



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

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

Protocolado n. 68.205/17

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 78 DA LEI Nº 1.446, DE 6 DE ABRIL DE 2012, DO MUNICÍPIO DE ITATIBA. SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. ADICIONAL DE NÍVEL UNIVERSITÁRIO. INCORPORAÇÃO ATRIBUÍDA INDISTINTAMENTE A TODOS OS SERVIDORES QUE ATÉ A DATA DA PUBLICAÇÃO DA LEI CONCLUÍRAM O CURSO SUPERIOR E PROTOCOLARAM REQUERIMENTO PLEITEANDO O DIREITO AO ADICIONAL DE QUE TRATA A LEI MUNICIPAL 647, DE 18 DE ABRIL DE 1992, REVOGADA PELA PRIMEIRA. VILIPÊNDIO AOS PRINCÍPIOS DE MORALIDADE, IMPESSOALIDADE, RAZOABILIDADE, INTERESSE PÚBLICO E FINALIDADE. INOCORRÊNCIA DE ATENDIMENTO EFETIVO AO INTERESSE PÚBLICO E ÀS EXIGÊNCIAS DO SERVIÇO. INCONSTITUCIONALIDADE. É inválido o dispositivo legal que permite a incorporação do adicional de nível universitário aos vencimentos dos servidores públicos, indistintamente, que tenham concluído o curso superior e requerido a vantagem, pois o adicional de qualificação é devido apenas aos servidores públicos titulares de cargo de provimento efetivo e cuja investidura não dependa de diploma de curso superior. Incompatibilidade com os cânones de moralidade, razoabilidade, finalidade, e de efetivo atendimento do interesse público e das exigências do serviço (arts. 111 e 128, CE).



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

○ **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** em face do parágrafo único do artigo 78 da Lei nº 1.446, de 6 de abril de 2012, do Município de Itatiba, pelos fundamentos a seguir expostos.

I. O PRECEITO NORMATIVO IMPUGNADO

O parágrafo único do artigo 78 da Lei nº 1.446, de 6 de abril de 2012, do Município de Itatiba, que “dispõe sobre a estruturação do Plano de Empregos e Carreiras da Prefeitura Municipal da Estância Climática de Morungaba – SP”, ostenta a seguinte redação:

“Art. 78 (...)

Parágrafo único – Fica assegurado o direito adquirido à incorporação do adicional a título de estímulo ao aperfeiçoamento técnico-profissional de que trata a Lei Municipal nº 647, de 18/11/1992 aos servidores que, até a data da publicação desta Lei, concluíram o curso universitário e protocolaram requerimento pleiteando o direito ao adicional.”



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

Por seu turno, a Lei Municipal nº 647, de 18 de novembro de 1992, que foi expressamente revogada pelo artigo 79 da Lei nº 1.446/2012, enquanto vigente tinha a seguinte redação:



LEI Nº 647, DE 18 DE NOVEMBRO DE 1.992

DISPÕE SOBRE ADICIONAL DE 25% (VINTE E CINCO POR CENTO) AOS EMPREGADOS PÚBLICOS PORTADORES DE DIPLOMAS DE CONCLUSÃO DE CURSO UNIVERSITÁRIO.

MOACYR TOBIAS, Prefeito Municipal de Morungaba, Estado de São Paulo, usando das atribuições que a Lei lhe confere;

Faz saber que a Câmara Municipal de Morungaba, em sua 173ª sessão ordinária, realizada em 17 de novembro de 1.992, aprovou e eu promulgo a presente Lei:

Art. 1º - Os empregados públicos portadores de diplomas de conclusão de curso universitário, a partir de 01 de outubro de 1.992, terão direito a adicional a título de estímulo ao aperfeiçoamento técnico-profissional de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o padrão de vencimento, o qual a este se incorpora para todos os efeitos de direito, mediante requerimento devidamente instruído pelo interessado.

Parágrafo Único - É vedada nos termos // desta Lei, a cumulação de títulos, valendo a concessão do referido adicional a apenas um diploma mencionado no "caput" deste artigo.

Art. 2º - As despesas decorrentes da execução desta Lei, correrão por conta de verbas próprias consignadas no orçamento vigente, suplementada se necessário.

