



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

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

Protocolado nº 10.594/17

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 3º E §§ 1º, 2º E 3º, DA LEI COMPLEMENTAR N. 85, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2016, DO MUNICÍPIO DE CUBATÃO. SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO. VANTAGEM PECUNIÁRIA. INSTITUIÇÃO DESVINCULADA DO ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO E ÀS EXIGÊNCIAS DO SERVIÇO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, RAZOABILIDADE, FINALIDADE E INTERESSE PÚBLICO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. A concessão genérica de vantagem pessoal sem critérios objetivos determinados viola os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade e interesse público. 2. A vantagem pecuniária deve ser orientada única e exclusivamente à valorização do profissional cujo grau universitário tenha aderência ou relação lógica e direta com o plexo de funções elementares ao cargo. 3. Constituição Estadual: 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, em conformidade com o disposto nos arts. 125, § 2º, e 129, IV, da Constituição



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

Federal, e 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 art. 3º e §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Complementar nº 85, de 21 de dezembro de 2016, do Município de Cubatão, pelos fundamentos a seguir expostos.

I. DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO

A Lei Complementar nº 85, de 21 de dezembro de 2016, do Município de Cubatão, nada obstante a decisão proferida na Adin nº 2111900-95.2016.8.26.0000, revigorou sob a denominação de “vantagem pessoal”, gratificações consideradas inconstitucionais por este E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no que interessa dispõe:

“(…)

ARTIGO 3º – Fica assegurado, para todos os servidores, a título de vantagem pessoal, para todos os fins, a diferença oriunda dos vencimentos percebidos no mês de outubro de 2016, excluídas as verbas de caráter variável e/ou temporária, e os vencimentos oriundos da aplicação da presente Lei.

§ 1º A vantagem pessoal prevista no **caput** deste artigo terá seu valor desvinculado do padrão de vencimento, sujeitando-se, tão-somente, às revisões gerais de remuneração.

§ 2º Os vencimentos calculados de acordo com a recomposição prevista no art. 1º da presente lei, acrescida da vantagem pessoal prevista no **caput** do art. 3º, não poderão exceder aos vencimentos



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

percebidos pelo servidor no mês de outubro de 2016, salvo se, oriundas de anuênio, sexta-parte, e incorporação de chefia, adquiridas a partir de 1º de novembro de 2016.

§ 3º As gratificações que tenham como base de cálculo o padrão de vencimento do cargo de investidura do servidor deverão ser calculadas levando-se em consideração o valor de R\$ 1.908,50 (um mil, novecentos e oito reais e cinquenta centavos), assim como àquelas que tenham por base de cálculo o padrão básico de vencimento do servidor, deverão ser calculadas sobre o padrão básico de vencimento do servidor em outubro de 2015, as quais serão reajustadas na mesma proporção e na mesma data em que se reajustar a remuneração dos servidores. (...).”

II. DA FUNDAMENTAÇÃO

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. 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



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

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.”

III. DA INCONSTITUCIONALIDADE

Conforme se extrai da farta documentação anexa, a “vantagem pessoal” instituída pela Lei Complementar nº. 85/2016 veio em substituição a “gratificação por nível universitário”, declarada inconstitucional na ADI nº. 2111900-95.2016.8.26.0000, e cujo conteúdo é dotado de idênticos vícios que levaram a declaração de inconstitucionalidade desta.

As vantagens pecuniárias são acréscimos permanentes ou efêmeros ao vencimento dos servidores públicos, compreendendo adicionais e gratificações.



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

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”. 26^a ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 449; Diógenes Gasparini. Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2008, 13^a ed., p. 233; Marçal Justen Filho. “Curso de Direito Administrativo”. 3^a ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 760].

Se tradicional ensinança 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”. 26^a ed., São Paulo: Malheiros, 2001, 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 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”. 3^a ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 761).



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

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).

Ademais, oportuno pontuar 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”. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, 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 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”. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 232), albergando, por exemplo, situações como risco de vida ou saúde, serviços extraordinários (prestação fora da jornada de trabalho), local de



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

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”. 26^ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 457-458).

Neste ponto, observa-se que a “vantagem pessoal” ora impugnada, foi instituída genericamente e em substituição para todos os servidores que possuíam a “gratificação por nível universitário” declarada inconstitucional por este E. Tribunal, não tendo o acréscimo pecuniário *ex facto officii* relação com o desempenho de funções especiais. A respeito do assunto, assim se posiciona a doutrina:

“(…) é de se observar que não basta seja o servidor titular de diploma de curso superior para o auferimento da vantagem de nível universitário; é necessário que esteja desempenhando função ou exercendo cargo para o qual se exige o diploma de que é portador. O que a Administração remunera não é a habilitação universitária em si mesma; é o trabalho profissional realizado em decorrência dessa



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

habilitação, e da qual se presume maior perfeição técnica e melhor rendimento administrativo” (Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2009, 35ª ed., pp. 499-500).

Feitas estas considerações, evidencia-se que a denominada “vantagem pessoal”, instituída para servidores do Município de Cubatão, mostra-se contrária aos ditames constitucionais.

O art. 3º e §§1º, 2º e 3º, da Lei Complementar n. 85, de 21 de dezembro de 2016, ao instituírem vantagem pessoal de maneira genérica a todos servidores públicos que recebiam gratificação por diploma universitário, contrariam o disposto no art. 128 da Constituição do Estado, pelo qual “as vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço”, bem como os princípios da igualdade, da razoabilidade e da moralidade, previstos no art. 111 da Constituição Paulista.

A vantagem pecuniária deve ser orientada única e exclusivamente à valorização do profissional cujo grau universitário tenha aderência ou relação lógica e direta com o plexo de funções elementares ao cargo e não constitua elemento intrínseco à remuneração.

Por derradeiro, nem se alegue que a supressão da “vantagem pessoal” ora impugnada violaria o princípio da irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos, previsto no artigo 115, XVII, da Constituição Estadual, pois esta irredutibilidade pressupõe a legalidade, moralidade e razoabilidade da gratificação, não podendo, portanto, ser



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

invocada para amparar pagamentos flagrantemente contrários aos princípios constitucionais da Administração Pública.

Posto isso, mostra-se inconstitucional o art. 3º e §§1º, 2º e 3º, da Lei Complementar. 85, de 21 de dezembro de 2016, do Município de Cubatão.

III. DO 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 art. 3º e §§1º, 2º e 3º, da Lei Complementar nº 85, de 21 de dezembro de 2016, do Município de Cubatão.

Requer-se, ainda, sejam requisitadas informações ao Prefeito e à Câmara Municipal de Cubatão, bem como posteriormente 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, 22 de setembro de 2017.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça