



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 nº 53.482/2017

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 5.505 DE 25 DE MARÇO DE 2008, DO MUNICÍPIO DE ATIBAIA, QUE “REGULAMENTA OS PROCEDIMENTOS DE SINDICÂNCIAS E PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES A SEREM OBSERVADOS PELA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL”. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E À SEPARAÇÃO DOS PODERES. 1. A regulamentação de processo disciplinar, bem como a imposição de sanções a servidores públicos e demais responsabilidades, que se inserem dentro do regime jurídico de servidores públicos, é matéria submetida à reserva legal (arts. 24, § 2º, 4 e 111 da CE/89 e arts. 5º, II, 37, “caput” e 61, § 1º, II, letra “c” CF/88). 2. Decreto municipal que inovou acerca dos temas, de forma autônoma, genérica e abstrata, em violação ao princípio da separação dos poderes (art. 5º e 144 da CE/89).

○ **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 do Estado de São Paulo), em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 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



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

presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face do **Decreto nº 5.505 de 25 de março de 2008, do Município de Atibaia**, pelos fundamentos a seguir expostos:

I – DOS ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

O Prefeito Municipal de Atibaia editou em 25 de março de 2008 o Decreto nº 5.505, que “Regulamenta os procedimentos de Sindicâncias e Processos Administrativos Disciplinares a serem observados pela administração municipal”, com o seguinte teor:

“**Art.1º** - O superior hierárquico que tiver ciência de irregularidade no serviço público praticada por agente público que lhe seja subordinado é obrigado a relatar o fato ao Secretário competente, ou ao Prefeito Municipal, para aplicação de eventual sanção.

§ 1º - O Prefeito Municipal ou o Secretário competente, constatando a possível ocorrência de falta administrativa disciplinar, decidirá, fundamentadamente, sobre a instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar.

§ 2º - Abrir-se-á sindicância a fim de apurar a autoria e a materialidade da infração administrativa.

§ 3º - Havendo suficientes indícios de autoria e prova da materialidade da infração administrativa, a critério da autoridade competente, dispensar-se-á a sindicância instaurando-se, desde logo, o processo administrativo disciplinar.



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

Art.2º -As sindicâncias e os processos administrativos disciplinares serão conduzidos por Comissões Permanentes, compostas por 3 (três) servidores, como membros titulares e 01 (hum) servidor como membro suplente, todos estáveis e não ocupantes de emprego de livre preenchimento ou de funções gratificadas (art. 37, V, da CF), designados pelo Prefeito Municipal, através de Portaria.(Redação dada pela Decreto nº 5.958, de 13 de Agosto de 2009)

§ 1º - Dentre os membros de cada comissão, o Prefeito Municipal destacará um para exercer a presidência dos trabalhos, o qual deverá ser bacharel em Direito.

§2º - Cada comissão terá como secretário servidor designado pelo presidente, podendo a indicação recair em um de seus membros.

Art.3º -As comissões exercerão suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo quando o interesse público assim o exigir.

§ 1º - O sigilo poderá ser decretado pela autoridade que ordenar a abertura da sindicância ou a instauração do processo administrativo.

§ 2º -As reuniões e as audiências das comissões terão caráter público, salvo na hipótese de sigilo decretado pela autoridade competente.

Art. 4º - As comissões reunir-se-ão para decidir as questões relativas às sindicâncias e processos administrativos disciplinares, bem como proceder à



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

instrução dos feitos, de acordo com a necessidade dos trabalhos.

§1º - Ficarão impedidos de funcionar no feito o membro da comissão que for cônjuge, companheiro, parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, bem como que estiver lotado no mesmo departamento ou divisão que o acusado.

§ 2º - Qualquer integrante da comissão poderá declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo.

§3º - A substituição do membro, nos termos dos §§ 1º e 2º deste artigo, dar-se-á por ato do respectivo presidente da Comissão ou, na falta de membro com os requisitos constantes do § 1º do artigo 2º, por designação, através de Portaria do Prefeito Municipal.

DA SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA

Art.5º -A sindicância administrativa será aberta após o despacho da autoridade competente.

Art. 6º - Compete à Comissão Permanente de Relações do Trabalho - CPRT, na condução da sindicância, a prática dos atos previstos no artigo 19 deste Decreto, com o intuito de apurar-se a autoria e materialidade da infração administrativa.

§ 1º -O prazo para conclusão da sindicância será de até 120 (cento e vinte) dias, podendo ser prorrogado, a critério da autoridade que ordenou a sua instauração, mediante justificativa fundamentada.



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

§ 2º - Decorrido o prazo constante do § 1º sem que seja apresentado o relatório, a autoridade competente poderá promover a apuração da responsabilidade dos membros da comissão.

§ 3º - A sindicância não comporta o contraditório devendo, no entanto, ser ouvidos todos os envolvidos no fato.

§4º - Os depoentes poderão fazer-se acompanhar de advogado, o qual não poderá interferir no procedimento, sendo-lhe, entretanto facultado reinquiri-los por intermédio do presidente da comissão, se este entender pertinente.

Art. 7º - Ultimada a sindicância, deverá a Comissão Permanente de Relações do Trabalho remeter à autoridade que a instaurou, conclusão, reduzida a relatório, indicando a irregularidade, se houver, e quais os dispositivos infringidos da legislação competente, manifestando-se:

I- pelo arquivamento do processo; ou

II- pela instauração de processo administrativo disciplinar.

§ 1º - Na hipótese de o relatório da sindicância concluir que a infração está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente encaminhará cópia dos autos ao Ministério Público, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar.

§ 2º - A conclusão da CPRT será submetida à apreciação da autoridade competente, que poderá



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

acolhê-la ou, à vista das provas constantes dos autos, decidir fundamentadamente de maneira diversa.

DO AFASTAMENTO PREVENTIVO

Art.8º -Como medida cautelar, e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do emprego, ou determinar o exercício de funções correlatas em outra Secretaria, até a conclusão do procedimento, sem prejuízo da remuneração. (Redação dada pela Decreto nº 5.958, de 13 de Agosto de 2009)

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Art.9º - O processo disciplinar, a ser conduzido por Comissão Processante Permanente Disciplinar - CPPD, é o instrumento destinado a apurar, à luz do princípio do contraditório e da ampla defesa, a efetiva prática de infração administrativa por parte de servidor público municipal.

Art.10 -O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:

- I- instauração, com a publicação da portaria;
- II- instrução, que compreende a produção de provas, defesa e relatório;
- III- julgamento.

Art.11 -O prazo para a conclusão do processo disciplinar será de até 120 (cento e vinte) dias, contados da data de publicação da portaria,



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

podendo ser prorrogado, a critério da autoridade que ordenou a sua instauração, mediante justificativa fundamentada.

Parágrafo único - Decorrido o prazo constante do *caput* sem que seja apresentado o relatório, a autoridade competente poderá promover a apuração da responsabilidade dos membros da comissão.

DA INSTAURAÇÃO

Art.12 -Tipificada a infração disciplinar, precedida ou não de sindicância, a autoridade competente baixará portaria, na qual deverá constar:

- I - a qualificação do servidor;
- II - a infração imputada, indicando os dispositivos legais infringidos;
- III - a descrição dos atos imputados ao servidor.

Art. 13 - O acusado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, oportunidade em que deverá especificar as provas que pretende produzir, apresentando o rol de testemunhas, se for o caso.

§1º- Havendo dois ou mais acusados, o prazo será comum e de 20 (vinte) dias.

§2º- O prazo de defesa poderá ser prorrogado pelo dobro, pelo Presidente da Comissão, para diligências reputadas indispensáveis.



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

§3º - No caso de recusa do acusado em apor o ciente na cópia da citação, o prazo para defesa contar-se-á da data declarada, em termo próprio, pelo membro da comissão que fez a citação, com a assinatura de 01 (uma) testemunha.

Art.14 -O acusado que mudar de residência fica obrigado a comunicar à comissão o lugar onde poderá ser encontrado.

Art.15 -Achando-se o acusado em lugar incerto e não sabido, será citado por edital, publicado no Imprensa Oficial do Município, ou em jornal de grande circulação local, para apresentar defesa.

Parágrafo único - Na hipótese deste artigo, o prazo para defesa será de 10 (dez) dias a partir da publicação do edital.

Art.16 -Considerar-se-á revel o acusado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal.

§1º -A revelia será declarada, por termo, nos autos do processo e devolverá o prazo para a defesa.

§ 2º - Constatada a revelia, a Comissão oficiará ao Sindicato dos Servidores Municipais que poderá no prazo de 10 (dez) dias assumir a defesa do acusado, sendo possível a esse retomar a direção de sua defesa a qualquer tempo.

§3º-Na inércia do Sindicato, a autoridade instauradora do processo administrativo disciplinar designará um defensor dativo, podendo, inclusive,



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

firmar convênio ou abrir procedimento licitatório para tanto.

DA INSTRUÇÃO

Art.17 -A instrução obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.

Art.18 -Quando o processo administrativo disciplinar for precedido de sindicância os autos dessa servirão como peça informativa da instrução.

Art.19 -Na fase da instrução, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.

Art. 20 -É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

§1º -O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

§2º - Será indeferido o pedido de prova pericial, quando a comprovação do fato independer de conhecimento especial de perito.



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

Art.21-As testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da comissão, devendo a segunda via, com o ciente do interessado, ser anexado aos autos.

Parágrafo único -Se a testemunha for servidor público, a expedição do mandado será imediatamente comunicada ao chefe da repartição onde serve, com a indicação do dia e hora marcados para inquirição.

Art.22 -O depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo, não sendo lícito à testemunha trazê-lo por escrito.

§1º-As testemunhas serão inquiridas separadamente.

§2º-Na hipótese de depoimentos contraditórios ou que se infirmem, proceder-se-á à acareação entre os depoentes.

Art.23 -Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos artigos 34 e 35.

§1º-No caso de mais de um acusado, cada um deles será ouvido separadamente, e sempre que divergirem em suas declarações sobre fatos ou circunstâncias, proceder-se-á à acareação entre eles.

§2º-O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém,



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

reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão.

Art.24 -Quando houver dúvida sobre a sanidade mental do acusado, a comissão proporá à autoridade competente que ele seja submetido a exame por junta médica oficial, da qual participe pelo menos um médico psiquiatra.

Parágrafo único - O incidente de sanidade mental será processado nos mesmo autos do processo principal.

Art. 25 - Encerrada a instrução, a defesa será intimada, na pessoa do procurador ou, na falta desse, na pessoa do acusado, para apresentar alegações finais em (10) dez dias.

Art.26 -Apresentada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.

§1º-O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência, ou à responsabilidade do servidor.

§2º -Reconhecida a responsabilidade do servidor, a comissão indicará o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Art. 27 -O processo disciplinar, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento.



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

DO JULGAMENTO

Art. 28 - No prazo de 30 (trinta) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão.

Art.29 -A autoridade julgadora poderá acatar o relatório da CPPD total ou parcialmente, ou à vista das provas constantes dos autos, decidir fundamentadamente de maneira diversa podendo, inclusive, agravar a penalidade proposta, abrandá-la, condenar o servidor ou isentá-lo de responsabilidade.

Art.30 -Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo, ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, o retorno dos autos para o refazimento do procedimento sem o vício.

Parágrafo único - O julgamento fora do prazo legal não implica nulidade do processo.

Art.31 -Extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora determinará o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor.

Art.32 -Quando a infração estiver capitulada como crime, a cópia do processo disciplinar será remetida pelo Chefe do Executivo ao Ministério Público para eventual instauração da ação penal.



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

DA REVISÃO DO PROCESSO

Art.33 -O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.

§1º- Em caso de falecimento, ausência ou desaparecimento do servidor, qualquer pessoa da família poderá requerer a revisão do processo.

§2º-No caso de incapacidade mental do servidor, a revisão será requerida pelo respectivo curador.

Art.34 -No processo revisional, o ônus da prova cabe ao requerente.

Art.35 - A simples alegação de injustiça da penalidade não constitui fundamento para a revisão, que requer elementos novos, ainda não apreciados no processo originário.

Art.36 -O requerimento de revisão do processo será dirigido ao Prefeito Municipal que, se autorizar a revisão, encaminhará o pedido à Comissão Revisora, a qual será composta nos mesmos moldes do art. 2º deste Decreto.

Art.37 -A revisão correrá em apenso ao processo originário.

Parágrafo único - Na petição inicial, o requerente pedirá dia e hora para a produção de provas e inquirição das testemunhas que arrolar.



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

Art.38 -A Comissão Revisora terá 60 (sessenta) dias para a conclusão dos trabalhos.

Parágrafo único - Decorrido o prazo constante do *caput* sem que seja apresentado o relatório, a autoridade competente poderá promover a apuração da responsabilidade dos membros da comissão.

Art.39 –Aplicam-se ao processo revisional, no que couber, as normas e procedimentos próprios do processo administrativo disciplinar.

Art.40 -O julgamento caberá à autoridade que aplicou a penalidade.

Art. 41 -Julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor.

Parágrafo único -Da revisão do processo não poderá resultar agravamento de penalidade.

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 42 – Salvo disposição em contrário, os prazos estabelecidos neste Decreto serão computados excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.

§ 1º - Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil subsequente se o vencimento cair em feriado ou dia em que:

I – for determinado ponto facultativo nas repartições públicas municipais;



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

II – o expediente da Prefeitura for encerrado antes da hora normal.

§ 2º - Os prazos somente começam a correr do primeiro dia útil após a citação.

Art. 43 – As sindicâncias administrativas dos servidores integrantes da Guarda Municipal serão conduzidas pela Corregedoria, nos termos do art. 13, I, da Lei nº. 3.533/06, e os processos administrativos disciplinares ficam a cargo da Comissão Processante Permanente Disciplinar.

Art. 44 – A Corregedoria da Guarda Municipal deverá observar, no que couber, o disposto neste Decreto para a condução dos seus trabalhos.

Art. 45 – Um extrato do resultado, homologado pelo Chefe do Executivo, do processo administrativo disciplinar, será divulgado na imprensa oficial do Município, por ato do presidente da CPPD.

DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Art. 46 - Os processos administrativos e as sindicâncias que se encontram em andamento, ficam com o seu prazo prorrogado para respectiva conclusão, por 120 (cento e vinte) dias, a partir desta data.

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 47 - Esse Decreto entra em vigor na data de sua publicação.”



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 Decreto nº 5.505, de 25 de março de 2008, do Município de Atibaia, atenta contra 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.

O ato normativo ora impugnado é incompatível com os seguintes preceitos da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força de seu art. 144:

“Artigo 5º - São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

(...)

Artigo 24 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

(...)

§2º - Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:

(...)

4 - servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

(...)



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

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.

(...)"

Com efeito, o Decreto impugnado viola a reserva legal imposta constitucionalmente para veiculação de matéria que envolva regime jurídico de servidores públicos.

**III – DA NATUREZA DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO –
VEICULAÇÃO MEDIANTE DECRETO AUTÔNOMO**

Antes de adentrar à análise das violações constitucionais promovidas pelo ato normativo impugnado, é necessária breve análise de sua natureza jurídica, a ensejar a instauração do contencioso direto de inconstitucionalidade.

O Decreto objurgado ostenta evidente autonomia, generalidade e abstração, com introdução de novidade normativa no ordenamento jurídico municipal, não sendo o caso de mera crise de legalidade, na qual o decreto, editado com o fim de regulamentar determinada lei, ultrapassa os limites estabelecidos no diploma anterior.

No caso em apreço, o ato normativo constitui verdadeiro decreto autônomo, que desafia o controle concentrado por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Neste sentido:

“EMENTA – Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de limiar. Decreto nº 409, de 30.12.91.



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

- Esta Corte, excepcionalmente, tem admitido ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja decreto, quando este, no todo ou em parte, manifestamente não regulamenta lei, apresentando-se, assim, como decreto autônomo, o que dá margem a que seja ele examinado em face diretamente da Constituição, no que diz respeito ao princípio da reserva legal (...)" (STF, ADI nº 708-4, Rel. Sydney Sanches, j. 22.05.1992);

“EMENTA: 1. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. **Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa.** Preliminar repelida. Precedentes. **Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade.** 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Decreto nº 27.427/00, do Estado do Rio de Janeiro. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Benefícios fiscais. Redução de alíquota e concessão de crédito presumido, por Estado-membro, mediante decreto. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, nos termos da LC 24/75. Expressão da chamada “guerra fiscal”. Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inc. XII, letra “g”, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. Não pode o



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

Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do CONFAZ” (ADI n. 3664-RJ, Rel. Min. César Peluso, Tribunal Pleno, Dje 21.09.2011)

Neste contexto, o ato normativo vergastado, ao inovar na disciplina concernente a processamento, penalidades e responsabilidades de servidores públicos municipais, assume caráter autônomo, passível de objeto de controle concentrado de constitucionalidade, por ofensa à reserva legal.

Sobre a temática, assevera VICENTE RÁO que

“Ao exercer a função de regulamentar, não deve pois, o Executivo criar direitos ou obrigações novas, que a lei não criou; ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações constantes da lei; ordenar ou proibir o que a lei não ordena ou não proíbe, facultar ou vedar de modo diverso do estabelecido em lei, extinguir ou anular direitos ou obrigações que a lei conferiu, criar princípios novos, diversos, alterar a forma que, segundo a lei, deve revestir um ato, atingir, atingindo por qualquer modo, o espírito da lei” (‘O Direito e a Vida dos Direitos’, v. 1, RT, 3ª edição, p.273).

No esteio da lição perfilada pelo ilustre jurista pátrio escreve MARCELLO CAETANO, para quem:



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

“(…) em sentido material o regulamento tem afinidades com a lei, em virtude de sua generalidade, pois os regulamentos possuem sempre carácter genérico. Mas distingue-se dela por faltar novidade, visto suas normas serem, pelo que toca a limitação de direitos individuais, simples desenvolvimento ou aplicação de outras normas, essas inovadoras” (“Manual de Direito Administrativo”, Almedina, Coimbra, vol.1, p.97, 1990).

Outra não é a lição de J.J. GOMES CANOTILHO:

“(…) para restringir o amplo grau de liberdade de conformação normativa da administração, pouco compatível com um Estado de direito democrático, a CRP utilizou três instrumentos: (1) a reserva de lei (= reserva constitucional de lei = reserva horizontal de lei = reserva formal de lei) através da qual a Constituição reserva à lei a regulamentação de certas matérias; (2) congelamento do grau hierárquico, dado que, de acordo com este princípio, regulada por lei uma determinada matéria, o grau hierárquico da mesma fica congelado e só uma outra lei poderá incidir sobre o mesmo objecto (cfr. art. 112.º/6); (3) precedência da lei ou primariedade da lei (= reserva vertical de lei), pois não existe exercício de poder regulamentar sem fundamento numa lei prévia anterior (art. 112.º/8)”. (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 809 e ss, Almedina, 4ª ed.)

Ademais, como decorrência, prossegue o autor lusitano lembrando:



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

“(...) o princípio da complementaridade ou acessoriedade dos regulamentos. O regulamento é sempre um acto normativo da administração sujeito a lei, complementar da lei. O sentido da complementaridade dos regulamentos não é o de a CRP (cfr. art. 199) legitimar apenas os regulamentos de execução (regulamentos necessários para as leis serem convenientemente executadas e que a administração deve editar por iniciativa própria). Abrangem-se também os regulamentos complementares (...) Ademais, existe também no ordenamento o princípio do congelamento do grau hierárquico. Quando uma matéria tiver sido regulada por acto legislativo, o grau jurídico desta regulamentação fica congelado, e só um outro acto legislativo poderá incidir sobre a mesma matéria, interpretando, alterando, revogando ou integrando a lei anterior. Os princípios da tipicidade e da preeminência da lei justificam logicamente o princípio do congelamento do grau hierárquico: uma norma legislativa nova, substitutiva, modificativa ou revogatória de outra, deve uma hierarquia normativa pelo menos igual à da norma que se pretende alterar, revogar, modificar ou substituir.”

KONRAD HESSE, de modo escorreito ('Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha', Sergio Antonio Fabris ed., p. 386, 1998, Porto Alegre), possui lição idêntica. Vejamos:

"O conhecimento da função da legislação no quadro da ordem democrática e estatal-jurídica da Lei



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

Fundamental deixa, mesmo tempo, aparecer mais claramente as bases e o significado dos institutos da primazia e da reserva da lei. A lei tem, segundo o artigo 20 da Lei Fundamental, primazia sobre todos os atos estatais restantes, porque ela se realizou sobre a base da legitimação democrática direta e em formas democráticas de formação de vontade política e porque sua primazia é pressuposto de seu efeito racionalizador assegurador da liberdade. A reserva (geral) da lei é uma reserva da decisão de questões fundamentais acessíveis a uma normalização no procedimento legislativo pelo legislador."

Não por acaso, PAOLO BARILE chama os regulamentos de normação sub-primária, sendo a lei a norma primária por excelência ('Istituzioni Di Diritto Pubblico', p. 402, 1998, 8.ª ed., CEDAM). E classifica de 'maior' o indirizzo político advindo da lei e de 'menor' o indirizzo político advindo da função administrativa.

Neste mesmo sentido a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO para quem se exige

"lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados. É que a Constituição brasileira, seguindo tradição já antiga, firmada por suas antecedentes republicanas, não quis tolerar o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas. (...) Nisto se revela a função regulamentar, no Brasil, cinge-se exclusivamente à produção destes atos normativos que sejam requeridos para "fiel execução" da lei. Ou seja: entre



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

nós, então, como se disse, não há lugar senão para os regulamentos que a doutrina estrangeira designa como “executivos” (“Curso de Direito Administrativo”, p. 338/339, 25ª ed., Malheiros, 2007).

Neste sentido, aliás, enuncia a jurisprudência que:

“(…) o princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal” (STF, AgR-QO-AC 1.033-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 25-05-2006, v.u., DJ 16-06-2006, p. 04).

Colocadas essas premissas, passemos à análise das violações aos dispositivos da Constituição Bandeirante.

**IV – DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA –
NECESSIDADE DE LEI EM SENTIDO FORMAL PARA A DISCIPLINA DE
REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES**

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”.

O art. 144 da Constituição Estadual, que determina a observância na esfera municipal, além das regras da Constituição Estadual, dos princípios da Constituição Federal, é denominado “*norma estadual de caráter remissivo, na medida em que, para a disciplina dos limites da autonomia municipal, remete para as disposições constantes da Constituição Federal*”, como averbou o Supremo Tribunal Federal ao credenciar o controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal por esse ângulo” (STF, Rcl 10.406-GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, 31-08-2010, DJe 06-09-2010; STF, Rcl 10.500-SP, Rel. Min. Celso de Mello, 18-10-2010, DJe 26-10-2010).

Daí decorre a possibilidade de contraste dos atos normativos impugnados com o art. 144 da Constituição Estadual, por sua remissão à Constituição Federal, se a tanto não bastassem como parâmetros, nesta ação, os arts. 5º, 24, § 2º, 4 e 111 da Constituição Estadual.

A autonomia municipal é condicionada pelo art. 29 da Constituição da República. O preceito estabelece que a Lei Orgânica Municipal e sua legislação devem observância ao disposto na Constituição Federal e na respectiva Constituição Estadual, sendo reproduzido pelo art. 144 da Constituição do Estado.

Eventual ressalva à aplicabilidade das Constituições Federal e Estadual só teria, *ad argumentandum tantum*, espaço naquilo que a própria Constituição da República reservou como privativo do Município, não podendo alcançar matéria não inserida nessa reserva nem em assunto sujeito aos parâmetros limitadores da auto-organização municipal ou aqueles que contém remissão expressa ao direito estadual.



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

Pois bem.

Os dispositivos contidos no Decreto Executivo ora impugnado mantêm incompatibilidade vertical com o princípio da legalidade – porque a reserva legal exige lei em sentido formal para a disciplina de regime jurídico (art. 24, § 2º, 4, CE/89 e art. 61, § 1º, II, “c”, CF/88) – e o seu tratamento por decreto implica *de per si* invasão e delegação do espaço reservado à lei e, em *ultima ratio*, violação contundente à cláusula da separação de poderes (art. 5º, CE/89).

Ponto elementar relacionado à disciplina de regras relativas a regime jurídico de servidores é a necessidade de a lei específica – no sentido de reserva legal ou de lei em sentido formal, ou, ainda, de princípio da legalidade absoluta ou restrita, como ato normativo produzido no Poder Legislativo mediante o competente e respectivo processo – estabelecer regras relativas a responsabilidades, penalidades, sindicâncias e processo disciplinar.

Nem se alegue que ao Chefe do Poder Executivo remanesce competência para organizar a administração, sob pena de convalidar a invasão de matéria sujeita exclusivamente à reserva legal.

A possibilidade de regulamento autônomo para disciplina da organização administrativa não significa a outorga de competência para o Chefe do Poder Executivo fixar regras relativas a responsabilidades, penalidades, sindicâncias e processo disciplinar.

A alegação cede à vista do art. 61, § 1º, II, c, da Constituição Federal, e do art. 24, § 2º, 4, que, em coro, exigem lei em sentido formal.

Regulamento administrativo (ou de organização) contém normas sobre a organização administrativa, isto é, a disciplina do modo de prestação do serviço e das relações intercorrentes entre órgãos, entidades



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

e agentes, e de seu funcionamento, sendo-lhe vedado criar cargos públicos, somente extingui-los desde que vagos (arts. 48, X, 61, § 1º, II, a, 84, VI, b, Constituição Federal; art. 47, XIX, a, Constituição Estadual) ou para os fins de contenção de despesas (art. 169, § 4º, Constituição). Bem explica Celso Antonio Bandeira de Mello que o regulamento previsto no art. 84, VI, a, da Constituição, é:

“(…) mera competência para um arranjo intestino dos órgãos e competências já criadas por lei’, como a transferência de departamentos e divisões, por exemplo (Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2006, 21ª ed., pp. 324-325).

Neste sentido, pronuncia o Supremo Tribunal Federal:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PODER EXECUTIVO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECRETOS 26.118/05 E 25.975/05. REESTRUTURAÇÃO DE AUTARQUIA E CRIAÇÃO DE CARGOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. INOCORRENTE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO. I - A Constituição da República não oferece guarida à possibilidade de o Governador do Distrito Federal criar cargos e reestruturar órgãos públicos por meio de simples decreto. II - Mantida a decisão do Tribunal a quo, que, fundado em dispositivos da Lei Orgânica do



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

DF, entendeu violado, na espécie, o princípio da reserva legal. III - Recurso Extraordinário desprovido” (STF, RE 577.025-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 11-12-2008, v.u., DJe 0-03-2009).

