EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Protocolado nº 14.736/2018

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 5º DA LEI N. 2.421, DE 25 DE NOVEMBRO DE 2016, DO MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO. ADVOCACIA PÚBLICA. VERBA HONORÁRIA. RATEIO. VANTAGEM PECUNIÁRIA *PRO LABORE FACIENDO*. INCLUSÃO DE SERVIDORES LICENCIADOS QUE NÃO ATENDE AO INTERESSE PÚBLICO E ÀS EXIGÊNCIAS DO SERVIÇO.

1. O rateio de honorários é vantagem pecuniária dependente do efetivo exercício, não sendo devido aos servidores públicos durante o gozo de licenças e afastamentos.

2. Benefício que não atende ao interesse público e às exigências do serviço. Violação dos arts. 111, 128 e 144 da Constituição Estadual.

O **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, inciso VI, da Lei Complementar Estadual nº 734 de 26 de novembro de 1993, e em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 129, inciso IV, da Constituição da República, e ainda no art. 74, inciso VI, e no art. 90, inciso III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado (PGJ nº 14.736/2018, que segue como anexo), vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face do art. 5º da Lei

nº 2.412, de 25 de novembro de 2.016, do Município de São Sebastião, pelos fundamentos expostos a seguir:

1. DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO

O protocolado que instrui esta inicial de ação direta de inconstitucionalidade foi instaurado a partir de representação do Promotor de Justiça de São Sebastião (fls. 03/10).

O art. 5º da Lei nº 2.412, de 25 de novembro de 2.016, do Município de São Sebastião, tem a seguinte redação:

> "Art. 5º. No período de gozo de férias bem como de licença concedida nos termos do artigo 159, incisos II, III, V, VI, VII, VIII e IX, e artigo 183 da Lei Complementar Municipal nº 146/2011, os beneficiários farão jus ao rateio de honorários."

Os arts. 159 e 183 da Lei Orgânica Municipal de São Sebastião (Lei Complementar nº 146/2011), dispõem o seguinte:

> "Art. 159. Conceder-se-á ao servidor licença:
>
> (...)
>
> II – para atividade política;
>
> III – prêmio;
>
> (...)
>
> V – para exercer cargo em comissão;
>
> VI – para tratamento de saúde;
>
> VII – à gestante, aos adotantes e pela paternidade;
>
> (...)
>
> IX – por motivo de doença em pessoa da Família.

> (...)
>
> Art. 183. Ao servidor investido em mandato eletivo aplicam-se disposições constitucionais pertinentes à matéria".

2. DO PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

O ato normativo impugnado contraria frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1°, 18, 29 e 31, da Constituição Federal.

Os preceitos da Constituição do Estado são aplicáveis aos Municípios por força de seu art. 144, que assim estabelece:

> "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".

As regras jurídicas contestadas são incompatíveis com os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

> "(...)
>
> 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.

> (...)
>
> Artigo 128 - As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço.
>
> (...)".

3. DA FUNDAMENTAÇÃO

O ato normativo em questão prevê que farão jus ao rateio dos honorários advocatícios os servidores públicos ainda que em gozo de afastamentos e licenças permitidas em lei.

Sendo uma vantagem destinada à valorização do trabalho do servidor público profissional, titular de cargo permanente, nos termos dos arts. 98 a 100 da Constituição Estadual, reproduzindo os arts. 131, § 2º, e 132 da Constituição Federal, cujo regime jurídico aponta para um direito que depende do efetivo exercício, sua extensão aos servidores licenciados e afastados destoa dos princípios de moralidade, impessoalidade, razoabilidade e do interesse público constantes do art. 111 da Constituição Estadual que reproduz o art. 37 da Constituição Federal.

Neste sentido, há se reconhecer, na espécie, a distinção entre direito à função e direitos fundados no exercício do cargo, ou, mais profundamente, como disserta Diogo de Figueiredo Moreira Neto, entre direito à função pública, direito ao exercício, direitos que se fundam no exercício e direitos ao amparo social e à dignidade do status funcional, explicando que:

> "O *direito ao exercício* vem a ser uma espécie do gênero *direito ao trabalho*, perfeitamente adequado ao serviço público, pois seria incompatível tanto com

> a dignidade do homem quanto com o interesse público, que a Administração pudesse manter, por considerações inconfessáveis, um servidor em indefinido afastamento.
>
> Por essa razão, o *afastamento* tem seus pressupostos fixados em lei, ainda porque será, em princípio, do *exercício* do cargo e da função públicos que derivarão os demais direitos funcionais.
>
> (...)
>
> Os *direitos que se fundam no exercício* são de várias espécies: a contagem do tempo de serviço, para vários efeitos, a estabilidade, as férias, as licenças e a percepção dos estipêndios, na conformidade das espécies remuneratórias estatutariamente correspondentes" (*Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 315, n. 87).

Essa resenha, longe de ser gratuita, indica que o servidor não tem direito em suas licenças e afastamentos, ainda que fictamente computados como efetivo exercício (para fins de remuneração básica, aposentadoria etc.), ao direito ao estipêndio em sua integralidade. No que respeita às vantagens pecuniárias, não serão todos os acréscimos pecuniários devidos àquele senão, e tão somente, os de natureza ordinária e que não dependam do exercício do cargo.

