uma maximização da sua produção[3].

Para os empregados públicos, despidos da garantia de estabilidade, a eficiência no desempenho das suas atividades é pressuposto da sua própria permanência no posto de trabalho. Isso, contudo, não impede que seja incentivado a tal resultado.

Nesse passo, o prêmio é uma forma de reconhecimento pelo desempenho obtido pelo trabalhador que vai além do espectro das suas atividades, funcionando como um dos meios de fomentar condutas que atendam ao interesse da empresa e da coletividade. No entanto, sua instituição é mera faculdade do empregador, não representando qualquer direito adicional para o empregado.

2 Nesta linha é a lição de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO in *Direito Administrativo*. 13ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 84: "*O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os 'melhores resultados' na prestação do serviço público.*"

3 Tanto isto é verdade que a avaliação periódica de desempenho foi instituída, para os ocupantes de cargos públicos, como forma de auferir a eficiência dos agentes no desempenho de suas atribuições, podendo acarretar, inclusive, a perda do cargo para o servidor estável (art. 41, parágrafo 1º, III, da CF).

Apesar da Consolidação das Leis Trabalhistas não ter disciplinado especificamente a sistemática de atribuição do prêmio, a sua existência válida no ordenamento jurídico é indiscutível diante do teor do art. 193, § 1°, da CLT. Confira-se a norma:

> "Art. 193 (...).
> § 1°. O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário *sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa." (n/grifo)*

Ora, a CLT não negou a existência do prêmio, mas sim, em contrapartida, o resguardou, individualizando-o dos demais acréscimos salariais que possam ser considerados no cálculo do salário, tais como as gratificações e as participações nos lucros.

Pela sua própria natureza, o prêmio não integra o salário. Confira-se o entendimento da doutrina. ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK[4] lecionam:

> "*O prêmio é um suplemento de salário* destinado ao trabalhador que demonstra maior eficiência ou diligência no serviço.
> (...)
> *Não se incorpora, todavia, ao salário* para outros efeitos, uma vez que cria apenas, uma expectativa de direito. Distinções devem, no entanto, ser feitas.
> (...)
> O prêmio é concedido muita das vezes, de modo que aparentemente se confunde com a gratificação. Isto se dá quando o empregador, no fim do ano, gratifica alguns dos empregados com o *intuito de premiar os esforços* que desenvolveram, distinguindo-os dos demais." (n/grifo)

Segundo ARNALDO SÜSSEKIND[5]:

> "Desde que concedidas com as características que configuram sua verdadeira natureza jurídica, o prêmio não deve ser conceituado como salário.
> (...)
> Portanto, para a conceituação do prêmio como salário ou como dádiva patronal, pouco importa o rótulo com que é concedido: se corresponder a trabalho executado por força do contrato de emprego, será sempre salário; se *constituir recompensa* à forma pela qual o trabalhador cumpriu suas obrigações (já remuneradas pelo salário ajustado), será uma liberalidade da empresa, cuja repetição não obrigará *ad futurum*."

4 GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 337/338.

5 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 419/420.

E, ainda, SÉRGIO PINTO MARTINS[6]:

> "*Os prêmios decorrem da produtividade do trabalhador*, dizendo respeito a fatores de ordem pessoal deste, como a produção, a assiduidade.(n/grifo)

JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO[7] observa:

> "Os prêmios são retribuições destinadas, via de regra, *a estimular o aumento de produção do empregado*. Carregam, pois, em sua morfologia, mais própria e usual, o inconveniente de fomentar um aumento despropositado de esforço no espírito do empregado, capaz de reduzí-lo ao 'surmenage'.
> Importa muito esclarecer, em relação aos prêmios, a variação de natureza jurídica, ao sabor do modo pelo qual sejam estipulados.
> Se o objeto de ajuste entre empregador e empregado para pagamento regular, a natureza salarial é inegável. Se surgidos sazonalmente, como *ocorre nas chamadas campanhas ou promoções da empresa*, ou se pagos espontaneamente pelo empregador, assumem natureza remuneratória. Entretanto, a força atrativa do salário está sempre pronta a se fazer sentir, em conjugação com a habitualidade do pagamento, para transmudar uma inicial natureza de remuneração em salário." (n/grifo)

Frise-se que a diferenciação do prêmio perante os demais institutos correlacionados com a integração dos estipêndios, tais como gratificação e participação nos lucros não passou desapercebida por AMAURI MASCARO NASCIMENTO[8]:

> "Não se confundem com participação nos lucros pela empresa, uma vez que a sua causa não é a percepção de lucros pela empresa, mas o *cumprimento, pelo empregado, de uma condição preestabelecida*.(...) Nem com a gratificação, cujas causas dependem mais de fatos ou acontecimentos objetivos e externos à vontade do empregado, enquanto os prêmios estão diretamente ligados ao *esforço*, ao *rendimento* do empregado. Também não são confundíveis com comissões, porque estas têm por base um negócio fechado pelo empregado, enquanto os *prêmios têm como causa um aumento de produção ou de eficiência*. (...)" (n/grifo)

No mesmo sentido, reitera-se os ensinamentos de ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK[9]:

6 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 234.

