

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

Protocolado n. 29.0001.0011705.2019-93

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 2.165, DE 16 DE FEVEREIRO DE 2018, DO MUNICÍPIO DE IBIRAREMA, QUE “INSTITUI O ABONO-ASSIDUIDADE AOS AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE – ACS, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. REMUNERAÇÃO. VANTAGEM PECUNIÁRIA. GRATIFICAÇÃO DE ASSIDUIDADE. INSTITUIÇÃO DESVINCULADA DO ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO E ÀS EXIGÊNCIAS DO SERVIÇO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DE LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, MORALIDADE, RAZOABILIDADE, FINALIDADE E INTERESSE PÚBLICO.

1. A concessão de bonificação, de forma genérica, mediante o cumprimento de deveres inerentes à função, como é o caso da gratificação de assiduidade, não se compatibiliza com os princípios de moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público.

2. Trata-se, ainda, de vantagem pecuniária que não atende efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço, tendo em vista que a assiduidade constitui dever funcional elementar que não demanda recompensa, além da contraprestação pecuniária pelo vencimento.

3. Constituição Estadual: violação dos artigos 111 e 128.

○ 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 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo), em conformidade com o disposto nos arts. 125, § 2º, e 129, IV, da Constituição Federal, e, ainda, nos arts. 74, VI, e 90, III, da Constituição do Estado

de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado, vem, respeitosamente, perante esse Egrégio Tribunal de Justiça, promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**, com pedido liminar, em face da Lei n. 2.165, de 16 de fevereiro de 2018, do Município de Ibirarema, pelos fundamentos a seguir expostos:

I – O ATO NORMATIVO IMPUGNADO

A Lei n. 2.165, de 16 de fevereiro de 2018, do Município de Ibirarema, que “institui o abono-assiduidade aos agentes comunitários de saúde – ACS, e dá outras providências”, prevê o seguinte:

Art. 1º - Fica instituído o abono-assiduidade aos Agentes Comunitários de Saúde – ACS.

Art. 2º - O abono-assiduidade previsto no artigo anterior constitui-se por recurso proveniente da parcela extra do incentivo financeiro repassada ao Município pelo Ministério da Saúde, por intermédio do Fundo Nacional de Saúde, no último trimestre do exercício financeiro de cada ano.

Art. 3º - Para a concessão deste benefício será considerado as presenças de 1º de janeiro a 31 de dezembro de cada ano.

§ 1º Serão consideradas faltas para efeito deste benefício, os afastamentos decorrentes de gala e licença saúde, salvo as concernentes as doenças infectocontagiosas, que forem comprovadas por meio de atestado médico.

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício no presente exercício, será considerado as presenças a partir da entrada em vigor desta lei a 31 de dezembro.

Art. 4º - Na ausência de faltas, o Agente Comunitário de Saúde - ACS receberá o abono-assiduidade em sua integralidade e, nos demais casos, a aplicação do critério deverá ser calculado da seguinte forma:

I – 1 (uma) falta durante o ano terá direito a 90% (noventa por cento) do abono-assiduidade;

II – 2 (duas) faltas durante o ano terá direito a 80% (oitenta por cento) do abono-assiduidade;

III – 3 (três) faltas durante o ano terá direito a 70% (setenta por cento) do abono-assiduidade;

IV – 4 (quatro) faltas durante o ano terá direito a 60% (sessenta por cento) do abono-assiduidade;

V – 5 (cinco) faltas durante o ano terá direito a 50% (cinquenta por cento) do abono-assiduidade;

VI – 6 (seis) faltas durante o ano terá direito a 40% (quarenta por cento) do abono-assiduidade;

VII – 7 (sete) faltas durante o ano terá direito a 30% (trinta por cento) do abono-assiduidade;

VIII – 8 (oito) faltas durante o ano terá direito a 20% (vinte por cento) do abono-assiduidade;

IX – 9 (nove) faltas durante o ano terá direito a 10% (dez por cento) do abono-assiduidade;

X – 10 (dez) faltas ou mais durante o ano não terá direito ao abono-assiduidade.

Art. 5º - O abono-assiduidade não incorporará, para nenhum efeito, à remuneração dos beneficiados.

Art. 6º - O pagamento será feito em uma única vez, até 31 de janeiro do exercício subsequente.

Art. 7º - Eventual remanescente do recurso da parcela extra de que trata o art. 2º desta lei, será aplicado na melhoria da infraestrutura de atuação dos Agentes Comunitários de Saúde – ACS.

Art. 8º - As despesas decorrentes da aplicação desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias do orçamento vigente, suplementadas, se necessário.

Art. 9º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

O ato normativo anteriormente descrito é verticalmente incompatível com nosso ordenamento constitucional, como será demonstrado a seguir.

II – O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

A Lei n. 2.165, de 16 de fevereiro de 2018, do Município de Ibirarema, que “institui o abono-assiduidade aos agentes comunitários de saúde – ACS, e dá outras providências”, contraria 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.

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.

A regra jurídica contestada é incompatível 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.

III – FUNDAMENTAÇÃO

Como é cediço, a instituição de vantagens pecuniárias para servidores públicos só se mostra legítima se realizada em conformidade com o interesse público e com as exigências do serviço, nos termos do art. 128 da Constituição do Estado, aplicável aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta.

A gratificação ora impugnada, concedida aos Agentes Comunitários de Saúde – ACS, do Município de Ibirarema, não atende a nenhum interesse público, tampouco, às exigências do serviço, porquanto os requisitos para o seu recebimento representam meros deveres funcionais inerentes ao exercício de qualquer função pública.

