



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 57.820/2017

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO. GRATIFICAÇÃO DE NÍVEL UNIVERSITÁRIO. CARGO DE PROVIMENTO EFETIVO. FORMAÇÃO SUPERIOR. REQUISITO DE HABILITAÇÃO PARA INVESTIDURA. IMPOSSIBILIDADE. GRATIFICAÇÃO AUFERIDA PELOS COMISSIONADOS PUROS PELO SIMPLES EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. PERCENTUAL ALEATÓRIO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, 24, §2º, 1, 111, 128 E 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

1. Gratificação de nível universitário ao servidor público titular de cargo de provimento efetivo e cuja investidura depende de diploma de curso superior (art. 157 da Lei nº 1.836, de 18 de dezembro de 1991): duplicidade de remuneração porque a formação superior é requisito de habilitação do cargo e parâmetro elementar para a fixação do vencimento, incompatível com os cânones de moralidade, razoabilidade, finalidade, e de efetivo atendimento do interesse público e das exigências do serviço;

2. Gratificação auferida pelos cargos de provimento em comissão puros pelo simples exercício de funções de assessoramento, chefia e direção (art. 3º da Lei nº 2.122, de 21 de fevereiro de 1995);



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

3. A concessão de gratificação a servidores públicos, sem critérios objetivos determinados ou que considera como critério objetivo atributo intrínseco ao exercício de qualquer função pública, viola os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade, interesse público.
4. A possibilidade de fixação aleatória de seu valor, limitado a um percentual máximo, corrompe a impessoalidade e discrepa da reserva legal absoluta e da separação de poderes;
5. Violação aos arts. 5º, 24, §2º, 1, 111, 128 e 144 da Constituição Estadual.

○ **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, inciso VI, da Lei Complementar Estadual nº 734 de 26 de novembro de 1993, e em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 129, inciso IV, da Constituição da República, e ainda no art. 74, inciso VI, e no art. 90, inciso III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado (PGJ nº 65.640/17, que segue como anexo), vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face do art. 157 da Lei nº 1.836, de 18 de dezembro de 1991 e do art. 3º da Lei nº 2.122, de 21 de fevereiro de 1995, do Município da Estância de Serra Negra, pelos fundamentos expostos a seguir:



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

1. DOS DISPOSITIVOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

O protocolado que instrui esta inicial de ação direta de inconstitucionalidade foi instaurado a partir de representação do digno Promotor de Justiça da Comarca Serra Negra, pleiteando o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade em face do art. 3º da Lei nº 2.122, de 21 de fevereiro de 1995, daquela localidade, por violação aos arts. 111, 128 e 144 da Constituição Estadual (fls. 02/09).

O art. 157 da Lei nº 1.836, de 18 de dezembro de 1991, do Município da Estância de Serra Negra, tem a seguinte redação (fls. 85/128):

“(Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Município, regulamentando o regime jurídico Único)”

(...)

Subseção IV

Da Gratificação de Nível Universitário

Art. 157 – Os funcionários titulares de cargos de provimento efetivo cuja lei criadora exija, para seu preenchimento, nível universitário, terão direito a gratificação no valor de 10 por cento sobre seu vencimento.”

O art. 3º da Lei nº 2.122, de 21 de fevereiro de 1995, do Município da Estância de Serra Negra, tem a seguinte redação (fl. 25):

“(Reorganiza cargos e salários dos quadros do pessoal da Prefeitura)”

(...)

Art. 3º - Fica autorizada a gratificação a ser concedida pelo Prefeito Municipal, **a seu critério**, a



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

funcionário em comissão, fixada, desse logo, tal gratificação, em valor **que não venha a superar** 50% (cinquenta por cento) da sua remuneração. (...)”
g.n

2. DO PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

Os dispositivos impugnados contrariam frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1º, 18, 29 e 31, da Constituição Federal.

Os preceitos da Constituição do Estado são aplicáveis aos Municípios por força de seu art. 144, que assim estabelece:

“Artigo 144 - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição”.

Os dispositivos impugnados são incompatíveis com os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

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

§ 1º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

(...)

Artigo 24 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da



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

Assembleia 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:

1 - criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;

(...)

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.”.

3. DA FUNDAMENTAÇÃO

A - Da inconstitucionalidade da gratificação de nível universitário auferida por servidores públicos titulares de cargos de provimento efetivo cuja investidura exija como requisito de habilitação formação superior



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

Inicialmente convém consignar que as 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 onerosas do servidor (*propter personam*) [Hely Lopes Meirelles. “Direito Administrativo Brasileiro”, 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 449; Diógenes Gasparini. Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2008, 13ª ed., p. 233; Marçal Justen Filho. “Curso de Direito Administrativo”, São Paulo: Saraiva, 2008, 3ª ed., p. 760].

A doutrina 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”, 26ª 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



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

servidores que apresentem idênticas circunstâncias objetivas farão jus a benefícios iguais" (Marçal Justen Filho. "Curso de Direito Administrativo", 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 761).

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 admoestar 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),



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

albergando, por exemplo, situações como risco de vida ou saúde, serviços extraordinários (prestação fora da jornada de trabalho), local de exercício ou da prestação do serviço, razão do trabalho (bancas, comissões).

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

Diante destas considerações, verifica-se incompatibilidade do art. 157 da Lei nº 1.836, de 18 de dezembro de 1991, do Município da Estância de Serra Negra.

Com efeito, o dispositivo impugnado concede gratificação de nível universitário ao servidor público titular de cargo de provimento efetivo, cuja lei criadora exija, para seu preenchimento, nível universitário.

Assim, a previsão legal é incompatível com os arts. 111 e 128 da Constituição Estadual.

O servidor público titular de cargo de provimento efetivo cuja investidura exija como requisito de habilitação formação superior já é remunerado para tanto pelo vencimento fixado nos termos dos arts. 132 a



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

136 da Lei nº 1.836, de 18 de dezembro de 1991, do Município da Estância de Serra Negra.

Se a formação superior é requisito de habilitação do cargo e parâmetro elementar para a fixação do vencimento, como determina o art. 39, § 1º, II, da Constituição Federal, sua instituição é destituída de justa causa.

Reiterando os fundamentos acima desenvolvidos sobre os parâmetros materiais para fixação de vantagens pecuniárias em favor dos servidores públicos, observo que a outorga de gratificação de nível universitário àquele cuja investidura em cargo público de provimento efetivo dependeu de formação superior 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.

Cabe ressaltar que a moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do *"bom administrador"*. Quando se trata da gestão do patrimônio público, todas as condutas devem concorrer para a criação do bem comum, e, para tanto, devem observar não somente o que é lícito ou ilícito, o justo ou injusto, mas atender a critérios morais que hoje dão valor jurídico à vontade psicológica do administrador. A gestão do dinheiro público exige do administrador prudência muito maior do que aquela que empregamos na gestão dos nossos bens.



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

Hoje a moralidade administrativa foi erigida em fator de legalidade não só do ato administrativo, mas também da produção normativa.

Assim, a instituição da gratificação de nível universitário ao servidor público titular de cargo de provimento efetivo cuja investidura exija como requisito de habilitação formação superior não se conforma com a moral administrativa e com o interesse público.

A necessidade de se verificar se a vantagem pecuniária atende efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço está motivada pela sobriedade e prudência que os Municípios devem ter em relação à gestão do dinheiro público. Não se desconsidera a importância e necessidade de bem remunerar os servidores públicos, no entanto, devem ser observados os princípios orientadores da Administração Pública, constitucionalmente previstos.

Ademais, o dispositivo impugnado que possibilita o pagamento de gratificação de nível universitário ao servidor público titular de cargo de provimento efetivo cuja investidura exija como requisito de habilitação formação superior contraria o princípio da razoabilidade, que devem nortear a Administração Pública e a atividade legislativa e tem assento no art. 111 da Constituição do Estado, aplicável aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta.

Por força desse princípio, é necessário que a norma passe pelo denominado “teste” de razoabilidade, ou seja, que ela seja: (a) necessária (a partir da perspectiva dos anseios da Administração Pública); (b) adequada (considerando os fins públicos que com a norma se pretende alcançar); e (c) proporcional em sentido estrito (que as restrições,



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

imposições ou ônus dela decorrentes não sejam excessivos ou incompatíveis com os resultados a alcançar).

A gratificação de nível universitário auferido pelo servidor público titular de cargo de provimento efetivo cuja investidura exija como requisito de habilitação formação superior não passa por nenhum dos critérios do teste de razoabilidade: (a) não atende a nenhuma necessidade da Administração Pública, vindo em benefício exclusivamente da conveniência dos servidores públicos beneficiados por essa vantagem pecuniária; (b) é, por consequência, inadequada na perspectiva do interesse público; (c) é desproporcional em sentido estrito, pois cria ônus financeiros que naturalmente se mostram excessivos e inadmissíveis, tendo em vista que significa duplicidade de remuneração pelo mesmo fator.

Bem observa Wellington Pacheco Barros, destacado Professor e Desembargador:

“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



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

de um cargo público” (*O município e seus agentes*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 128).

Vale lembrar o ensinamento de Hely Lopes Meirelles criticando a excessiva liberalidade da Administração Pública na concessão de vantagens pecuniárias “anômalas”, sem qualquer razão de interesse público:

“Além dessas vantagens, que encontram justificativa em fatos ou situações de interesse administrativo, por relacionadas direta ou indiretamente com a prestação do serviço ou com a situação do servidor, as Administrações têm concedido vantagens anômalas, que refogem completamente dos princípios jurídicos e da orientação técnica que devem nortear a retribuição do servidor. Essas vantagens anômalas não se enquadram quer como adicionais, quer como gratificações, pois não têm natureza administrativa de nenhum destes acréscimos estipendiários, apresentando-se como liberalidades ilegítimas que o legislador faz à custa do erário, com o só propósito de cortejar o servidor público” (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2008, 34^a ed., p. 495).

Não se deve olvidar ainda neste concerto clássica admoestação salientando que:

“(…) a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação” (Maria



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

Sylvia Zanella Di Pietro. *Discrecionariade administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 1991, p. 111).

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

Por fim, esse E. Tribunal de Justiça em casos semelhantes assim se pronunciou:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigos 184 a 187, da Lei Complementar nº 26, de 27 de junho de 2008, na redação dada pela Lei Complementar nº 106, de 22 de dezembro de 2015, do Município de Itapetininga – Servidor público – Vantagens pecuniárias – Cargos de provimento em comissão – Gratificação de representação – Ofensa aos princípios da separação de Poderes e legalidade – Violação à reserva de lei – Cargos de provimento efetivo – **Adicional de nível universitário** – Vantagem concedida a servidores cuja graduação é condição sine qua non para investidura no cargo público – Não atendimento ao interesse público e às exigências do serviço – Vedação constitucional - Violação aos artigos 5º, 24, §2º, 111, e 128, da Constituição Estadual. Irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé, diante da natureza alimentar. Pedido procedente, com observação”. (TJ/SP, ADI nº 2117789-



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

93.2017.8.26.0000, Des. Rel. Ricardo Anafe, julgada em 20 de setembro de 2017) g.n