Art. 3º - Esta Lei entrará em vigor na / data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

MOACYR TOBIAS
Prefeito Municipal

Publicada pela Secretaria da Prefeitura Municipal de Morungaba em 18 de novembro de 1.992.

VALDIRENE A MACHADO
Secretária



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

II. O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

O parágrafo único do artigo 78 da Lei nº 1.446, de 6 de abril de 2012, do Município de Itatiba, é incompatível com os seguintes preceitos da Constituição Estadual aplicáveis aos Municípios por força de seu art. 144:

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. AS RAZÕES PARA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O parágrafo único do artigo 78 da Lei Municipal nº 1.446/2012 assegura “o direito adquirido à incorporação do adicional a título de estímulo ao aperfeiçoamento técnico-profissional de que trata a Lei Municipal nº 647, de 18/11/1992 aos servidores que, até a data da publicação desta Lei,” - Lei 1.446/2012 - “concluíram o curso universitário e protocolaram requerimento pleiteando o direito ao adicional.” (sic)



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

Por sua vez, a Lei Municipal nº 647/1992, revogada pelo artigo 79 da Lei Municipal nº 1.446/2012, previa a concessão do adicional denominado “de estímulo ao aperfeiçoamento técnico-profissional” equivalente a 25% do padrão de vencimento e a sua imediata incorporação para todos os efeitos de direito.

Tanto a Lei Municipal nº 647/1992 quanto o parágrafo único do artigo 78 da Lei Municipal nº 1.446/2012 são inconstitucionais. Aquela, em virtude do fato de ter instituído o adicional de nível universitário aos empregados públicos, indistintamente, sem levar a consideração a natureza do emprego ocupado (efetivo/comissionado) e os respectivos requisitos de admissibilidade (investidura dependente ou não de diploma de curso superior); esta, por garantir a incorporação da vantagem instituída pela primeira, como se verá adiante.

Note-se que a Lei nº 647/1992, à qual se refere a norma ora impugnada, foi expressamente revogada pelo artigo 79 desta lei.

Sabe-se que em sede de controle concentrado de normas é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial - em especial do Colendo Supremo Tribunal Federal -, no sentido de que falta interesse de agir para a propositura ou julgamento da ação direta em face de diploma legal revogado.

Nesse sentido, ensina Oswaldo Luiz Palu (*Controle de constitucionalidade*, 2. ed., São Paulo, RT, 2001, p. 219) que:

“(…) atualmente, a posição do STF em caso de ato normativo revogado após a propositura da ação direta é a de estar a ação direta prejudicada por falta de objeto; os eventuais efeitos residuais havidos



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

devem ser questionados na via concreta, não na abstrata.”

Também Luís Roberto Barroso assim se posiciona (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 137/138), afirmando que:

“(…) a revogação ou o exaurimento dos efeitos da lei impugnada fazem com que a ação perca seu objeto ou, mais tecnicamente, levam à perda superveniente do interesse processual, haja vista que a medida deixou de ser útil e necessária. Eventuais direitos subjetivos que tenham sido afetados pela lei inconstitucional deverão ser demandados em ação própria.”

Nesse contexto, não há interesse de agir – nesta via de controle – quanto ao disposto na Lei nº 647, de 18 de novembro de 1992, “que dispõe sobre o adicional de 25% (vinte e cinco por cento) aos empregados públicos portadores de diplomas de conclusão de curso universitário”, dada a expressa revogação dessa norma.

Nem é o caso de postular a inconstitucionalidade, por arrastamento, da Lei nº 647/1992, já que esta norma foi revogada não pelo parágrafo único do artigo 78 da Lei nº 1.446/12, que ora se impugna, mas pelo artigo 79 da Lei nº 1.446/2012, que não é objeto desta ação, cuja validade não está sendo questionada, isso significando que caso esta demanda seja ao final julgada procedente, dela não resultará o efeito repristinatório da Lei 647/1992. Em outras palavras, a declaração de invalidade da norma revogadora não trará a lume os efeitos da norma revogada.



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

Destarte, não é o caso de requerer a inconstitucionalidade da Lei nº 647, de 18 de novembro de 1992, por arrastamento, como é de rigor quando a declaração de invalidade da norma revogadora traga de volta ao ordenamento jurídico a norma que foi por ela revogada, pois a invalidação do parágrafo único do art. 78 da Lei 1.446/2012 não ressuscitará a eficácia da Lei nº 647/1992.