Retrata simplesmente dispêndio público sem causa, o que desperta preocupação, como observa Wellington Pacheco Barros, *verbis*:

“Comungo com o pensamento político moderno de que uma das causas do inchaço da despesa pública é a remuneração com pessoal, que não raramente inviabiliza a tomada de decisões do agente político sobre investimentos de obras públicas de caráter benéfico à população. E uma das causas da despesa pública com pessoal é a atribuição indiscriminada pelo legislador de vantagens pecuniárias a servidor público sem que haja uma contraprestação de serviço e, o que é pior, com o rótulo de permanente e de efeito incorporador ao vencimento, elitizando a administração de existência de remunerações desproporcionais entre o maior e o menor vencimento de um cargo público” (O município e seus agentes, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 128).

A crítica à excessiva liberalidade da Administração Pública na concessão de vantagens pecuniárias “anômalas”, sem qualquer razão de interesse público, emerge no escólio de Hely Lopes Meirelles:

“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).

Vale, a propósito, a clássica admoestação no sentido de que, *verbis*:

“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, na 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 de seu 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 lei impugnada, qualquer causa razoável a justificar sua instituição; antes, configura tratamento desigual em detrimento dos trabalhadores em geral, e, nesse particular, fere a isonomia.

Além de vulnerar a isonomia, assim como os princípios de moralidade, 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 lei municipal abordada sucumbe ao denominado “teste” de razoabilidade, segundo o qual a norma deve ser: (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 gratificação ora impugnada não se adequa a nenhum desses critérios de razoabilidade. Não atende aos interesses da Administração Pública, convergindo em benefício exclusivamente dos servidores públicos beneficiados por essa vantagem pecuniária; é, por consequência, inadequada na perspectiva do interesse público, inclusive o primário; é desproporcional em sentido estrito, pois cria ônus financeiros que naturalmente se mostram excessivos e inadmissíveis.

Não é ocioso iluminar o indubioso 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 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).

A gratificação em comento, em ordem de premiação à assiduidade dos empregados públicos é manifestamente imoral. É dever funcional geral, elementar ao exercício de qualquer função pública, a assiduidade, não podendo ser eleita como critério para a concessão de vantagem dessa natureza. Ao atribuir ao agente público municipal prêmio pecuniário pela assiduidade a lei o está remunerando pelo estrito cumprimento de seu dever funcional.

Aliás, sendo a assiduidade dever inerente ao exercício da função pública, é o seu descumprimento – e não o cumprimento – que deve gerar consequências, e, nesse caso, tais consequências são negativas em relação ao agente no âmbito disciplinar.

Se não há razão peculiar para além do assíduo exercício da própria função inerente ao cargo, não se justifica a instituição, por lei, de vantagem pessoal na forma de bônus, gratificação ou de qualquer outro *nomen iuris* que se lhe atribua. Na prática, tal corresponde à fixação de benefício sem indicação de fundamento lógico e racional, o que contraria o art. 128 da Constituição do Estado e os princípios da razoabilidade e da moralidade, previstos no art. 111 da Constituição Paulista.

Neste sentido, esse colendo Órgão Especial julgou inconstitucional lei que instituiu adicional de assiduidade:

“Ação direta de inconstitucionalidade. **Adicional de assiduidade.** Município de Chavantes. Artigos 43, 44 e 45 da Lei Complementar 127/2012 (Dispõe sobre o Plano de Cargos, Vencimentos e Evolução Funcional dos Profissionais do Magistério Público e dá outras providências). Inconstitucionalidade. Ausência de critério, **pois não se foi além da assiduidade, dever e obrigação do servidor.** Dispositivos que em nada asseguram valorização dos profissionais do magistério. Ação procedente”. (ADI 2140689-75.2014.8.26.0000, Rel. Des. Borelli Thomaz, v.u., 28-01-2015 – g.n.)

A gratificação de assiduidade caracteriza, em última análise, indiscriminado aumento indireto e dissimulado da remuneração, alheio aos parâmetros de razoabilidade, interesse público e necessidade do serviço, que devem presidir a concessão de vantagens pecuniárias aos servidores públicos.

Não há qualquer motivo juridicamente válido a justificar a vantagem pecuniária instituída, pois, como dito, a assiduidade não pode se converter em parâmetro para o acréscimo dos vencimentos.

Tampouco a vantagem em foco é válida se cotejada com o instituto comum e tradicional às normas estatutárias da licença prêmio, simplesmente porque esta não consubstancia prêmio pecuniário à assiduidade, sendo, antes, benefício que confere o licenciamento do servidor durante certo período, cujo indeferimento de gozo pela necessidade do serviço gera direito à indenização com base na responsabilidade civil do Estado por ato lícito, assim como no caso de férias indeferidas.

IV –PEDIDO LIMINAR

Diante do exposto, evidencia-se a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, determinantes da concessão da liminar para a suspensão da eficácia do preceito impugnado nesta ação direta.

O *fumus boni iuris* está amplamente demonstrado na fundamentação da presente petição inicial, a revelar a indisfarçável inconstitucionalidade do dispositivo antes apontado.

O *periculum in mora* reside no fato de que, mantida a eficácia do preceito legal questionado, despesas serão realizadas pelo Poder Público Municipal, as quais dificilmente serão revertidas aos cofres públicos, em função da alegação de boa-fé ou mesmo pelo caráter alimentar dos valores pagos.

A melhor solução para preservar o erário é a suspensão da eficácia do preceito hostilizado na presente ação direta.

À luz deste perfil, requer a concessão de liminar para suspensão da eficácia, até final e definitivo julgamento desta ação, da Lei n. 2.165, de 16 de fevereiro de 2018, do Município de Ibirarema.

V - PEDIDO

Diante do exposto, requerendo o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 2.165, de 16 de fevereiro de 2018, do Município de Ibirarema.

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

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

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 7 de maio de 2019.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça