



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Protocolado nº 9.647/2018

- 1) Ação direta de inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade dos arts. 5º, 6º e Anexo II da Resolução nº 216, de 21 de dezembro de 1997, com redação dada pela Resolução 268, de 14 de março 2007, do Município de Presidente Prudente, que *“Dispõe sobre: organiza os cargos do quadro de pessoal da Câmara Municipal e dá outras providências correlatas”*.
- 2) Os cargos comissionados exigem a descrição de atribuições específicas e condizentes com as atividades de direção, chefia e assessoramento. É inconstitucional a Resolução nº 216/1997, com redação dada pela Resolução nº 268/2007, do Município de Presidente Prudente, no ponto que deixa de prever as atribuições específicas dos cargos de provimento em comissão denominados “Assessor Jurídico”, “Assessor Técnico”, “Supervisor Legislativo e Administrativo”, “Técnico em Contabilidade”, “Chefe de Gabinete”, “Assessor de Imprensa”, “Assessores Parlamentares”, “Assessor de Relações Públicas”, “Assistentes” e “Recepcionista”, estabelecidos no Anexo II. Ofensa aos arts. 20, III, 111 e 144, CE.
- 3) É inconstitucional a previsão de fixação das atribuições dos cargos de provimento em comissão por Ato da Mesa Diretora (art. 6º da Resolução nº 216/1997), na medida em que é reservado à Resolução tanto a criação de cargos em comissão no quadro de pessoal da Câmara



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Municipal quanto a fixação das atribuições. Ofensa aos arts. 20, III, e 144 da CE/89.

4) A concessão de gratificação de forma genérica aos servidores efetivos e comissionados, “para compensar a dedicação plena de serviços”, bem como sua fixação de percentual variável com limite máximo de 100% não se compatibilizam com os princípios da moralidade, impessoalidade, razoabilidade e finalidade. Trata-se, ainda, de vantagem pecuniária que não atende efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço. Violação aos artigos 111, 128 e 144 da Constituição Estadual.

5) Cargo de provimento de comissão de “Assessor Jurídico”. As atividades de advocacia pública, inclusive a assessoria e a consultoria de corporações legislativas, e suas respectivas chefias, são reservadas a profissionais também recrutados pelo sistema de mérito (arts. 30, 98 a 100, 111 e 144, CE/89).

○ **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, VI, da Lei Complementar Estadual n. 734, de 26 de novembro de 1993, e em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 129, IV, da Constituição da República, e nos arts. 74, VI, e 90, III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado em epígrafe referido, vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face dos arts. 5º, 6º, e Anexo II da Resolução nº 216, de 21 de dezembro de 1997, com redação dada pela



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Resolução 268, de 14 de março 2007, do Município de Presidente Prudente, pelos fundamentos a seguir expostos:

I – OS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS

A Resolução nº 216, de 21 de dezembro de 1997, com redação dada pela Resolução 268, de 14 de março 2007, do Município de Presidente Prudente, que “Dispõe sobre: organiza os cargos do quadro de pessoal da Câmara Municipal e dá outras providências correlatas”, na parte que interessa dispõe:

“(…)

Art. 5º - Para compensar dedicação plena de serviços, serão concedidos aos funcionários ocupantes dos cargos de provimento Efetivo e em Comissão, até 100% sobre os vencimentos do cargo, conforme anexos I e II da presente Resolução.

Art. 6º - As atribuições dos cargos referidos nos anexos I e II serão regulamentadas por Ato da Mesa Diretora.

(…)”

Por sua vez, o Anexo II estabelece os cargos de provimento em comissão, quantidade e padrão de vencimentos:

“ANEXO II

CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO

<u>Qtde</u>	<u>CARGO</u>	<u>Padrão em R\$</u>	
01	Assessor Jurídico	CMCC.1	2.199,34
01	Assessor Técnico	CMCC.1	2.199,34
01	Supervisor Legislativo e Administrativo	CMCC.1	2.199,34
01	Técnico em Contabilidade	CMCC.1	2.199,34



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

01	Chefe de Gabinete	CMCC.3	1.333,36
01	Assessor de Imprensa	CMCC.3	1.333,36
13	Assessores Parlamentares	CMCC.7	813,29
01	Assessor de Relações Públicas	CMCC.7	813,29
08	Assistentes	CMCC.7	813,29
01	Recepcionista	CMCC.7	813,29

(...)"