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Art. 6º, caput e §§1º a 4º da Lei nº 2.037, de 15.04.92, de Cubatão, dispondo sobre "a concessão de **gratificação por nível universitário de 30%** (trinta por cento), aos servidores que possuam esse título e exerçam cargo ou função que exija essa qualificação". Inconstitucionalidade material. Benefício genérico, pago mediante mera apresentação de título universitário, em favor de servidores titulares de funções e cargos cujo provimento já demanda nível superior de escolaridade. Descabimento. Vantagem não atende ao interesse público ou às exigências do serviço. Ofensa a princípios constitucionais, mormente os da moralidade, razoabilidade, interesse público e eficiência. Configurada violação aos arts. 111 e 128 da Constituição Estadual. Precedentes. Modulação. Descabimento. Efeitos. Invalidação da norma ex tunc, ressalvada a não repetição dos valores percebidos de boa-fé até a data do presente julgamento. Ação procedente, com observação”. (TJ/SP, ADI nº 211900-95.2016.8.26.0000, Des. Rel. Evaristo dos Santos, julgada em 09 de novembro de 2016) g.n

Posto isso, é de rigor a declaração de inconstitucionalidade do art. 157 da Lei nº 1.836, de 18 de dezembro de 1991, da Estância de Serra Negra.



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

B – Da inconstitucionalidade das expressões “a seu critério” e “que não venha a superar” e da extensão da concessão da gratificação aos cargos em comissão puros, nos termos do art. 3º da Lei nº 2.122, de 21 de fevereiro de 1995, do Município da Estância de Serra Negra

Observa-se que o art. 3º da Lei nº 2.122, de 21 de fevereiro de 1995, do Município da Estância de Serra Negra, estabelece gratificação pelo exercício do servidor, puro ou de carreira, em cargo em comissão, a critério do Prefeito e em valor que não venha a superar 50% (cinquenta por cento) da sua remuneração.

Ressalta-se, ainda, que o próprio Prefeito afirma que a gratificação em questão é percebida também “por ocupante de cargo exclusivamente em comissão de acordo com a função que é designado a desempenhar” (fl. 140).

A concessão da gratificação acima para os comissionados puros viola o art. 111 e o art. 128 da Constituição Estadual.

Com efeito, os cargos em comissão são considerados especiais por natureza, sendo exceções à regra do concurso público. A natureza das atividades exercidas pelo detentor de cargo em comissão (de chefia, assessoramento e direção) já compreendem o exercício de um encargo diferenciado de serviços, de natureza própria e especial.

Os servidores comissionados puros justamente por trabalharem em regime especial, não podem ser gratificados pelas atribuições que são inerentes ao próprio cargo, isto é, assessoramento, chefia ou direção.

Assim, o dispositivo normativo impugnado, no que tange apenas a gratificação concedida aos comissionados puros, conferiu indiscriminado aumento indireto e dissimulado da remuneração, estando alheia aos



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

parâmetros de razoabilidade, interesse público e necessidade do serviço que devem presidir a concessão de vantagens pecuniárias aos servidores públicos, conforme alude o artigo 128 da Constituição Bandeirante.

Desta forma, há necessidade de declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 3º da Lei nº 2.122, de 21 de fevereiro de 1995, do Município da Estância de Serra Negra, a fim de excluir os comissionados puros de auferirem a gratificação pelo simples exercício de cargo em comissão.

Destaca-se, ainda, as expressões “a seu critério” e “que não venha a superar”, insertas no art. 3º da Lei nº 2.122 de 21 de fevereiro de 1995, do Município da Estância de Serra Negra, são inconstitucionais.

A permissão de que o valor da gratificação seja fixado a partir de percentuais variáveis aplicáveis aos vencimentos por critério do Chefe do Poder Executivo não atende os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade na Administração Pública, previstos nos arts. 24, § 2º, 1, 111, 115, XI, e 128, da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por obra de seu art. 144.