Posta essa premissa, pontua-se que a pretensão deduzida nesta demanda – declaração de invalidade do parágrafo único do art. 78 da Lei 1.446/2012 – tem, como causa de pedir, a inconstitucionalidade da Lei nº 647/1992, pois, a invalidade desta lei revogada se projeta para a lei vigente e a contamina, dada a relação de dependência.

Como se disse, a invalidade da Lei nº 647, de 18 de novembro de 1992, decorre do fato de ter instituído o adicional de nível universitário aos empregados públicos, indistintamente, sem levar a consideração a natureza do emprego ocupado (efetivo/comissionado) e os respectivos requisitos de admissibilidade (investidura dependente ou não de diploma de curso superior).

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



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

onerosas do servidor (*propter personam*), como se extrai da literatura especializada (Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2001, 26^a ed., p. 449; Diógenes Gasparini. *Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2008, 13^a ed., p. 233; Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2008, 3^a ed., p. 760).

A vantagem instituída pela Lei n^o 647/92 caracteriza-se como adicional *ex facto officii*, e se justifica como forma de estimular o agente público ocupante de cargo para o qual não é exigido o diploma de nível universitário a concluir o curso superior, alargando seus conhecimentos, o que se presume repercutirá positivamente em seu desempenho funcional, indo ao encontro do interesse público.

Dada a natureza jurídica do adicional em comento, o titular de cargo de provimento efetivo cuja investidura exija como requisito de habilitação formação superior já é remunerado para tanto pelo vencimento fixado na lei correlata.

Ora, se a formação superior é requisito de habilitação do cargo e parâmetro elementar para a fixação do vencimento, como determina o art. 39, § 1^o, II, da Constituição Federal, sua atribuição aos servidores enquadrados nessa classe é destituída de justa causa, significa duplicidade de remuneração, o que se incompatibiliza com os princípios de moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público explicitados no art. 111 da Constituição do Estado de São Paulo e com as balizas da instituição de vantagens pecuniárias consistentes no atendimento efetivo do interesse público e das exigências do serviço, nos termos do art. 128 da Constituição Paulista.



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

É inadequada, desnecessária e desproporcional, porque a remuneração pelo exercício de cargo tem componente essencial na fixação do vencimento (base, padrão, referência) para dimensionar a contraprestação pecuniária, não servindo vantagens pecuniárias para sua oblíqua majoração.

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

“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).

Apreciando situação semelhante, esse colendo Órgão Especial assentou que importa *bis in idem*, violador dos princípios de razoabilidade, moralidade e interesse público (TJSP, ADI 2133104-35.2015.8.26.000, Rel. Des. Arantes Theodoro, v.u., 11-11-2015), a concessão de adicional de nível universitário aos “ocupantes de cargos para os quais a habilitação



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

universitária é pré-requisito ao provimento, como médico e engenheiro”, em acórdão assim ementado:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Leis nº 644/1991 e 1.156/2011 do Município de Pontes Gestal. Instituição de gratificação a servidores portadores de diploma universitário. Vantagem concedida de modo indistinto, inclusive para ocupantes de cargos para os quais a habilitação universitária é pré-requisito ao provimento, sem qualquer contrapartida quanto à produtividade ou qualidade do serviço, nem pertinência entre as funções exercidas pelo servidor e a graduação em nível superior. Afronta aos artigos 111 e 128 da Constituição do Estado. Ação procedente, com modulação de efeitos” (TJSP, ADI 2133104-35.2015.8.26.000, Rel. Des. Arantes Theodoro, v.u., 11-11-2015).

No mesmo sentido: ADIN nº 2077071-25.2015.8.26.0000, rel. Des. Neves Amorim, 7.10.2015; ADIN nº 0012646-62.2011.8.26.0000, rel. Des. Ruy Coppola, 26.10.2011.

Vale frisar que a inconstitucionalidade não é inerente ao adicional universitário, mas à sua concessão a servidores que, por critérios objetivos, estariam alijados dessa vantagem. O adicional de curso superior em si mesmo considerado é válido; só não pode ser indistintamente concedido a todos os servidores.

Assim, a invalidade da norma objurgada não é absoluta ou total, mas parcial ou relativa.