Conforme será demonstrado no curso desta exordial, os dispositivos legais, acima transcritos, são verticalmente incompatíveis com a Constituição Estadual.

II – DO PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

Os mencionados preceitos legais, pertinentes à estrutura administrativa da Câmara Municipal de Presidente Prudente contrariam frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal e do art. 144 da Constituição do Estado.

A incompatibilidade dos dispositivos impugnados, previstos na Resolução atacada, se visualiza a partir de seu cotejo com os seguintes preceitos da Constituição Estadual, *in verbis*:

"(...)

Artigo 20 - Compete, exclusivamente, à Assembleia Legislativa:

(...)

III - dispor sobre a organização de sua Secretaria, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

serviços e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

(...)

Artigo 30 - À Procuradoria da Assembleia Legislativa compete exercer a representação judicial, a consultoria e o assessoramento técnico-jurídico do Poder Legislativo.

Parágrafo único - Lei de iniciativa da Mesa da Assembleia Legislativa organizará a Procuradoria da Assembleia Legislativa, observados os princípios e regras pertinentes da Constituição Federal e desta Constituição, disciplinará sua competência e disporá sobre o ingresso na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos.

(...)

Art. 98 - A Procuradoria Geral do Estado é instituição de natureza permanente, essencial à administração da justiça e à Administração Pública Estadual, vinculada diretamente ao Governador, responsável pela advocacia do Estado, sendo orientada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

§ 1º - Lei orgânica da Procuradoria Geral do Estado disciplinará sua competência e a dos órgãos que a compõem e disporá sobre o regime jurídico dos integrantes da carreira de Procurador do Estado, respeitado o disposto nos artigos 132 e 135 da Constituição Federal.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

§ 2º - Os Procuradores do Estado, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica na forma do "caput" deste artigo.

§ 3º - Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Art. 99 - São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado:

I - representar judicial e extrajudicialmente o Estado e suas autarquias, inclusive as de regime especial, exceto as universidades públicas estaduais;

II - exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo e das entidades autárquicas a que se refere o inciso anterior;

III - representar a Fazenda do Estado perante o Tribunal de Contas;

IV - exercer as funções de consultoria jurídica e de fiscalização da Junta Comercial do Estado;

V - prestar assessoramento jurídico e técnico-legislativo ao Governador do Estado;

VI - promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa estadual;



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

VII - propor ação civil pública representando o Estado;

VIII - prestar assistência jurídica aos Municípios, na forma da lei;

IX - realizar procedimentos administrativos, inclusive disciplinares, não regulados por lei especial;

X - exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei.

Art. 100 - A direção superior da Procuradoria Geral do Estado compete ao Procurador-Geral do Estado, responsável pela orientação jurídica e administrativa da instituição, ao Conselho da Procuradoria Geral do Estado e à Corregedoria-Geral do Estado, na forma da respectiva Lei Orgânica.

Parágrafo único - O Procurador-Geral do Estado será nomeado pelo Governador, em comissão, entre os Procuradores que integram a carreira e terá tratamento, prerrogativas e representação de Secretário de Estado, devendo apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e de sua exoneração.

(...)

Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

(...)

Art. 128 – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço.

(...)

Artigo 144 - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.”

III – DA AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO E DELEGAÇÃO DA FIXAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES À MESA DIRETORA DA CÂMARA

A criação de cargos de provimento em comissão não pode ser desarrazoada, artificial, abusiva ou desproporcional, devendo, nos termos do art. 37, II e V, da Constituição Federal de 1988, e do art. 115, I, II e V, da Constituição Estadual, ater-se às atribuições de assessoramento, chefia e direção para as quais se empenhe relação de confiança, sendo vedada para o exercício de funções técnicas ou profissionais, às quais é reservado o provimento efetivo precedido de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, como apanágio da moralidade, da impessoalidade e da eficiência.

Não é lícito à lei declarar a liberdade de provimento de qualquer cargo público, mas somente daqueles que demandem relação de confiança, devido ao exercício de atribuições de natureza política de assessoramento, chefia e direção.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

É dizer: os cargos de provimento em comissão e as funções de confiança devem ser restritos às atribuições de assessoramento, chefia e direção em nível superior, nas quais esteja presente a necessidade de relação de confiança com os agentes políticos para o desempenho de tarefas de articulação, coordenação, supervisão e controle de diretrizes político-governamentais. Não se coadunam com a criação de cargos ou de funções desse jaez – cuja qualificação é matéria da reserva legal absoluta – atribuições profissionais, operacionais, burocráticas, técnicas, administrativas, rotineiras.

Nesses termos, é absolutamente imprescindível que a lei (ou a resolução, no caso de cargos criados na estrutura administrativa do Legislativo) descreva as efetivas atribuições dos cargos de provimento em comissão, para se aquilatar se realmente se amoldam às funções de assessoramento, chefia e direção.

Referida exigência se amolda ao próprio princípio da legalidade, o qual se desdobra na reserva legal, a exigir lei em sentido formal para criação e disciplina de cargos públicos, como adverte a doutrina, *verbis*:

“(...) somente a lei pode criar esse conjunto inter-relacionado de competências, direitos e deveres que é o cargo público. Essa é a regra geral consagrada no art. 48, X, da Constituição, que comporta uma ressalva à hipótese do art. 84, VI, b. Esse dispositivo permite ao Chefe do Executivo promover a extinção de cargo público, por meio de ato administrativo. A criação e a disciplina do cargo público faz-se necessariamente por lei no sentido de que a lei deverá contemplar a disciplina essencial e indispensável. Isso significa estabelecer o núcleo das



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

competências, dos poderes, dos deveres, dos direitos, do modo da investidura e das condições do exercício das atividades. Portanto, não basta uma lei estabelecer, de modo simplista, que ‘fica criado o cargo de servidor público’. Exige-se que a lei promova a discriminação das competências e a inserção dessa posição jurídica no âmbito da organização administrativa, determinando as regras que dão identidade e diferenciam a referida posição jurídica” (Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 581).

Com efeito, o princípio da legalidade impõe lei em sentido formal para criação e disciplina de cargo público, compreendido este como o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um servidor, criado por lei, em número certo, com denominação própria, sujeito à remuneração e à subordinação hierárquica, para o exercício de uma função pública específica (cf. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012- p. 298).

No que pertine aos cargos de provimento em comissão na estrutura administrativa do Poder Legislativo Municipal de Presidente Prudente, a matéria é objeto de reserva de resolução, de competência exclusiva da câmara municipal, por força dos artigos 20, III, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

Não obstante a ausência de atribuições, o art. 6º da Resolução nº 216 delega à Mesa Diretora a função de fixar por Ato as atribuições dos cargos criados.

Todavia, ponto elementar relacionado à criação de cargos públicos e funções de confiança é a exigência de que lei específica – no sentido de



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

reserva legal ou de lei em sentido formal – ou resolução do Legislativo – no que se refere à estrutura administrativa de seus serviços – descreva as correlatas atribuições.

Trata-se de exigência relativa à competência do agente público para a prática de atos em nome da Administração Pública e, em especial, daqueles que tangenciam os direitos dos administrados, e que, ainda, permite a aferição da legitimidade da forma de investidura no cargo público - a qual deve ser guiada pela legalidade, moralidade, impessoalidade e razoabilidade.

No caso, a Resolução nº 216, de 21 de dezembro de 1997, com redação dada pela Resolução nº 268, de 14 de março de 2007, da Câmara Municipal de Presidente Prudente, em seu Anexo II, criou os cargos de provimento em comissão de “Assessor Jurídico”, “Assessor Técnico”, “Supervisor Legislativo e Administrativo”, “Técnico em Contabilidade”, “Chefe de Gabinete”, “Assessor de Imprensa”, “Assessores Parlamentares”, “Assessor de Relações Públicas”, “Assistentes” e “Recepcionista”, sem prever as respectivas atribuições e, ainda, delegou à Mesa Diretora a função de fixar as atribuições dos referidos cargos por Ato, em afronta à ordem constitucional (arts. 20, III, 111 e 144, da Carta Paulista).

IV – GRATIFICAÇÃO

A gratificação prevista no art. 5º da Resolução nº 216, de 21 de novembro de 1997, com redação dada pela Resolução nº 268, de 14 de março de 2007, do Município de Presidente Prudente, é incompatível com os arts. 111, 128 e 144 da Constituição Estadual.

O referido dispositivo assim dispõe:

Art. 5º - Para compensar dedicação plena de serviços, serão concedidos aos funcionários ocupantes



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

dos cargos de provimento Efetivo e em Comissão, até 100% sobre os vencimentos do cargo, conforme anexos I e II da presente Resolução.”

Sabe-se que as vantagens pecuniárias são acréscimos permanentes ou efêmeros ao vencimento dos servidores públicos, compreendendo adicionais e gratificações.

Enquanto o adicional significa recompensa ao tempo de serviço (*ex facto temporis*) ou retribuição pelo desempenho de atribuições especiais ou condições inerentes ao cargo (*ex facto officii*), a gratificação constitui recompensa pelo desempenho de serviços comuns em condições anormais ou adversas (condições diferenciadas do desempenho da atividade – *propter laborem*) ou retribuição em face de condições pessoais ou situações onerosas do servidor (*propter personam*) [Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2001, 26ª ed., p. 449; Diógenes Gasparini. Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2008, 13ª ed., p. 233; Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2008, 3ª ed., p. 760].

Se tradicional ensinamento assinala que “o que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser aquele uma recompensa ao tempo do serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor” (Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2001, 26ª ed., p. 452), agrega-se a partir de uma distinção mais aprofundada que “a gratificação é uma vantagem relacionada a circunstâncias subjetivas do servidor, enquanto o



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

adicional se vincula a circunstâncias objetivas. (...) dois servidores que desempenhem um mesmo cargo farão *jus* a adicionais idênticos. Já as gratificações serão a eles concedidas em vista das características individuais de cada um. No entanto, é evidente que tais gratificações se sujeitam ao princípio da isonomia, de modo a que dois servidores que apresentem idênticas circunstâncias objetivas farão *jus* a benefícios iguais” (Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2008, 3ª ed., p. 761).

Ou seja, os adicionais são compensatórios dos encargos decorrentes de funções especiais apartadas da atividade administrativa ordinária e as gratificações dos riscos ou ônus de serviços comuns realizados em condições extraordinárias. Com efeito, “se o adicional de função (*ex facto officii*) tem em mira a retribuição de uma função especial exercida em condições comuns, a gratificação de serviço (*propter laborem*) colima a retribuição do serviço comum prestado em condições especiais” (Wallace Paiva Martins Junior, Remuneração dos agentes públicos, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85).

Oportuno admoestar que “as vantagens pecuniárias, sejam adicionais, sejam gratificações, não são meios para majorar a remuneração dos servidores, nem são meras liberalidades da Administração Pública. São acréscimos remuneratórios que se justificam nos fatos e situações de interesse da Administração Pública” (Diógenes Gasparini. Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2008, 13ª ed., p. 233).

As gratificações são precária e contingentemente instituídas para o desempenho de serviços comuns em condições anormais de segurança, salubridade ou onerosidade (gratificações de serviço) ou a título de ajuda



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

em face de certos encargos pessoais (gratificações pessoais). A gratificação de serviço é *propter laborem* e “é outorgada ao servidor a título de recompensa pelos ônus decorrentes do desempenho de serviços comuns em condições incomuns de segurança ou salubridade, ou concedida para compensar despesas extraordinárias realizadas no desempenho de serviços normais prestados em condições anormais” (Diógenes Gasparini. Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2008, 13ª ed., p. 232), albergando, por exemplo, situações como risco de vida ou saúde, serviços extraordinários (prestação fora da jornada de trabalho), local de exercício ou da prestação do serviço, razão do trabalho (bancas, comissões).

É assaz relevante destacar que “o que caracteriza essa modalidade de gratificação é sua vinculação a um serviço comum, executado em condições excepcionais para o funcionário, ou a uma situação normal do serviço mas que acarreta despesas extraordinárias para o servidor”, razão pela qual “essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja, porque são retribuições pecuniárias *pro labore faciendo* e *propter laborem*. Cessado o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento” (Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2001, 26ª ed., pp. 457-458).

Partindo dessa conceituação, patente a inconstitucionalidade do art. 5º da Resolução nº 216, de 21 de novembro de 1997, com redação dada pela Resolução nº 268, de 14 de março de 2007, que permite gratificação “para compensar a dedicação plena” de forma geral e



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

indiscriminada aos servidores ocupantes de cargos efetivos e em comissão da Câmara Municipal de Presidente Prudente.

Ademais, os cargos de provimento em comissão são considerados especiais por natureza, sendo exceção à regra do concurso público. Mostra-se, assim, injustificada a concessão de referida gratificação.

Adicional ou gratificação de dedicação plena é relacionado ao regime especial de trabalho do servidor público, em que o servidor desempenha suas funções exclusivamente à pessoa jurídica de direito público a que se vincula, sem estar impedido do desempenho de outras em entidade pública ou privada, diversas das que desempenha para aquela em regime de dedicação plena (Diógenes Gasparini. *Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2008, 13ª ed., p. 231).

