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

Protocolado SEI n. 29.0001.0024422.2018-20

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRESCRIÇÃO PARA APLICAÇÃO DE SANÇÕES DISCIPLINARES. REGIME CELETISTA. DIREITO DO TRABALHO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO. PRAZOS IRRISÓRIOS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E RAZOABILIDADE.

1. Ação direta de inconstitucionalidade em face dos incisos I a III, do art. 64, da Lei Complementar n. 07, de 23 de novembro de 2013, do Município de Alto Alegre, que cuidam da prescrição para aplicação de sanções disciplinares, mediante a fixação de 30 (trinta) dias para advertência e repreensão; 60 (sessenta) dias para suspensão e 180 (cento e oitenta) dias para demissão.

2. Impossibilidade do Município de Alto Alegre legislar sobre direitos e deveres dos servidores municipais em razão da opção pelo regime jurídico da CLT. Ofensa ao art. 144, CE/89, por sua remissão ao artigo 22, I, da CF/88. Precedentes do STF.

3. A fixação de exíguos prazos prescricionais para aplicação de sanções disciplinares, dentre elas

a demissão, impõe óbice excessivo e desproporcional à adequada apuração e sancionamento de infrações disciplinares, além de obstar a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa, em vista do disposto no inciso II, do art. 23, da Lei n. 8.429/92. Ofensa aos princípios da moralidade e razoabilidade (arts. 111 e 144 da CE/89).

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, vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, COM PEDIDO LIMINAR**, em face do art. 64, incisos I, II e III, da Lei Complementar n. 07, de 26 de novembro de 2013, do Município de Alto Alegre, pelos fundamentos expostos a seguir:

1. OS DISPOSITIVOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

O protocolado que instrui esta inicial de ação direta de inconstitucionalidade foi instaurado para apurar eventual inconstitucionalidade dos incisos I, II e III, do artigo 64, da Lei Complementar n. 07, de 23 de novembro de 2013, do Município de Alto Alegre, que possuem a seguinte redação:

Art. 64. Prescreverão:

> **I – em trinta dias**, as faltas disciplinares sujeitas às penas de advertência e repreensão;
>
> **II – em sessenta dias** corridos, as faltas disciplinares sujeitas às penas de suspensão;
>
> **III – em cento e oitenta dias** corridos, as faltas disciplinares sujeitas às penas de demissão.

O referido dispositivo viola os artigos 111 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

2. FUNDAMENTAÇÃO

O dispositivo impugnado regulamentou o prazo prescricional para aplicação de sanções disciplinares no âmbito do Município de Alto Alegre, fixado em **30 dias** em caso de **advertência e repreensão; 60 dias** em caso de **suspensão** e **180 dias** em caso de **demissão**.

O Município de Alto Alegre, por adotar o regime jurídico da CLT (fl. 181), não poderia legislar sobre direitos e deveres dos servidores municipais, inclusive prazos prescricionais relativos às sanções disciplinares, pois a competência para legislar sobre direito do trabalho é exclusiva da União, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal, que assim dispõe:

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
>
> I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Não bastasse a invasão da competência legislativa da União, os prazos prescricionais previstos no dispositivo impugnado são por demais exíguos e, portanto, impeditivos de uma adequada apuração e

sancionamento das condutas ilícitas dos servidores municipais, violando os princípios da moralidade e razoabilidade, inseridos no artigo 111 da CE/89, que assim prevê:

> 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"

Os Municípios devem observar os referidos preceitos constitucionais, nos termos do artigo 144 da CE/89:

> 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.

2.1. INVASÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO

A adoção do regime jurídico da CLT (fl. 181), como ocorre no Município de Alto Alegre, implica **o reconhecimento de vínculo contratual**, e não estatutário, entre o empregado público e o ente administrativo, com submissão às disposições pertinentes da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que a aceitação "*da possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão empregado público passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma unidade de*

atribuições, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto o ocupante do cargo público tem um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos (...)" (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo.* 29ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 663 e 747).

A submissão ao regime celetista tem como consequência a necessidade de observância da competência legislativa da União, inclusive pelos Municípios, conforme entendimento pacífico do STF:

> "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME CELETISTA. REAJUSTE SALARIAL. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO DO TRABALHO. **1. A competência legislativa atribuída aos municípios se restringe a seus servidores estatutários. Não abrange ela os empregados públicos, porque estes estão submetidos às normas de Direito do Trabalho, que, nos termos do inciso I do art. 22 da Constituição Federal, são de competência privativa da União**. 2. Agravo regimental desprovido." (RE 632713 AgR/MG – Segunda Turma, Rel. Min. Ayres Britto, j. 17/05/2011)

> "EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E DO TRABALHO. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME CELETISTA. LEI MUNICIPAL. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO DO TRABALHO. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 30.8.2011. O

> entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido da competência privativa da União para legislar sobre Direito do Trabalho. Precedentes. A competência constitucional dos Municípios para legislar sobre interesse local não os autoriza a estabelecer normas que veiculem matérias que a própria Constituição atribui à União ou aos Estados. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à conformidade entre o que decidido no acórdão recorrido e a jurisprudência desta Corte. Agravo regimental conhecido e não provido." (ARE 668285 AgR/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 27/05/14)

Percebe-se, portanto, que os dispositivos impugnados, ao regulamentarem prescrição para aplicação de sanção disciplinar a empregos públicos submetidos ao regime celetista, acabaram por invadir a competência legislativa privativa da União para legislar sobre direito do trabalho, nos termos do inciso I, do artigo 22, da CF/88, aplicável aos Municípios por força do artigo 144 da CE/89.