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

Nesses termos, a Lei 647/1992 é inválida no ponto em que concede indistintamente a vantagem pecuniária a todos os servidores municipais que tenham diploma de curso superior, e **essa invalidade contamina e se projeta sobre o parágrafo único do artigo 78 da Lei nº 1.446/2012 que prevê, também indistintamente, a incorporação da mencionada vantagem inconstitucional aos vencimentos dos servidores municipais que até a sua publicação tenham concluído o curso superior e apresentado o respectivo requerimento.**

IV. RAZÕES PARA A UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO EM RELAÇÃO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 78 DA LEI Nº 1.446/2012

Como se disse, o **parágrafo único do artigo 78 da Lei nº 1.446/2012** assegura a incorporação do adicional indistintamente a todos os empregados públicos municipais portadores de diploma de curso de nível superior.

A invalidade repousa justamente na falta de distinção balizada nos já mencionados critérios objetivos.

O adicional é inválido para os agentes públicos cujos empregos prevejam, como requisito para a investidura, a formação de nível superior; de outro lado, **é válido quanto aos empregados públicos efetivos cujos empregos não exijam essa qualificação.** Em outras palavras, a lei municipal objurgada comporta aplicação válida em relação a determinados empregados públicos, sendo inconstitucional em relação a outros.

Sendo a invalidade parcial, daí decorre a necessidade de aplicação ao caso da chamada “interpretação conforme”, que, sem redução de



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

texto, atribui à norma o real sentido conforme os ditames Constitucionais, pois:

É possível, juridicamente, formular-se, em inicial de ação direta de inconstitucionalidade, pedido de interpretação conforme, ante enfoque diverso que se mostre conflitante com a Carta Federal. Envolvimento, no caso, de reconhecimento de inconstitucionalidade. [**ADI 3.324**, rel. min. **Marco Aurélio**, j. 16-12-2004, P, DJ de 5-8-2005.]

Na lição de Luís Roberto Barroso,¹ “a interpretação conforme a Constituição pode envolver a mera interpretação adequada dos valores e princípios constitucionais, ou a declaração de inconstitucionalidade de uma das interpretações possíveis de uma norma ou, ainda, a declaração de não incidência da norma a determinada situação de fatos, por importar em violação da Constituição.” Na sua concepção, “trata-se de uma atuação ‘corretiva’, que importa na declaração de constitucionalidade sem redução de texto”.

Como se sabe, não constitui, a interpretação conforme a Constituição, método de hermenêutica, senão técnica de controle de constitucionalidade pelo qual o aplicador do Direito, diante de termos ou expressões que possam conduzir a mais de uma interpretação (polissêmicas ou plurissignificativas), deve valer-se da que se harmonize com o texto Constitucional.

Assim vem decidindo, *contrario sensu*, o Supremo Tribunal Federal:

¹ Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 5ª edição, Saraiva, págs. 337/338



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

“Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme à Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente. Quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional, não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar essa parte, impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar "para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal", técnica essa que se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade "sem redução do texto" em decorrência de este permitir "interpretação conforme à Constituição". [**ADI 1.344 MC**, rel. min. **Moreira Alves**, j. 18-12-1995, P, DJ de 19-4-1996.]

Não se trata, *in casu*, de pretensão de criar norma jurídica outra, o que é privativo do Poder Legislativo, mas de compatibilizá-la com a Constituição, o que se faz em consonância com a melhor jurisprudência:

“O STF como legislador negativo: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o STF, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o STF, a partir da supressão



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

seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador. **[ADI 1.063 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 18-5-1994, P, DJ de 27-4-2001.]**

Assim deve ser, pois, apenas haverá conformidade do parágrafo único do art. 78 da Lei Municipal nº 1.446/2012 para com o texto Constitucional se e quando se lhe for emprestado o significado correto, qual seja, o de que **“a incorporação do adicional a título de estímulo ao aperfeiçoamento técnico-profissional de que trata a Lei 647, de 18 de novembro de 1992, é devida apenas aos ocupantes de empregos públicos efetivos cuja investidura não dependa da formação de nível superior.”**

V. DA IMPOSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS

A modulação de efeitos, também conhecida como efeito prospectivo da declaração de inconstitucionalidade, é medida extraordinária e condicionada à segurança jurídica ou excepcional interesse público que devem estar demonstrados.