7 RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 4ª. ed. São Paulo: LTr, 2000, pp. 279/280.

8 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª.ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 469.

9 Ob.cit. idem.

"*Difere da gratificação*, no ponto que depende da apreciação subjetiva do empregador, conservando, por isto, sua natureza de pagamento não compulsório, sendo atribuído, por outro lado, *em consideração à diligência especial do empregado.*" (n/grifo)

É possível, assim, assentar as principais características dos prêmios: a) a sua instituição constitui *faculdade* do empregador[10]; b) tem por objetivo estimular a *eficiência* do empregado; c) *não integram o salário*[11], não gerando, por conseguinte, obrigações de natureza trabalhista; d) podem decorrer de *campanhas ou promoções* da empresa; e) sua concessão deve ser sempre *motivada*[12].

Uma primeira questão que se coloca é saber se o prêmio é uma "liberalidade", vedada como regra, no art. 154 da Lei de S.A., cuja redação é a seguinte:

"Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa:

§ 1° O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.

§ 2 É *vedado* ao administrador:

a) praticar *ato de liberalidade* à custa da companhia;

b) sem prévia autorização da assembléia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito;

c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembléia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo.

10 Conforme se pode observar do acórdão do Eg. Plenário do Tribunal Regional Federal da 2ª Região: *"(...) "Prêmio" de produtividade – liberalidade – impossibilidade de incorporação. I- Certo é que não se confunde prêmio de produtividade com gratificação (...), sendo o "primeiro benefício aleatório e mera liberalidade do empregador". (...)"* (EDIVRO — EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ORDINARIO, Processo nº: 8902038637 UF: RJ Órgão Julgador: PLENÁRIO, Data da decisão: 19.03.199, Fonte: DJ 23.04.1992 Relator(a): JUÍZA JULIETA LUNZ. Data Publicação: 23.04.1992, Revisor JUIZ NEY VALADARES).

11 De acordo com a manifestação da Eg. Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: "(...) Pagamentos feitos por mera liberalidade pelo empregador, como prêmio de produtividade e de participação nos resultados, *não têm natureza salarial.*(...)" (APELACAO CIVEL, Processo nº: 2002.001.10450, Votação : Des. DES. JAIR PONTES DE ALMEIDA, Julgado em 06.08.2002).

12 Neste sentido, já temos o posicionamento da Eg. Suprema Corte pátria, estabelecido na Súmula 209 STF: "*O salário-produção, como outras modalidades de 'salário prêmio, é devido, desde que verificada a condição a que estiver subordinado', e não pode ser suprimido unilateralmente pelo empregador, quando pago com habitualidade.*" (Publicação:16.12.1963, SUDIN VOL:00001-01 PG:00103).

§ 3° As importâncias recebidas com infração ao disposto na alínea c do § 2° pertencerão à companhia.

§ 4° *O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa*, tendo em vista suas responsabilidades sociais." (n/grifo)

Embora não seja a única interpretação cabível – ressalvando-se, pois, outros entendimentos legítimos – fato é que o prêmio não se confunde com o que se convencionou chamar de atos razoáveis em favor do empregado, tais como benefícios especiais e esporádicos como adiantamentos, empréstimos, pagamento de estudos, creches e outras utilidades. É instrumento legítimo de *fomento*, que busca ou decorre de um resultado positivo. Portanto, a liberalidade que pudesse existir, num primeiro momento, é apenas aparente, já que ela revela um intuito de lucro, como se frisará adiante.

1.2. A eficiência empresarial

A eficiência empresarial está ligada ao êxito da entidade no desenvolvimento da sua atividade-fim. O foco da sua atuação deverá ser a permanente busca do cumprimento das finalidades que ensejaram a sua criação; afinal, como dito, esta é a razão da sua existência e da intervenção estatal no domínio econômico.

Atuando para realizar o seu objeto social, a eficiência deverá ser a tônica do exercício das entidades estatais que desempenham atividade empresarial, mormente quando se sabe que o regime é o de livre mercado e concorrência. Sem a eficiência como pressuposto na sua atuação, a empresa assume o risco de ter custos mais elevados, de perder clientela, de produzir bens e serviços de pouca qualidade, se colocando em posição de inferioridade perante os demais competidores do mercado.

A dimensão da eficiência empresarial é complexa e envolve fatores externos de natureza econômica, política e social e fatores internos relativos ao próprio funcionamento da empresa, podendo-se mencionar, exemplificativamente, os recursos humanos, materiais, tecnológicos e financeiros. A capacidade de conjugação destes fatores é que poderá determinar uma atuação eficiente da empresa.

1.3. A premiação como fonte de conjugação entre a eficiência funcional e a eficiência empresarial

Neste cenário, sobressai o fator humano da organização, já que dele dependerá a operacionalização e instrumentalização dos outros recursos; daí ser de fundamental importância a busca da eficiência funcional dos empregados que compõem a força de trabalho da empresa, com vistas ao atingimento da eficiência empresarial no exercício da sua atividade finalística.

A instituição de prêmios é, portanto, uma forma legítima de buscar a eficiência funcional, já que, por meio dela, como visto, tenciona-se estimular a produção individual dos empregados, no sentido de obter de cada um deles o melhor resultado

possível no desempenho das suas atribuições. E é neste ambiente, de constante busca pela maximização dos resultados dos empregados, que se objetiva alcançar a eficiência empresarial.

Note-se que a previsão de premiação para os revendedores e demais agentes diretamente ligados à consecução da atividade-fim da empresa também se insere no contexto da estratégia empresarial com vistas ao incremento da sua eficiência, revelando-se como meio de assegurar a clientela conquistada e de estreitamento das relações comerciais já estabelecidas.

Deste modo, é possível afirmar que não há, sob o prisma do princípio da eficiência, nenhum óbice à instituição de prêmios no âmbito das entidades privadas que integram a Administração Indireta; ao revés, é mesmo salutar que estes entes busquem mecanismos de aprimoramento funcional e empresarial como forma de desempenharem a sua atividade-fim e cumprirem os objetivos que justificaram a sua criação.

A busca da eficiência deve estimular processos criativos e a iniciativa, tanto do empregado e do diretor como dos parceiros comerciais da empresa. Como podem surgir de criações espontâneas e repentinas, nem sempre são previsíveis e, por isso, eventualmente não estarão contemplados em regulamentos ou objetivados em critérios de julgamento.

Nem por isso deixará de ser legítima a premiação, se orientada pelos critérios da moralidade, da impessoalidade, da economicidade e da proporcionalidade. O mérito, como resultado da eficiência, deve sempre ser reconhecido e estimulado.

2. A instituição dos prêmios e o seu condicionamento aos princípios jurídicos

Se por um lado a instituição de prêmios serve como instrumento para o atendimento do princípio da eficiência, de outro é certo que a sistemática adotada deverá observar outros princípios jurídicos plenamente aplicáveis às entidades integrantes da Administração Pública Indireta.

2.1. Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade impõe ao administrador a adoção de meios adequados para o atingimento dos fins colimados. Em outras palavras, deve existir uma correlação lógica e proporcional entre o objetivo visado e o instrumento da ação administrativa.

LUIS ROBERTO BARROSO[13] explicita o conteúdo do princípio da proporcionalidade:

13 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 209.

"Há, ainda, um terceiro requisito, igualmente desenvolvido na doutrina alemã, identificado como proporcionalidade em sentido estrito. Cuida-se, aqui, de *uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos*. Em palavras de Canotilho, trata-se "de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim".

...

Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos."

É fundamental que, no plano prático, a relação custo-benefício da medida (instituição do prêmio) seja preservada, de modo a evitar, por exemplo, que o valor do prêmio seja maior do que o benefício auferido pela empresa, com o resultado obtido no desempenho das atribuições do empregado, dos revendedores ou dos demais agentes; daí a necessidade deste resultado ser objetivado como forma de auferir a exata medida da proporcionalidade do prêmio.

Lembre-se, por oportuno, que a proporcionalidade é sinônimo do mandamento geral da proibição de excesso por parte do administrador, o que ocorreria se a relação custo/benefício do prêmio não fosse observada. A jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal[14] já encontra-se assentada neste aspecto:

"(...) Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao *princípio da proporcionalidade, que se qualifica – enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade* dos atos estatais (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, pp. 56/57, itens ns. 18/19, 4. ed., 1993, Malheiros; Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, p. 46, item n. 3.3, 2. ed., 1995, Malheiros) – *como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.*

Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado – *inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa – adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder*, extraindo a sua

14 Julgamento das Adins nºs 1.922 e 1.976 – DF. Ministro Relator: ALVES, Moreira. *Revista Trimestral de Jurisprudência. Vol. 176 STF – Brasília, COJU*, Imprensa Nacional: Abril de 2001, p.153.

justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, *a garantia do due process of law* (Raquel Denize Stumm, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, pp. 159/170, 1995, Livraria do Advogado Editora; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Direitos Humanos Fundamentais, pp. 111/112, item nº 14, 1995, Saraiva; Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, pp. 352/355, item nº 11, 4. ed., 1993, Malheiros.)

Como precedentemente enfatizado, o *princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício* das *funções* que lhe são inerentes (...). (n/grifo)

2.2. Princípio da Economicidade

A economicidade (art. 70, da CF) é uma derivação do dever de eficiência inerente à função de administrar e tem por objetivo a obtenção dos melhores resultados ao menor custo possível.