É da sabença comum que as vantagens pecuniárias, definitivas ou transitórias, conforme tradicional lição doutrinária (Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2009, 35ª ed., pp. 488, 492-493, 500-501), podem ser *pro labore facto* (desempenho efetivo da função), ***pro labore faciendo*** **(dependentes de trabalho a ser**

feito), *ex facto temporis* (decorrência do tempo de serviço) como os adicionais de vencimento, *ex facto officci* (desempenho de funções especiais) como os adicionais de função, *propter laborem* (condições anormais de realização do serviço) como as gratificações de serviço e *propter personam* (condições pessoais do agente) como as gratificações pessoais. De qualquer modo, as gratificações são atribuídas precariamente àqueles que estejam prestando serviços comuns da função em condições anormais de segurança, salubridade ou onerosidade, ou concedidas como ajudas àqueles que reúnam as condições pessoais especificadas em lei e, por isso, se explica que:

> **"(...) 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 ou transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento" (Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2009, 35ª ed., p. 501).

Outras vantagens ainda são classificadas como indenizações por gastos em razão da função – como o auxílio-alimentação, o auxílio-transporte, as diárias, a ajuda de custo (José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2012, 25ª ed., p. 732) – e que, como as gratificações de serviço, dependem do efetivo exercício da função.

A inadmissibilidade da percepção pelo servidor dos benefícios enfocados é corolário jurídico que não obnubila a natureza da própria parcela e se sintoniza com os princípios de moralidade, economicidade,

interesse público, razoabilidade e proporcionalidade (art. 37, Constituição Federal; art. 111, Constituição Estadual).

Assim não é franqueada nem mesmo à lei a permissão para estender ao servidor licenciado ou afastado essas vantagens, vedada, ademais, exegese que, propagando um silêncio eloquente, indicasse que eventual omissão de norma proibitiva implicasse tácita aceitação.

Deste modo, condicionado o benefício do rateio à sucumbência do particular em face da Fazenda Pública, soa incompossível estendê-la a servidores de licença ou afastados, que não contribuíram para a aquisição da mencionada verba.

Evidencie-se também que enquanto a razoabilidade serve como parâmetro no controle da legitimidade substancial dos atos normativos, requerente de compatibilidade aos conceitos de racionalidade, justiça, bom senso, proporcionalidade etc., interditando discriminações injustificáveis e, por isso, desarrazoadas, a moralidade se presta à mensuração da conformidade do ato estatal com valores superiores (ética, boa fé, finalidade, boa administração etc.), vedando atuação da Administração Pública pautada por móveis ou desideratos alheios ao interesse público (primário) – ou seja, censura o desvio de poder que também tem a potencialidade de incidência nos atos normativos.

Por sua vez, a impessoalidade proíbe discriminações e privilégios destituídos de relação lógica entre o elemento discriminante e a finalidade da discriminação para além daquelas consignadas na Constituição, se imbricando ao interesse público (finalidade) de maneira a guiar a Administração Pública para satisfação do bem comum e não para distribuição de regalias, privilégios ou mordomias.

Na espécie, infringe a lei municipal esses princípios. A verba honorária rateada entre profissionais da advocacia pública é vantagem pecuniária que não pode ser compartilhada entre aqueles que, conforme mencionado acima, não estavam em permanente e efetivo exercício.

Sendo nesta extensão também incompatível com o art. 128 da Constituição Estadual que, adornado pelos princípios constitucionais citados, impede a outorga de vantagens pecuniárias aos servidores públicos que não atendam as necessidades do serviço além do interesse público.

Posto isso, o art. 5º da Lei nº 2.412, de 25 de novembro de 2.016, do Município de São Sebastião, é inconstitucional uma vez que contraria os artigos 111 e 128 da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta.

4. DOS PEDIDOS

a. Do pedido liminar

À saciedade demonstrado o *fumus boni iuris*, pela ponderabilidade do direito alegado, soma-se a ele o *periculum in mora.* A atual tessitura da norma impugnada, apontada como violadora de princípios e regras da Constituição do Estado de São Paulo é sinal, de per si, para suspensão de sua eficácia até final julgamento desta ação porque permite dispêndio público de maneira ilegítima, periclitando as forças do erário com a potencialidade real e concreta de danos irreversíveis ou de difícil reparação.

O perigo da demora decorre, especialmente, da ideia de que, sem a imediata suspensão da vigência e da eficácia das disposições normativas questionadas, continuarão sendo aplicadas, contrariando ao interesse público e às exigências do serviço.

A ideia do fato consumado, com repercussão concreta, guarda relevância para a apreciação da necessidade da concessão da liminar na ação direta de inconstitucionalidade.

Note-se que, com a procedência da ação, pelas razões declinadas, não será possível restabelecer o *status quo ante*.

Assim, a imediata suspensão da eficácia das normas impugnadas evitará a ocorrência de maiores prejuízos, além dos que já se verificaram.

À luz deste perfil, requer-se a concessão de liminar para suspensão da eficácia, até final e definitivo julgamento desta, do art. 5º da Lei nº 2.412, de 25 de novembro de 2.016, do Município de São Sebastião.

b. Do pedido principal

Diante de todo o exposto, aguarda-se o recebimento e processamento da presente ação declaratória, para que ao final seja ela julgada procedente, reconhecendo-se a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 2.412, de 25 de novembro de 2.016, do Município de São Sebastião.

Requer-se ainda que sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de São Sebastião, bem como posteriormente citado o Procurador-Geral do Estado para manifestar-se sobre o ato normativo impugnado.

Posteriormente, aguarda-se vista para fins de manifestação final.

Termos em que,

Aguarda-se deferimento.

São Paulo, 17 de maio de 2018.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

aca/sh

Protocolado n° 14.736/2018

Assunto: inconstitucionalidade do art. 5° da Lei n° 2.412, de 25 de novembro de 2.016, do Município de São Sebastião.

1. Distribua-se a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade em face do art. 5° da Lei n° 2.412, de 25 de novembro de 2.016, do Município de São Sebastião, junto ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2. Oficie-se ao representante, informando a propositura da ação, com cópia da petição inicial.

São Paulo, 17 de maio de 2018.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

aca/sh