A excepcionalidade da modulação decorre do fato de o uso dessa técnica de decisão demandar o afastamento do efeito *ex tunc* que normalmente decorre da declaração de inconstitucionalidade pela via da ação direta, significando, na prática, a preservação dos efeitos de norma inconstitucional, ainda que durante período de tempo limitado.

Foi por isso que o legislador exigiu, além da demonstração inequívoca de excepcional interesse público e de necessidade de adoção



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

da medida para a garantia da segurança jurídica, também o quórum ainda mais qualificado, de 2/3, para a modulação (art. 27 da Lei nº 9.868/99).

Certos casos de fato demandam a aplicação da chamada modulação dos efeitos da decisão, a fim de evitar que os valores percebidos de boa-fé por agentes públicos tenham que ser devolvidos ao Erário.

Com efeito, a firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido da irrepetibilidade das verbas alimentares, desde que recebidas de boa-fé (Pet 6264, Relator(a): Min. Teori Zavascki, julgado em 15/08/2016, DJe-174, p. 18/08/2016).

O entendimento assentado nesse julgado, todavia, foi firmado com base em hipótese fática totalmente distinta da que ora se examina, não havendo aderência entre os casos confrontados.

Na Pet 6264, a questão envolvia a declaração de inconstitucionalidade de cargos comissionados, e caso não houvesse a modulação de efeitos, os agentes públicos ocupantes dos referidos postos seriam obrigados a devolver tudo o que receberam a título remuneratório.

No caso em exame, a situação é diversa. A devolução de valores diz respeito apenas ao adicional de qualificação, ou seja, a parcela da remuneração.

Aliás, **no que tange especificamente ao adicional de nível universitário**, a própria Corte Suprema, em recente decisão monocrática de lavra do e. Min. Gilmar Mendes na AO 506/AC (DJe 01.09.17), considerou a vantagem **manifestamente inconstitucional** quando



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

concedida **indistintamente** a todos agentes públicos, inclusive aos portadores de diploma de curso superior ocupantes de cargos/empregos cuja investidura exija essa qualificação, e assentou que isso **equivale ao recebimento de má-fé a ensejar a restituição:**

AO 506 / AC

equivalência, considerado o conteúdo exaustivo da norma consubstanciada no art. 65 da Lei Complementar n. 35/79 (LOMAN). Precedentes. O Supremo Tribunal Federal, presente esse contexto normativo, tem proclamado que o rol inscrito no art. 65 da LOMAN reveste-se de taxatividade, encerrando, por isso mesmo, no que se refere às vantagens pecuniárias titularizáveis por quaisquer magistrados, verdadeiro 'numerus clausus', a significar, desse modo, que não se legitima a percepção, pelos juizes, de qualquer outra vantagem pecuniária que não se ache expressamente relacionada na norma legal em questão. Precedentes". (AO 820 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 5.12.2003, grifo nosso)

Portanto, ante a taxatividade do art. 65 da LOMAN e a expressa vedação contida no § 2º do mesmo artigo, não possui validade e eficácia qualquer lei ou ato normativo que ultrapasse os benefícios para além dos limites estipulados na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Sob essa ótica, a gratificação de nível superior prevista no Ato Normativo 143/89 é ilegal e inconstitucional.

3) Restituição dos valores recebidos

Em relação à restituição das importâncias recebidas em decorrência da gratificação impugnada, não se argumenta que a mesma gratificação vinha sendo paga aos Magistrados do Acre antes da EC 1/69 e do Estatuto da Magistratura Nacional (LC 35/79), com base no art. 374 da Lei de Organização Judiciária do Estado (Lei 11, de 20 de março de 1964), tendo em vista que, tal como assentado por esta Corte na análise da medida liminar, "o Ato normativo nº 143/89, baixado pelo então Presidente, sem apoio constitucional ou legal, **restituiu a vantagem extinta**".

Se houve reinstauração, por obviedade, é porque se considerou como premissa de que a mesma fora extinta com o advento da Lei estadual 18, de 9 de dezembro de 1998, que equiparou os vencimentos dos magistrados acrianos aos do Distrito Federal.



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

AO 506 / AC

Tal situação foi reconhecida nos "considerandos" do Ato Normativo 143/89, de 20 de julho de 1988, *verbis in verbis*:

"CONSIDERANDO que, com o advento da Lei Estadual nº 18, de 9 de dezembro de 1988, os vencimentos e vantagens dos magistrados do Estado do Acre, foram equiparados aos do Distrito Federal.