Assim, a relação custo/benefício na instituição do prêmio, que se revela como um dos aspectos do princípio da proporcionalidade, também é o núcleo essencial do conceito de economicidade, já que, no exemplo antes mencionado, se o valor do prêmio superar o benefício auferido pela empresa, na sua quantificação financeira, restará desatendido o princípio da economicidade e, em conseqüência, o próprio princípio da eficiência.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO[15] ensina que:

> *"A economicidade consiste em não comprometer recursos inúteis, desproporcionais ou supérfluos* para *alcançar os objetivos fixados.*" (n/grifo)

A lógica na instituição dos prêmios, à luz da economicidade, deve ser exatamente a de estimular resultados favoráveis. No âmbito da empresa, são repudiados custos ou liberalidades que comprometam a sua competitividade.

Mas, frise-se, o prêmio não é uma liberalidade, ainda que esta seja, legitimamente, a primeira interpretação. Na verdade, é uma retribuição. Daí não ser repudiado.

O que se veda aos administradores de sociedades anônimas é a dilapidação do capital da empresa em detrimento do acionista, que é distante do profissional que conduz diretamente os seus investimentos em ações da empresa. Aqui, o prêmio deve ser visto como uma retribuição pelo benefício proporcionado ao acionista. Daí o de dever de economicidade/proporcionalidade.

Não há um critério objetivo acerca de *"com o que premiar?"*. O prêmio é um símbolo, mas nada impede que ele represente alguma utilidade para o destinatário,

15 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 565.

como forma de atingir seu objetivo de estimular o resultado. Afinal não se busca, apenas, satisfazer a vaidade humana, como forma de obter resultados positivos causando inveja aos que não recebam troféus e medalhas, que maior utilidade não trazem (daí a sensação de liberalidade ser aparente).

O desejável – mas não vedado – é não fazer uso de prêmio em dinheiro, não só por retirar o simbolismo como pelo risco de interpretações relativas ao cálculo do salário e de tributos sobre ele incidentes. Claro que o dever de licitar a compra de bens (os prêmios materiais) pode tentar ao uso dessa opção, que não é a mais adequada.

Frise-se, ainda, que o prêmio não é "retribuição" ou "remuneração" com natureza salarial, objeto do Decreto-Lei nº 2.036, de 28.06.1983 que dispõe sobre o limite de remuneração mensal para os servidores, empregados e dirigentes da Administração Pública Direta e Autárquica da União e das respectivas entidades estatais, bem como para os do Distrito Federal e dos Territórios e do Decreto-Lei nº 2.355, de 27.08.1987 que dispõe sobre o limite de retribuição na Administração Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios.

Ademais, tais regras, em especial o art. 6º, II, do Decreto-Lei nº 2.355/87[16], anterior à EC 19/98 é de duvidosa validade, eis que além de vedar o fomento à eficiência (que, por si só já é absurdo), contraria a nova redação dada ao art. 37, XI, CF que só estabelece "limite de remuneração" (objeto da norma em exame) para os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional, não se referindo, pois, aos empregados das estatais.[17]

Note-se, que o art. 14 do Decreto Lei nº 2.036/83[18], em seu inciso II, chega ao requinte de vedar expressamente, o disposto no art. 7º, XI, CF. Ainda que seja norma programática, o dispositivo constitucional já traz a eficácia plena de vedar a produção de normas contrárias ao seu objetivo, pelo que não nos parece recepcionados os dispositivos.

2.3. Princípio da Isonomia

O conteúdo do princípio da isonomia indica que todas as pessoas que estejam na mesma posição jurídica devam receber o mesmo tratamento por parte dos entes que integram a Administração Pública.

16 Art. 6º- Ressalvados o direito adquirido e a coisa julgada, é vedado às entidades referidas nas alíneas b e c do item I do § 1º do art. 1º, e às autarquias em regime especial, conceder a seus servidores: I — (...); II — gratificação ou adicional de produtividade, de incentivo à produtividade, de eficiência, de assiduidade e análogas.

17 Sobre o tema ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 101 e ss.

18 Art 14 — vedado às entidades estatais conceder a seus dirigentes, servidores ou empregados os seguintes benefícios ou vantagens, salvo se resultarem de imposição de lei federal:

I — (...); II) participações nos lucros, ainda que sob a forma de resultado de balanço, de produtividade, de incentivo à produtividade, de eficiência, bem como a gratificação de assiduidade, e análogas, observado quanto aos servidores ou empregados admitidos até a data de vigência deste Decreto-lei o disposto no parágrafo único do art. 13.

Significa dizer, portanto, que o direito a competir pela premiação, quando a competição existir, deve ser ofertado em igualdade de condições para todos os que ostentarem a mesma situação jurídica, sob pena de restar vulnerado o princípio da isonomia.

Em decorrência da isonomia, como regra, deverão ser estabelecidos critérios, que permitam dar publicidade, transparência e impessoalidade aos parâmetros utilizados pela empresa no momento de julgar quem seriam os beneficiários do prêmio.

Sempre que possível (justificando-se a eventual impossibilidade), deverão ser utilizados critérios objetivos na instituição dos prêmios. Ainda quando não for viável a definição de parâmetros estritamente objetivos, é desejável que sejam definidos os fatores que serão ponderados para fins de apreciação do mérito para prêmio. Na impossibilidade de fixação prévia dos critérios, pela imprevisibilidade de um êxito repentino, de um agente que atuar espontaneamente ou de um projeto não divulgável por força de estratégia empresarial, o prêmio deve ser, sempre, justificado, em homenagem ao princípio da motivação.

É a situação concreta que indicará a possibilidade de adoção de critérios objetivos ou não. Assim, por exemplo, na instituição de prêmio que recompense a assiduidade e/ou a disciplina do empregado o critério é objetivo, bastando verificar o comparecimento e a permanência no trabalho de cada um dos empregados. Claro que, pelos deveres de economicidade e proporcionalidade *supra* mencionados, não é o mero cumprimento do dever que enseja tal tipo de premiação, hipótese em que os períodos de apuração devem ser maiores. Igualmente objetivo pode ser o critério de aumento de quantidades vendidas, de novos clientes conquistados, sempre acima de um nível que não premie o mero cumprimento das obrigações assumidas. Já, de outro lado, a premiação do melhor trabalho jurídico produzido na empresa não comportará uma avaliação estritamente objetiva, eis que existe uma natural dose de subjetividade no momento do julgamento.

Frise-se, no entanto, que o fato da avaliação ser subjetiva não exonera a empresa de indicar — por exemplo, no hipotético caso de um prêmio jurídico — a comissão responsável pelo julgamento ou mesmo de explicitar os fatores considerados (ex: emprego correto da língua portuguesa, fundamento da tese na jurisprudência e na doutrina, raciocínio jurídico, complexidade da questão enfrentada e etc.).

O mesmo se diga da criação de novo produto ou de nova peça publicitária, que nem sempre comportam critérios objetivos.

Em síntese, o que é exigível e esperado legal ou contratualmente nunca deve ser premiado. Mesmo o cumprimento de metas, de forma mais ágil ou diferenciada, não deveria, em princípio, autorizar a premiação. Afinal, se são estabelecidas metas, sem critério diferenciador, estes representam o dever legal, contratual ou funcional. Só o esforço adicional e eficaz podem merecer o reconhecimento incentivador.

2.4. Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade impõe aos entes que integram a Administração Pública o dever de divulgar os seus atos, como forma de assegurar o legítimo exercício do controle externo sobre a sua atividade.

Logo, o regulamento que institui a sistemática da premiação, quando existir, deve ser divulgado entre os interessados, permitindo que conheçam as "regras do jogo" e evitando que os critérios e fatores que serão ponderados no momento da definição da premiação sejam de conhecimento de uma minoria, o que violaria o princípio da impessoalidade.

Na sua ausência, por imprevisibilidade da situação ou por força de estratégia empresarial, reforça-se o dever de *publicidade* na *motivação*, em homenagem ao princípio da *moralidade*.

2.5. Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade, na norma em abstrato, é de extrema fluidez e subjetividade. No entanto, no momento em que a situação concreta ocorre, a constatação da sua violação ou não é facilitada diante dos elementos objetivos que a hipótese comportar.

Para LÚCIA VALLE FIGUEIREDO[19], há que se delimitar a moralidade administrativa no âmbito do ordenamento jurídico aplicável, como se observa:

> "*O princípio da moralidade vai corresponder ao conjunto de regras de conduta da Administração* que, em determinado ordenamento jurídico, *são consideradas os 'standards' comportamentais que a sociedade deseja e espera.*
> Claro está que *para exame das condutas administrativas realizadas*, tendo como suporte *parcela de discricionariedade, a atenção deverá ser maior* para a aferição do *cumprimento do princípio.*" (n/grifo)

Não obstante, assevera-se consagrada doutrina de SIREY[20] :

> "Quant à la *moralité administrative*, son existence provient de ce que *tout possédant une conduite pratique* forcément la distinction du bien et du mal. Comme l'Administration a une conduite, elle pratique cette *distinction* en même temps que celle du *juste et de l'injuste*, du *licite et de l'illicite, de l'honorable et du déshonorant, du convenable et de l'inconvenant. La moralité administrative est souvent plus exigeante que la légalité.* Nous verrons que l'institution de l'excés de pouvoir, grâce à laquelle sont annulés beaucoup d'actes de l'Administration, est fondée autant sur la notion de la moralité administrative que sur celle de la légalité, de telle sorte que *l'Administration est liée dans une certaine mesure par la morale juridique, particuliérement en ce ui concerne le détournement de pouvoir*"[21].(n/grifo)

19 VALLE FIGUEIREDO, Lúcia. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 56.

20 SIREY. '*Droit Administratif et Droit Public*'. 11.ed. 1927, pp. 346/347.

21 Tradução do respectivo texto citado: "Quanto à moralidade administrativa, sua existência

O certo é que, no que toca à instituição de prêmios, o cumprimento do princípio da moralidade está diretamente ligado ao atendimento dos princípios anteriormente mencionados. Em outras palavras, se o prêmio for instituído com proporcionalidade aos fins almejados, sem implicar na dilapidação inútil de recursos da empresa, com motivação pública, a moralidade será, por via conexa, plenamente observada.

A improbidade administrativa decorre da violação objetiva do princípio da moralidade, representando a desonestidade que causa prejuízo à Administração ou enriquecimento sem causa para o agente público ou para o administrado destinatário do ato.

É preciso, pois, que se prove a desonestidade, já que a regra geral é a presunção de boa fé. Assim, a premiação voltada para o princípio da eficiência e dentro dos parâmetros de razoabilidade, não deve ensejar responsabilização administrativa.

Somente se a empresa se afastar da natureza jurídica do prêmio, admitindo-o em outras hipóteses – que não a da sua aplicabilidade perante a condição previamente estabelecida, de cumprimento eficiente de determinadas metas, sem caráter de habitualidade – poderá constituir tal feito como uma remuneração descabida[22].

Improbidade esta, frise-se, configurada pela destituição das características — *in natura* — próprias do prêmio, já que este, por sua vez, não se encontra defeso em lei, desde que resguardados os quesitos *supra* discorridos.

O mesmo se diga da responsabilização fiscal. A Lei Complementar nº 101/2000 é voltada para a prevenção e correção de desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o descumprimento de metas. Seu foco, pois, é exigir que tais metas sejam programadas e atendidas. Aqui, cuida-se da premiação pela *superação* de metas.

Ademais, a Lei de Responsabilidade Fiscal dedica-se mais às empresas "dependentes", que não vivem dos próprios recursos (embora haja dispositivos sobre o contrato de gestão – art. 47 e ss.).

Não afeta, pois, a matéria em exame, por não implicar em impacto sobre o orçamento.

provém de tudo que possui uma conduta prática, forçosamente da distinção do bem e do mal. Como a Administração tem uma conduta, ela pratica esta distinção ao mesmo tempo que aquela do justo e injusto, do lícito e do ilícito, do honorável e do desonorável, do conveniente e do inconveniente. A moralidade administrativa é freqüentemente mais exigente que a legalidade. Veremos que a instituição do excesso de poder, graças à qual são anulados muitos atos da Administração, é fundada tanto na noção de moralidade administrativa quanto na legalidade, de tal sorte que a Administração é ligada, em certa medida, pela moral jurídica, particularmente no que concerne ao desvio de poder"

22 Bem como o entendimento já delimitado pela Eg. Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST): *"Se os prêmios são pagos com habitualidade, sem necessidade do implemento de qualquer condição, a natureza da parcela é salarial. Logo, a parcela impropriamente denominada de prêmio, nessas condições, integra-se ao salário do obreiro."* (DECISÃO: 18.12.2002, PROC:RR, NUM:705626, ANO: 2000 REGIÃO: 09 RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR — QUINTA TURMA, *FONTE:* DJ DATA: 14.02.2003, *RELATOR:* JUIZ CONVOCADO JOÃO GHISLENI FILHO).

2.6. *Princípio da Livre Concorrência*

A doutrina reconhece a existência de dois tipos de estatais, as que exploram atividades econômicas e as que prestam serviços públicos. Destas últimas tem sido exigido um comportamento bastante assemelhado ao das entidades da Administração direta[23], especialmente no que concerne à necessidade de previsão orçamentária de suas despesas, o que se reforça na Lei de Responsabilidade Fiscal quanto às empresas controladas dependentes. Maior liberdade, no entanto, têm as empresas que exploram atividades econômicas e vivem dos recursos decorrentes de suas próprias atividades.

Assim, estas podem estabelecer programas de premiação com os recursos disponíveis alocados para tanto nas respectivas dotações, que devem observar critérios de demonstração financeira definidos na legislação de direito empresarial, que tratará da destinação das sobras de recursos, por economia[24] ou por excesso de arrecadação (até pelo atendimento da eficiência que se almeja premiar), os quais também podem ser objeto de utilização na premiação.

Trata-se da intervenção concorrencial do Estado na atividade econômica privada, não se submetendo, pois, aos mesmos rigores formais que incidem sobre a administração direta e autárquica (que têm sido estendidos às estatais prestadoras de serviços públicos), mas, sim, às formalidades a que estão sujeitas as empresas do setor privado, em proteção ao patrimônio do acionista.

Submete-se, pois, a empresa estatal aos mesmos princípios a que estão sujeitas as demais empresas do setor privado, em especial o da livre concorrência, insculpido no art. 170, inciso IV, Constituição Federal.