Nem mesmo a ausência de diploma legislativo expresso editado pela União autorizaria a atuação legislativa municipal, pois aquelas matérias arroladas no artigo 22 da Constituição Federal são de competência privativa da União.

Em face deste vácuo legislativo a única solução plausível é a aplicação dos prazos prescricionais previstos na Lei Federal n. 8.112/90 (Estatuto do Servidor Público da União), pois, além do disposto no seu artigo 243[1], **que estende a incidência do Estatuto aos servidores públicos admitidos sob o regime celetista,** não seria tolerável a arguição de imprescritibilidade em face do princípio da segurança jurídica (cf. Martins Junior, Wallace Paiva. *Probidade administrativa.* 4ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 383-384).

No caso, as normas impugnadas contrastam com o art. 144 da Constituição Estadual, norma remissiva aos princípios estabelecidos na Constituição Federal, dentre eles o princípio federativo que alberga a repartição constitucional de competências e, especialmente, o art. 22, I, da Constituição Federal que consigna competir à União privativamente legislar sobre direito do trabalho.

2.2. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E RAZOABILIDADE

Além da invasão da competência da União para legislar sobre Direito do Trabalho o dispositivo impugnado viola também os princípios da moralidade e razoabilidade.

[1] Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.

Decadência ou prescrição constituem prazos fixados com o intuito de garantir a estabilidade das situações jurídicas e eliminar incertezas, concretizando o princípio da segurança jurídica, a boa-fé e a confiança.

Se, por um lado, a concepção destes prazos visa a proteção à segurança jurídica, de outro, não pode desconsiderar a tutela do direito submetido à atuação estatal e em relação ao qual fixados prazos limitadores ao exercício do direito, no caso de decadência, ou ao exercício da respectiva pretensão, no caso da prescrição. Há que se ter razoabilidade nesta tarefa, sob pena de se violar o direito material respectivo.

Na hipótese ora analisada resta evidente que os prazos fixados no artigo 64 da Lei Complementar n. 07/2013 (**30 dias para advertência e repreensão; 60 dias para suspensão e 180 dias para demissão**), mostram-se por demais exíguos e, portanto, obstativos à adequada apuração e sancionamento de ilícitos administrativos.

Não se pode desconsiderar, ainda, que nos termos do artigo 23, II, da Lei Federal n. 8.429/92 a prescrição para propositura de ação de improbidade administrativa deverá observar o prazo previsto "*em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego*."

Além da repercussão na esfera disciplinar, a adoção de prazos tão exíguos acaba por afetar a tutela da probidade administrativa, pois, no Município de Alto Alegre, o prazo prescricional a ser observado para o ajuizamento da ação prevista na Lei n. 8.429/92 seria de apenas 180 (cento e oitenta) dias.

A título de ilustração vale registrar que a Lei Estadual n. 10.261/68 (Estatuto do Servidor do Estado de São Paulo) prevê em seu artigo 261 a prescrição, em dois anos, da falta sujeita à repreensão, multa ou suspensão, e de cinco anos da falta sujeita à pena de demissão, demissão a bem do serviço público e cassação da aposentadoria e disponibilidade.

A Lei Federal n. 8.112/90, que cuida do Regime Jurídico dos Servidores da União, dispõe em seu artigo 142 que as infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade prescrevem em cinco anos; as infrações puníveis com suspensão em dois anos e aquelas puníveis com advertência em cento e oitenta dias.

No confronto entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da moralidade administrativa resta evidente que o dispositivo impugnado, ao fixar prazos tão restritos, acabou por relegar a segundo plano a tutela do princípio da moralidade administrativa, de forma não razoável e desproporcional.

É necessário que a norma passe pelo denominado critério de proporcionalidade, ou seja, que ela seja: (a) necessária (a partir da 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 instituição de prazo prescricional tão ínfimo qualifica-se como medida inadequada na perspectiva do interesse público e desproporcional em sentido estrito, pois eventual ganho advindo na celeridade da apuração não supera as desvantagens impostas à tutela da moralidade

administrativa, consideradas a dificuldade e complexidade para apuração destas infrações.

Vale destacar que a razoabilidade é critério de aferição da constitucionalidade de leis e atos normativos como sumula a jurisprudência:

> "(...) TODOS OS ATOS EMANADOS DO PODER PÚBLICO ESTÃO 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 '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 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).

De rigor, portanto, o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 64, I, II e III, da Lei Complementar n. 07/2013, do Município de Alto Alegre, por ofensa ao artigo 22, I, da CF/88, e aos artigos 111 e 144 da CE/89.

3. PEDIDO

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 artigo 64, incisos I, II e III, da Lei Complementar Municipal n. 07, de 23 de novembro de 2013, de Alto Alegre.**

Requer-se a **requisição de informações** à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Alto Alegre, **e a citação** do Procurador-Geral do Estado, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Por fim, demonstrado à sociedade o *fumus boni iuris*, pela ponderabilidade do direito alegado, soma-se a ele o *periculum in mora*. A atual tessitura do diploma legal apontado como violador 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, a fim de afastar dano irreparável ou de difícil reparação que o trâmite natural do processo não estorvará, dado os efeitos da aplicação da lei impugnada na regulamentação de prazos prescricionais relativos à infrações disciplinares e, em especial, no tocante à prescrição das sanções pela prática de ato de improbidade administrativa.

À luz deste perfil, requer a **concessão de liminar** para suspensão da eficácia, até final e definitivo julgamento desta ação, do artigo 64, incisos I a III, da Lei Complementar n. 07, de 23 de novembro de 2013.

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

Termos em que, pede deferimento

São Paulo, 26 de novembro de 2018.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

aaamj