CONSIDERANDO que, implicitamente, a lei de equiparação, de iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado, já mencionada, revogou toda e qualquer vantagem, devida na época aos magistrados do Acre, desde que essas vantagens não estivessem, de acordo com as auferidas pelos magistrados do Distrito Federal..."

Consequentemente, o Ato Normativo 143/89 deixou claro que aquela vantagem havia sido extinta, caindo por terra qualquer argumento esgrimido pelos demandados em sentido contrário.

Ademais, ressalte-se que é jurisprudência pacífica nesta Corte que quantias recebidas como verba alimentar, por sua natureza, seriam irrepetíveis, desde que recebidas de boa-fé. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TCU QUE DETERMINOU A IMEDIATA INTERRUPÇÃO DO PAGAMENTO DA URP DE FEVEREIRO DE 1989 (26,05%). EXCLUSÃO DE VANTAGEM ECONÔMICA RECONHECIDA POR DECISÃO JUDICIAL COM TRÂNSITO EM JULGADO. NATUREZA ALIMENTAR E A PERCEPÇÃO DE BOA-FÉ AFASTAM A RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS ATÉ A REVOGAÇÃO DA LIMINAR. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido do descabimento da restituição de valores percebidos indevidamente em circunstâncias, tais como a dos autos, em que o servidor público está de boa-fé. (Precedentes: MS 26.085, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 13/6/2008; AI



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

AO 506 / AC

490.551-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 3/9/2010) 2. **A boa-fé na percepção de valores indevidos bem como a natureza alimentar dos mesmos afastam o dever de sua restituição.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento". (MS 25921 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 4.4.2016, grifo nosso)

"MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO QUE CONSIDEROU ILEGAL APOSENTADORIA E DETERMINOU A RESTITUIÇÃO DE VALORES. ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS DE PROFESSOR. AUSÊNCIA DE COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. UTILIZAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA OBTENÇÃO DE VANTAGENS EM DUPLICIDADE (ARTS. 62 E 193 DA LEI N. 8.112/90). **MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. DESNECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS. INOCORRÊNCIA DE DESRESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO DIREITO ADQUIRIDO.** 1. A compatibilidade de horários é requisito indispensável para o reconhecimento da licitude da acumulação de cargos públicos. É ilegal a acumulação dos cargos quando ambos estão submetidos ao regime de 40 horas semanais e um deles exige dedicação exclusiva. 2. O § 2º do art. 193 da Lei n. 8.112/1990 veda a utilização cumulativa do tempo de exercício de função ou cargo comissionado para assegurar a incorporação de quintos nos proventos do servidor (art. 62 da Lei n. 8.112/1990) e para viabilizar a percepção da gratificação de função em sua aposentadoria (art. 193, caput, da Lei n. 8.112/1990). É inadmissível a incorporação de vantagens sob o mesmo fundamento, ainda que em cargos públicos diversos. 3. **O reconhecimento da ilegalidade da cumulação de vantagens não determina, automaticamente, a restituição ao erário dos valores recebidos, salvo se comprovada a má-fé do servidor, o que não foi demonstrado nos autos.** 4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se firmado no sentido de que, no exercício da competência que lhe foi atribuída pelo art. 71, inc.



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

AO 506 / AC

III, da Constituição da República, o Tribunal de Contas da União cumpre os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal quando garante ao interessado - como se deu na espécie - os recursos inerentes à sua defesa plena. 5. Ato administrativo complexo, a aposentadoria do servidor, somente se torna ato perfeito e acabado após seu exame e registro pelo Tribunal de Contas da União. 6. Segurança parcialmente concedida". (MS 26085, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 13.6.2008, grifo nosso)

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. SÚMULA STF 473. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA BOA FÉ. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DE VALORES RECEBIDOS A MAIOR. HORAS EXTRAS. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA PRECLUSA. 1. A Administração pode, a qualquer tempo, rever seus atos eivados de erro ou ilegalidade (Súmula STF 473), porém o reconhecimento da ilegalidade do ato que majorou o percentual das horas extras incorporadas aos proventos não determina, automaticamente, a restituição ao erário dos valores recebidos, uma vez comprovada a boa-fé da impetrante, ora agravada. Precedentes. 2. Encontra-se preclusa a questão envolvendo o não-reconhecimento de prescrição do ressarcimento em relação às parcelas pretendidas e que são posteriores ao quinquênio que antecederam à propositura da ação. 3. Agravo regimental improvido". (AI 490551 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 3.9.2010, grifo nosso)

À luz da jurisprudência acima colacionada, ressalto que as verbas alimentares, desde que recebidas de boa-fé, são irrepetíveis.

Entretanto, as gratificações de nível universitário, não são apenas ilegais, como também descaradamente inconstitucionais.

Sob essa ótica, a percepção de verbas manifestamente inconstitucionais equivale a recebê-las de má-fé, uma vez que esta é ínsita à própria inconstitucionalidade.

29

Tal como no precedente acima transcrito, a lei municipal ora impugnada assegura o recebimento de adicional de nível universitário flagrantemente inconstitucional, ou, conforme mais incisivamente enfatizou o Ministro Gilmar Mendes, "**descaradamente**" inconstitucional, de forma que se caracteriza o recebimento de má-fé e a necessidade de restituição.



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

Na esteira dessa decisão, não cabe, na hipótese vertente, modular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, devendo prevalecer o efeito *ex tunc*, a fim de assegurar que os valores recebidos a título desse adicional sejam restituídos aos cofres municipais.

Não bastasse, é evidente que não há, no caso sob análise, excepcional interesse público; ao revés, o interesse é exclusivamente privado e patrimonial.

Também não se divisa a necessidade de atribuição de efeito prospectivo para garantir “segurança jurídica”. Neste caso, só uma visão equivocada dos fatos poderia justificar a conclusão de que a segurança jurídica justificaria a concessão de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade para respeitar “situações consolidadas” e manter hígido o adicional. Certamente, caso fosse, aqui, adotada essa tese, haveria prestígio ao interesse individual em detrimento da segurança jurídica da coletividade, em total desacordo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Aliás, o que pauta a relativização da inconstitucionalidade, ou seja, a aplicação do chamado efeito prospectivo ou de modulação, é justamente a ponderação entre os valores de segurança jurídica e a proporcionalidade e razoabilidade.

Como já assentou o E. STF, a modulação dos efeitos da decisão é medida excepcional, que decorre da **supremacia do valor a ser preservado**, em detrimento da ordem constitucional (AI 474.708-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 17-3-08, DJE de 18-4-08; AI 457.766-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 3-4-07, DJ de 11-5-07; RE 364.304-AgR, voto do Min. Gilmar Mendes,



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

juízo em 3-10-06, DJ de 6-11-06), situação que não se configura nestes autos.

VI. DOS PEDIDOS

a. DO PEDIDO LIMINAR

À sociedade demonstrado o *fumus boni iuris*, pela ponderabilidade do direito alegado, soma-se a ele o *periculum in mora*. A atual tessitura do preceito legal, apontado como violador de princípios e regras da Constituição do Estado de São Paulo é sinal, *de per se*, para suspensão de sua eficácia até final julgamento desta ação, evitando-se indevido emprego das verbas públicas para pagamento de vantagens pecuniárias que não atendem ao interesse público e à necessidade do serviço.

À luz desse contexto, requer-se a concessão de liminar para suspensão da eficácia, até final e definitivo julgamento desta ação, do pagamento da vantagem conferida aos servidores municipais com base no parágrafo único do art. 78 da Lei nº 1.446, de 09 de abril de 2012, do Município de Morungaba, exceto com relação aos ocupantes de empregos públicos efetivos cuja investidura não dependa da formação de nível superior.

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, a fim de conferir interpretação conforme a Constituição **ao parágrafo único do art. 78 da Lei nº 1.446, de 09 de abril de 2012, do Município de Morungaba**, no sentido de que “a incorporação do adicional a título de estímulo ao aperfeiçoamento



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

técnico-profissional de que trata a Lei 647, de 18 de novembro de 1992, é devida apenas aos ocupantes de empregos públicos efetivos cuja investidura não dependa da formação de nível superior.”

Requer-se ainda sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Morungaba, bem como citado o Procurador-Geral do Estado para se manifestar sobre os atos normativos impugnados, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 20 de setembro de 2017.

GIANPAOLO POGGIO SMANIO
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

grcp