Hely Lopes Meirelles explica a diferença entre dedicação de tempo integral e dedicação exclusiva:

“A diferença entre o regime de tempo integral e o de dedicação plena está em que, naquele, o servidor só pode trabalhar no cargo ou na função que exerce para a Administração, sendo-lhe vedado o desempenho de qualquer outra atividade profissional pública ou particular, ao passo que neste (regime de dedicação plena), o servidor trabalhará na atividade profissional de seu cargo ou de sua função exclusivamente para a Administração, mas poderá desempenhar atividade diversa da de seu cargo ou de sua função sem qualquer outro emprego particular ou público, desde que compatíveis com o da dedicação plena.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

No regime de tempo integral o servidor só poderá ter um emprego; no de dedicação plena poderá ter mais de um desde que não desempenhe a atividade correspondente à sua função pública exercida neste regime. Exemplificando: o professor em regime de tempo integral só poderá exercer as atividades do cargo e nenhuma outra atividade profissional pública ou particular; o advogado em regime de dedicação plena só poderá exercer a advocacia para a Administração da qual é servidor, mas poderá desempenhar a atividade de magistério ou qualquer outra, para a Administração (acumulação de cargos) ou para particulares” (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, 16^a. ed., Revista dos Tribunais, 1991, pp. 401-403).

Ora, não há substrato lógico, proporcional e racional para se instituir em prol dos servidores investidos em cargos de provimento em comissão gratificação pela dedicação plena ao serviço, posto não serem servidores que ocupam cargo público a título profissional, mas, por relação de confiança em postos de assessoramento, chefia e direção em que a dedicação plena é elementar à natureza da investidura em comissão e seu estipêndio básico já o remunera por ela.

Logo, o dispositivo combatido não prima pelos princípios da razoabilidade e interesse público, nem atende às exigências do serviço público (arts. 111 e 128, Constituição Estadual).

Como é cediço, a instituição de vantagens pecuniárias para servidores públicos só se mostra legítima se realizada em conformidade com o interesse público e exigências do serviço público, nos termos do art.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

128 da Constituição do Estado, aplicável aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta.

Todavia, o bônus ora impugnado, concedido de forma geral e indiscriminada aos ocupantes de cargos efetivos e cargos em comissão não atende a nenhum interesse público e, tampouco, às exigências do serviço.

Vale lembrar o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, criticando a excessiva liberalidade da Administração Pública na concessão de vantagens pecuniárias “anômalas”, sem qualquer razão de interesse público:

“Além dessas vantagens, que encontram justificativa em fatos ou situações de interesse administrativo, por relacionadas direta ou indiretamente com a prestação do serviço ou com a situação do servidor, as Administrações têm concedido vantagens anômalas, que refogem completamente dos princípios jurídicos e da orientação técnica que devem nortear a retribuição do servidor. Essas vantagens anômalas não se enquadram quer como adicionais, quer como gratificações, pois não têm natureza administrativa de nenhum destes acréscimos estipendiários, apresentando-se como liberalidades ilegítimas que o legislador faz à custa do erário, com o só propósito de cortejar o servidor público” (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2008, 34ª ed., p. 495).

Não se deve olvidar, ademais, clássica admoestação no sentido de que, *in verbis*:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

“a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988, São Paulo: Atlas, 1991, p. 111).

Não se vislumbra interesse público, nem atendimento às exigências do serviço a título de remuneração ou indenização, a outorga de vantagem pecuniária que não tem qualquer causa jurídica hígida, significando autêntica liberalidade com o dinheiro público.

O art. 128 da Constituição Estadual, norma que descende diretamente dos princípios previstos no art. 111, condiciona a concessão de vantagens aos servidores aos motivos nele indicados (interesse público e exigências do serviço).

Não há, na vantagem outorgada pela Resolução impugnada, qualquer causa razoável a justificar sua instituição; antes, configura tratamento desigual em detrimento dos trabalhadores em geral.

Além de vulnerar os princípios do interesse público e finalidade, a lei objurgada também ofende a razoabilidade, que deve nortear a Administração Pública e a atividade legislativa, tendo, como aqueles, assento no art. 111 da Constituição do Estado, aplicável aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta.

A resolução municipal abordada sucumbe ao denominado “teste” de razoabilidade, vale dizer, que ela seja: (a) necessária (a partir da



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

perspectiva dos anseios da Administração Pública); (b) adequada (considerando os fins públicos que com a norma se pretende alcançar); e (c) proporcional em sentido estrito (que as restrições, imposições ou ônus dela decorrentes não sejam excessivos ou incompatíveis com os resultados a alcançar).

A gratificação ora questionada não passa por nenhum dos critérios do teste de razoabilidade: (a) não atende a nenhuma necessidade da Administração Pública, vindo em benefício exclusivamente da conveniência dos servidores públicos beneficiados por essa vantagem pecuniária; (b) é, por consequência, inadequada na perspectiva do interesse público; (c) é desproporcional em sentido estrito, pois cria ônus financeiro que naturalmente se mostra excessivo e inadmissível, tendo em vista que não acarretará benefício algum para a Administração Pública.

Não é ocioso iluminar o indubitado caráter cogente da razoabilidade como critério de aferição da constitucionalidade de leis e atos normativos, conforme entendimento jurisprudencial:

“(...) TODOS OS ATOS EMANADOS DO PODER PÚBLICO SÃO NECESSARIAMENTE SUJEITOS, PARA EFEITO DE SUA VALIDADE MATERIAL, À INDECLINÁVEL OBSERVÂNCIA DE PADRÕES MÍNIMOS DE RAZOABILIDADE. - As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

‘substantive *due process of law*’. Lei Distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade. A EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE QUALIFICA-SE COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ATOS ESTATAIS. - A exigência de razoabilidade - que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas - atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. (...)” (STF, ADI-MC 2.667-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 19-06-2002, v.u., DJ 12-03-2004, p. 36).

“(...) SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW E FUNÇÃO LEGISLATIVA: A cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. O magistério doutrinário de CAIO TÁCITO. Observância, pelas normas legais impugnadas, da cláusula constitucional do *substantive due process of law*. (...)” (RTJ 178/22).

Portanto, não há, na vantagem outorgada pela lei impugnada, qualquer causa razoável a justificar sua instituição, implantando tratamento desigualitário em detrimento dos trabalhadores em geral.

Não bastasse, a fixação do valor da gratificação a partir de percentuais variáveis, observado limite máximo de 100% do salário dos ocupantes de cargos efetivos e em comissão, ofende os princípios da impessoalidade e moralidade na Administração Pública, previstos art. 111 da Constituição Estadual e art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Ora, o dispositivo atacado, corrompendo os princípios da impessoalidade e moralidade, possibilita ampla e excessiva discricionariedade na fixação do percentual da gratificação, permitindo aquinhoar, por escolha imotivada ou motivada por critérios alheios ao interesse público primário, alguns servidores credores da gratificação com percentuais maiores ou menores que outros igualmente nessa situação.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

A escolha aleatória, subjetiva, pessoal e diferenciada dos percentuais da gratificação não se amolda às exigências da moralidade e impessoalidade, na medida em que é permeável a critérios desprovidos de objetividade, neutralidade, imparcialidade, igualdade e impessoalidade. Na compreensão do princípio da impessoalidade está, entre outros, a matriz da igualdade, repudiando tratamentos discriminatórios desprovidos de relação lógica e proporcional entre o fator de discriminação e a sua finalidade.

O ato normativo impugnado possibilita, portanto, a atribuição de diferentes percentuais (referentes à gratificação) sem qualquer critério objetivo ou por critérios sigilosos ou subjetivos, expondo a Administração Pública a tratamentos desigualitários, imorais, desarrazoados, e, sobretudo, distantes do interesse público primário.

Se a *mens legis* é a remuneração condigna e diferenciadamente daqueles servidores públicos que, pela natureza de suas funções, estão sujeitos à plena dedicação à Administração Pública - justificando-se essa discriminação em seu favor e em detrimento dos demais - não há motivo plausível, racional, proporcional, ético, funcional e objetivo a sustentar a instituição indiscriminada e geral a todos os servidores ocupantes de cargos efetivos e em comissão da Câmara Municipal sem qualquer distinção.

A previsão legal impugnada permite, por exemplo, que, por favorecimentos ou perseguições, ou pela incidência dos vícios do amiguismo, do filhotismo, do compadrio, do coronelismo, do aparelhamento, uns sejam aquinhoados com maiores percentuais da vantagem pecuniária que outros, mercê da identidade objetiva de situações jurídicas.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Na espécie, houve transgressão aos princípios da moralidade, impessoalidade e razoabilidade, cunhados no art. 111 da Constituição Paulista.

Destarte, impõe a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, da Resolução nº 216, de 21 de novembro de 1997, com redação dada pela Resolução nº 268, de 14 de março de 2007, do Município de Presidente Prudente.

V - DO CARGO DE ASSESSOR JURÍDICO

O Anexo II da Resolução nº 216/1997, com redação dada pela Resolução 268/07, do Município de Presidente Prudente, incluiu no rol dos cargos de provimento em comissão o “Assessor Jurídico”. No entanto, embora não haja descrição das atribuições do referido cargo, da simples leitura da nomenclatura do cargo se verifica a incompatibilidade com a Constituição.

Certamente, a atividade de advocacia pública, inclusive assessoria, e suas respectivas chefias, são reservadas a profissionais investidos mediante aprovação em concurso público.

É o que se infere dos arts. 98 a 100 da Constituição Estadual que se reportam ao modelo traçado no art. 132 da Constituição Federal ao tratar da advocacia pública estadual.

Este modelo deve ser observado pelos Municípios por força do art. 144 da Constituição Estadual.

O ocupante do cargo só pode ser nomeado e exonerado *ad nutum* dentre os integrantes do quadro efetivo.

É o que reverbera a jurisprudência:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve o inciso V do art. 9º da Lei Complementar nº 369/2016 e, por arrastamento, os arts. 8º e 9º da LC nº 235/2009, arts. 1º a 3º da LC nº 359/2015 e as expressões "na Secretaria dos Negócios Jurídicos" e "do Secretário de Negócios Jurídicos" do art. 1º, caput e parágrafo único, da LC nº 361/2015 – Criação de secretaria que se encontra dentro da autonomia dos municípios para auto-organização, autogoverno e autoadministração, a qual permite estabelecer a sua própria estrutura, dentro dos limites constitucionalmente autorizados – Inexistência de previsão nos textos das Constituições federal e estadual, em seus respectivos arts. 131/132 e 98, de obrigatoriedade de criação de estrutura organizacional da advocacia pública municipal nos exatos moldes instituídos para a Advocacia-Geral da União e para a Procuradoria Geral de cada Estado – Exercício da advocacia pública que faz parte de cargo de caráter permanente e técnico, com atribuições essenciais, que pertence àqueles que tenham sido admitidos no funcionalismo através de concurso público e que são próprios de procuradores municipais – Configuração de inconstitucionalidade, cuja declaração se faz sem redução de texto, o qual deve ser interpretado no sentido de que as atividades específicas de advocacia pública somente podem ser exercidas diretamente pelos procuradores municipais previamente aprovados mediante concurso público –



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Ação parcialmente procedente”. (TJ/SP, ADI nº 2126846-72.2016.8.26.0000, Rel. Des. Álvaro Passos, julgada em 26 de outubro de 2016)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar nº 81, de 17 de dezembro de 2002, do Município de Santa Fé do Sul, e Lei Complementar nº 280, de 25 de fevereiro de 2015, do mesmo Município. Cargos em comissão. Cargo de "Assessor Jurídico" e "Coordenador Jurídico". Advocacia pública. Inexistência de relação de confiança a justificar exceção à regra do provimento efetivo. Cargo de "**Procurador-Geral do Município**". Interpretação conforme. Direção da advocacia pública municipal que deve ser exercida por Procurador Municipal, titular de cargo de provimento efetivo. Simetria com o modelo estabelecido pela Constituição do Estado para a Procuradoria-Geral do Estado (art. 100, parágrafo único). Ação julgada procedente em parte, fixada interpretação conforme em relação ao cargo de Procurador-Geral do Município, com modulação de efeitos. (TJ/SP, ADI nº 2184928-33.2015.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Carlos Villen, julgada em 17 de fevereiro de 2016)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Arts. 1º, §1º, II e III, e 8º, da Lei nº 1.585/2009, e art. 1º, parágrafo único, II, da Lei nº 1.568/2009, todas do município de Salesópolis – Criação dos cargos de “Diretor Técnico Jurídico do Departamento de Contenciosos Judiciais e Execução Fiscal” e “Diretor Técnico Jurídico do departamento de Assuntos



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Administrativos, Licitações, Contratos e Convênios” e “Advogado” – Descrição que caracteriza atividade exclusiva funcional dos integrantes da Advocacia Pública, cuja investidura no cargo depende de prévia aprovação em concurso público – Violação dos artigos 98 a 100, da Constituição Paulista – Ação procedente, modulados os efeitos desta decisão para terem início em cento e vinte dias contados a partir deste julgamento”. (TJSP, ADI nº 2163849-95.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Luiz Antonio de Godoy, julgada em 09 de dezembro de 2015, v.u)

Os preceitos constitucionais (central e radial) cunham a exclusividade e a profissionalidade da função aos agentes respectivos investidos mediante concurso público.