“1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Condição. Objeto. Decreto que cria cargos públicos remunerados e estabelece as respectivas denominações, competências e remunerações. Execução de lei inconstitucional. Caráter residual de decreto autônomo. Possibilidade jurídica do pedido. Precedentes. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 5º da Lei nº 1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos arts. 61, § 1º, inc. II, ‘a’, e 84, inc. VI, ‘a’, da CF. Precedentes. Ações julgadas procedentes. São inconstitucionais a lei



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

que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução” (STF, ADI 3.232-TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, 14-08-2008, v.u., DJe 02-10-2008).

Desse modo, o decreto impugnado ignorara a reserva legal estabelecida no art. art. 24, § 2º, 4 da Carta Bandeirante, aplicáveis aos Municípios por força de seu art. 144.

Ao estabelecer regras relativas a processamento, aplicação de penalidades e responsabilidades a servidor público municipal, sem que houvesse, para tanto, lei municipal anterior lhe conferindo respaldo, o ato normativo impugnado cuidou do regime jurídico dos servidores públicos, matéria que é da iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo (arts. 5º e 24, § 2º, 4, Constituição Estadual), sendo interditado seu tratamento por decreto.

Ainda que a iniciativa seja privativa do chefe do Poder Executivo, é indispensável lei formal, a ser votada, portanto, pela Câmara Municipal.

O que se constata é que se substituiu a lei exigida pelo art. 24, § 2º, 4 da Constituição Estadual por simples decreto. Em última análise, desprezou-se a atuação do poder competente para disciplinar a matéria, ou seja, o Legislativo, com sanção do Chefe do Poder Executivo, em manifesta afronta ao princípio da separação dos poderes.

Repita-se, mais uma vez, que não há previsão de competência do Prefeito Municipal para, em decreto autônomo, fixar normas sobre regime jurídico de servidor público, o que também acaba por violar o princípio da



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

legalidade contido nos arts. 5º, II, e 37 da Constituição Federal, reproduzidos na Carta Bandeirante em seu art. 111.

IV - PEDIDO LIMINAR

Presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, bastantes para autorizar a suspensão liminar da vigência e eficácia do preceito normativo impugnado.

A aparência do bom direito se mostra inquestionável pela apreciação de todos os motivos acima elencados, a demonstrar a inconstitucionalidade do decreto municipal examinado.

O perigo da demora decorre da periclitção à segurança jurídica, pois, o resultado das atividades dos órgãos incumbidos de sua efetivação gera efeito a servidores públicos da municipalidade, que podem sofrer sanções drásticas, inclusive com a pena demissão, e tem a perspectiva de sua anulação por conta da inconstitucionalidade apontada, gerando estado de incerteza e instabilidade acerca dos efeitos decorrentes.

Diante do exposto, requer-se a concessão da liminar, para fins de suspensão imediata da eficácia do Decreto nº 5.505, de 25 de março de 2008, do Município de Atibaia.

IV – PEDIDO PRINCIPAL

Diante do exposto, requer-se o recebimento e O processamento da presente ação, para que ao final seja julgada procedente, declarando a inconstitucionalidade do Decreto nº 5.505, de 25 de março de 2008, do Município de Atibaia.



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

Requer-se, ainda, sejam requisitadas informações ao Prefeito Municipal de Atibaia, bem como, em seguida, citado o Procurador-Geral do Estado para manifestar-se sobre o ato normativo impugnado, aguardando-se, posteriormente, vista para fins de manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 16 de novembro de 2017.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

ms/ns