23 A ilustre Procuradora do Estado do Rio de Janeiro Maria Thereza Werneck de MELLO, no Parecer nº 22/91-MTWM, fazendo a distinção entre empresas estatais prestadoras de serviços públicos e empresas exploradoras de atividades econômicas, ofereceu as seguintes conclusões: "O METRÔ é uma sociedade de economia mista, prestadora de serviço público, ao qual não se aplica o disposto no Art. 173, § 1º da Constituição Federal. Os contratos de obra pública realizados pelo METRÔ são contratos administrativos que se sujeitam à legislação a eles pertinentes, inclusive no que tange à administração financeira, consubstanciada no D.L. 2.300/86 e Lei Estadual 287/79. Se o contrato 1.027/87 foi firmado sem a correspondente previsão dos recursos orçamentários programados para o exercício, caracterizada esta infringência do Art. 6º do D.L. 2.300/86, e a sua conseqüente nulidade, tal como previsto no § 2º do citado artigo. Além da hipótese anteriormente prevista, vários outros aspectos pertinentes à execução orçamentária do contrato 1.027/87 (e de outros) importaram também em violação da Constituição Federal, do D.L. 2.300/86 e da Lei 287/79, e do respectivo Edital de licitação, reforçando assim, a nulidade do contrato e seus termos aditivos. Também o Procurador do Estado do Rio de Janeiro Amilcar MOTTA, em seu Ofício nº 14/89 de 14.6.89, ofereceu as seguintes conclusões:"trocado em miúdo, vê-se que esse diploma estadual adota os seguintes postulados básicos: aplicam-se às empresas públicas, (e às sociedades de economia mista, acrescento eu) como regra geral, as mesmas normas de administração financeira estabelecidas para administração direta; o orçamento dessas entidades observará, também em regra, as normas gerais de Direito Financeiro".

24 Vide, por analogia, o art. 39, parágrafo 7º, da Constituição Federal.

Não há, pois, reserva de mercado ou qualquer privilégio que decorra da presença do Estado no controle (indireto) da empresa, devendo esta suportar a competição, valendo-se de meios legítimos para tanto.

Uma dessas técnicas de competição é a realização de eventos e promoções que divulguem e fixem a marca e os produtos da empresa, estimulando a sua escolha em detrimento de outros fornecedores ou marcas.

É nesse contexto que se insere a atribuição de prêmios, tanto a empregados como parceiros comerciais e até consumidores, como técnica de conquista e preservação da clientela.

Muitas vezes, esse processo de captação de clientela no mercado pode ensejar um maior sigilo nas técnicas adotadas, de modo a surpreender os competidores acerca dos segmentos e objetivos almejados. Daí se justificar, eventualmente, a atribuição de prêmios sem prévio regulamento aberto ao público.

— III —

Em conclusão, pode se afirmar que não haveria algum óbice à instituição de prêmios por parte das entidades estatais, que desempenham atividades econômicas.

A atribuição de prêmios, desde que motivada no princípio da eficiência e orientada pelos princípios da proporcionalidade, da isonomia, da economicidade, da publicidade, da moralidade, da motivação e da livre concorrência, é instrumento legítimo de desenvolvimento da atividade empresarial.

Como não existe impedimento jurídico, os prêmios podem ser concedidos a empregados, revendedores comerciais e outros agentes cujas ações estejam diretamente ligadas à consecução do objeto fim da empresa.

A atribuição de prêmios a empregados tem natureza diversa da remuneração salarial e da participação nos lucros, pois busca a eficiência funcional; já a atribuição de prêmios a revendedores busca a eficiência empresarial, em função da sujeição à livre concorrência, na conquista e preservação da clientela.

Sempre que viável, devem ser adotados critérios objetivos, em homenagem aos princípios da publicidade, da isonomia e da moralidade; é claro que, nem sempre, tal objetividade será possível; neste caso, a imoralidade não se presume, devendo ser provada qualquer violação a tal princípio. O prêmio atribuído sem prévio regulamento deve ser justificável em razão de um benefício excepcional ou repentino (fruto de criação espontânea) proporcionado à empresa. A motivação deve ser submetida ao princípio da publicidade.

A escolha do prêmio é discricionária. O importante, nesse quesito, é a vedação de imoralidades ou excessos, de modo a não neutralizar o benefício proporcionado pelo resultado obtido. Como em qualquer exercício da discricionariedade, a razoabilidade é sempre um limite (e esta se presume, salvo nos casos de zona de certeza). O prêmio não-simbólico é legítimo, pois representa um estímulo a mais. O prêmio em dinheiro não é vedado, mas deve ser evitado para prevenir interpretações que causem qualquer tipo de impacto sobre os salários ou tributos sobre ele incidentes.

Os treinamentos buscam a eficiência, tanto quanto a premiação. O que importa, num exame de razoabilidade e economicidade, é não premiar obviedades. Os eventos também são instrumentos de preparação para a concorrência e de fixação da marca. Representam parte de uma estratégia voltada para a livre concorrência, com intuito de lucro. Não há presunção de liberalidade mas, sim, de intuito de obtenção de clientela e de resultados favoráveis. Em regra, os custos com tais itens são incluídos nos preços, que, por sua vez, devem ser competitivos para angariar a clientela. O que se repudia é a dilapidação do patrimônio da empresa, pelo administrador ímprobo, pródigo ou demagogo, em prejuízo do acionista, dono do capital. Não é o caso da premiação pelos bons resultados, que revertem em favor do acionista, da coletividade e da economia como um todo.

Como dito, a premiação se ampara, no âmbito constitucional, no princípio da eficiência e é orientada pelos princípios da moralidade, da publicidade, da economicidade e da isonomia.

No âmbito trabalhista, é prática reconhecida pela CLT, pela doutrina especializada e pela jurisprudência, não tendo natureza salarial nem ao salário se incorporando.

No plano societário, não é liberalidade, mas, sim, estímulo à lucratividade, buscada em face da submissão ao princípio da livre concorrência. Não há vedação legal ou estatutária.

No plano administrativo, a regra é que a improbidade e a desonestidade não se presumem e a responsabilidade fiscal não abrange, nesse passo, esse tipo de conduta de empresa controlada não dependente, especialmente quando premia a superação de metas.

Não há vedação da atribuição de prêmios nem na Lei nº 8.429/92 nem na Lei Complementar nº 101/200, nem com a Lei nº 6.404/76.

Tais normas buscam preservar o patrimônio público contra lesão causada por desonestidade ou por falta de planejamento dos gastos em relação às metas orçamentárias.

As normas que fixam limites à remuneração de empregados estatais não dependentes e vedam participação nos lucros não devem ser tidas como recepcionadas.

O recebimento de abono decorre do princípio constitucional do direito dos empregados à participação nos lucros da empresa – Constituição Federal, art. 7º, XI — e não se confunde com processos específicos de estímulo à eficiência, de natureza eventual e não condicionados à ocorrência do lucro (ainda que o prêmio deva ser inferior ao benefício específico criado sob pena de violar-se a economicidade e a proporcionalidade).

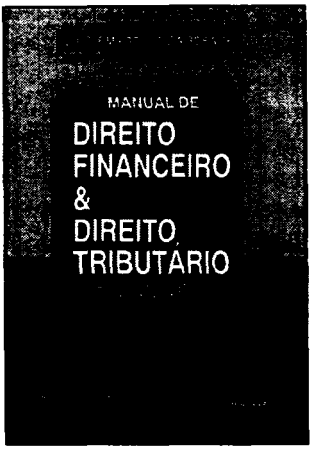
Não existindo uma disputa pelo prêmio, poderiam todos os empregados que tratam de um assunto de interesse da empresa vir a receber prêmios. Afinal, o prêmio é instrumento de busca da eficiência. A eficiência de um não exclui a eficiência do outro. São critérios de razoabilidade que orientam as premiações. O que é importante frisar é que o mero cumprimento do dever legal, ainda que de forma diferenciada, não merece premiação, eis que todos atingiram o mesmo objetivo. Do contrário, o incentivo deveria ser objetivado.

Havendo eficiência, gerando proveito para a empresa, o estímulo ao resultado é prática saudável na Administração. O fomento é atividade administrativa típica, estando presente nas mais diversas situações. A regra, portanto, é presumir a moralidade na sua utilização não desproporcional aos benefícios auferidos pela superação das metas e dos deveres usuais. O prêmio só é repudiado se provada a imoralidade, a improbidade, a desproporcionalidade, a violação à economicidade, hipótese em que, em princípio, o ordenador da despesa poderá ser atingido pela má gestão, sem prejuízo dos que deram causa ou se beneficiaram do ato ilegal e lesivo. Mas, frise-se, a premiação é técnica legítima de fomento e a regra é a presunção de boa fé.

A premiação encontra amparo no ordenamento jurídico, mas deve ser utilizada para estímulo ao cumprimento adicional de deveres e metas e não para o mero atendimento do que é exigível e esperado.

Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.



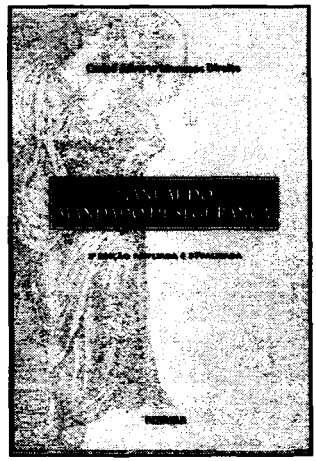
É uma das mais importantes obras doutrinárias existentes na literatura jurídica nacional. Esta obra puramente didática é uma introdução ao estudo do Direito Financeiro e do Direito Tributário, à luz da legislação positiva no Brasil. O autor parte do estudo da atividade financeira do Estado para, em seguida, enfocar o referido estudo dentro do Direito Financeiro e, completando o volume, examina a relação jurídico-tributária entre o Estado e o contribuinte sob todos os seus aspectos, ampliada e atualizada, está de acordo com a nova Constituição Federal.

Ref. 0021	**Cartonado**	**817 págs.**
Form. 16x23	**1999**	**13ª ed.**

Manual do Mandado de Segurança

Carlos Alberto M. Direito

O livro abrange questões doutrinárias e jurisprudenciais necessárias ao exercício da prática forense do mandado de segurança. Contém índice alfabético-remissivo para facilitar a consulta de todos os profissionais do Direito, que enlaçam o dever com o desafio fascinante de descobrir o direito em cada caso concreto.



Ref. 0028	**Brochura**	**297 págs.**
Form. 14x21	**1999**	**3ª ed.**