O mesmo entendimento é aplicável à atividade de advocacia pública desempenhada no seio do Poder Legislativo, nas Câmaras Municipais:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Cargo de Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Novo Horizonte. Cargo em comissão. Hipótese de que não configura função de chefia, assessoramento e direção. Função técnica. Atividade de advocacia pública. Inobservância aos arts. 98 a 100, 111, 115, incisos I, II e V, e 144, todos da Constituição Estadual. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Órgão Especial do Tribunal de Justiça. Ação procedente.” (TJSP, ADI nº 2114733-



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

23.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Márcio
Bartoli, julgada em 9 de dezembro de 2015, v.u)

Isso porque, nos termos do artigo 30 da Constituição Paulista,
aplicável aos municípios, por força do artigo 144, CE:

Artigo 30 - À Procuradoria da Assembleia Legislativa
compete exercer a representação judicial, a
consultoria e o assessoramento técnico-jurídico do
Poder Legislativo.

Parágrafo único - Lei de iniciativa da Mesa da
Assembleia Legislativa organizará a Procuradoria da
Assembleia Legislativa, observados os princípios e
regras pertinentes da Constituição Federal e desta
Constituição, disciplinará sua competência e disporá
sobre o ingresso na classe inicial, mediante concurso
público de provas e títulos.

Nesses termos, a representação judicial, a consultoria e o
assessoramento técnico-jurídico do Poder Legislativo Municipal, só podem
ser desempenhados por profissional recrutado por meio de concurso
público.

Note-se que a Resolução nº 216, de 21 de dezembro de 1997, da
Câmara Municipal de Presidente Prudente, criou o cargo de “Assessor
Jurídico”, que tem por finalidade assessorar juridicamente a Câmara
Municipal.

Portanto, o cargo de “Assessor Jurídico” da Câmara Municipal de
Presidente Prudente só pode ser preenchido por agente recrutado pelo
sistema de mérito, o que revela a inconstitucionalidade desse posto previsto
no Anexo II da Resolução 216/1997, da Câmara Municipal de Presidente



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Prudente, por violação ao disposto nos arts. 30 e 98 a 100 da Constituição Estadual.

Para além, ainda que se considerasse possível o provimento do cargo de “Assessor Jurídico” por pessoa estranha ao quadro da Câmara Municipal, o que se admite a título de argumentação, mesmo assim se divisaria a inconstitucionalidade do cargo, pois a Resolução 216/1997, da Câmara Municipal de Presidente Prudente, não contém a descrição das atribuições do mencionado posto, em violação ao princípio da reserva de resolução.

Tal omissão vulnera o princípio da legalidade ou reserva legal (art. 111, CE), cuja aplicabilidade à hipótese decorre do art. 144 da Carta Estadual.

VI - DO PEDIDO

Face ao exposto, requer-se o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada totalmente procedente, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade dos arts. 5º, 6º, e Anexo II da Resolução nº 216, de 21 de dezembro de 1997, com redação dada pela Resolução 268, de 14 de março 2007, do Município de Presidente Prudente.

Requer-se, ainda, sejam requisitadas informações ao Prefeito e ao Presidente da Câmara Municipal de Presidente Prudente, bem como posteriormente citado o Procurador-Geral do Estado para se manifestar, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 04 de maio de 2018.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

aca/ns



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Protocolado nº 9.647/2018

Objeto: Representação Anônima para controle de constitucionalidade de cargos de provimento em comissão inseridos no quadro de pessoal da Câmara Municipal de Presidente Prudente, bem como concessão de gratificação.

Distribua-se a inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade, instruída com o protocolado incluso, em face dos arts. 5º, 6º, e Anexo II da Resolução nº 216, de 21 de dezembro de 1997, com redação dada pela Resolução 268, de 14 de março 2007, do Município de Presidente Prudente.

São Paulo, 04 de maio de 2018.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

aca/ns