Resulta dos arts. 24, § 2º, 1, 111, e 115, XI, da Constituição Paulista, que os vencimentos dos servidores públicos devem ser fixados em lei específica, assim como as vantagens pecuniárias (art. 128), até porque *accessorium sequitur principale*. De qualquer modo, nessa compreensão incluem-se as vantagens pecuniárias e seus respectivos valores porque a dimensão da reserva de lei - da tradição jurídico-constitucional brasileira (art. 15, n. 17, Constituição de 1824; art. 34, n. 24, art. 72, n. 32, Constituição de 1891; art. 65, IV, Constituição de 1946; arts. 43, V, e 57, II, Constituição de 1967; art. 37, X, Constituição de 1988) - abrange quaisquer espécies remuneratórias e, aliás, quaisquer estipêndios pagos



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

pelo poder público sob qualquer rubrica, alcançando acréscimos e vantagens pecuniários, indenizações, auxílios, abonos.

Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: se à lei é reservada, com exclusividade, a função de fixação da remuneração do servidor público, inclusiva de seu valor, pela mesma razão, pertence-lhe fixar adicional ou da gratificação e seu valor (ainda que fracionário ou percentual e até com diferenciações em razão do cargo situar-se em maior ou menor grau de hierarquia, de complexidade etc.), sob pena de inviabilidade do planejamento e da execução orçamentária (art. 169, Constituição Estadual).

A estipulação dos valores da gratificação confiada ao arbítrio do Chefe do Poder Executivo não se afina ao princípio da legalidade remuneratória atinente aos servidores públicos (decorrência do princípio da legalidade administrativa).

A escolha aleatória, subjetiva, pessoal e diferenciada dos percentuais da gratificação não se amolda às exigências da moralidade e impessoalidade na medida em que é permeável a critérios desprovidos de objetividade, neutralidade, imparcialidade, igualdade e impessoalidade. Na compreensão do princípio da impessoalidade está, entre outros, a matriz da igualdade, repudiando tratamentos discriminatórios desprovidos de relação lógica e proporcional entre o fator de discriminação e a sua finalidade.

A previsão legal impugnada possibilita, portanto, ao Chefe do Poder Executivo local atribuir diferentes percentuais (referentes à gratificação) sem qualquer critério objetivo ou por critérios sigilosos ou subjetivos, expondo a Administração Pública a tratamentos desigualitários,



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

imorais, desarrazoados e, sobretudo, distantes do interesse público primário.

Em casos semelhantes, assim se pronunciou esse egrégio Tribunal de Justiça:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Expressões 'comissionados' e 'de até 100% (cem por cento)' do art. 6º da Lei nº 1.133, de 11 de setembro de 1989, na redação dada pela Lei nº 2.344, de 22 de novembro de 2016. Servidor público. Cargo em comissão. Remuneração. Gratificação. Dedicção plena. Percentual aleatório. Art. 107 da Lei Complementar nº 13, de 18 de julho de 1995, na redação dada pelo art. 2º da Lei Complementar nº 114, de 21 de fevereiro de 2017. Licença para tratar de assunto particular. Obrigatoriedade de concessão. Preliminar. Lei nº 1.133, de 11 de setembro de 1989. Lei anterior à Constituição do Estado de São Paulo. Inviável o controle de constitucionalidade. Pedido não conhecido, neste ponto. A instituição de gratificação pecuniária não é um simples meio de aumentar os vencimentos dos servidores públicos. Além de descrever o fato que gera o direito a seu recebimento, deverá ser pautada pela fixação de critérios idôneos para sua concessão e ter nexos com a atividade desenvolvida. A atividade desempenhada pelo titular do cargo em comissão pressupõe a exclusividade da prestação de serviço apenas para a Administração Pública, sendo vedado ter outro emprego. Sua remuneração já abrange todos os encargos e responsabilidades



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

possíveis. **Além disso, os percentuais da gratificação variam até 100 e podem ser fixados discricionariamente pelo Chefe do Executivo, movido por critérios puramente subjetivos, o que por si só é inaceitável do ponto vista racional, pois servidores que se encontram na mesma situação jurídica podem receber, por mera liberalidade do prefeito, a vantagem em grau máximo, enquanto que um seu colega sequer a receba ou a receba em percentual menor, por mero capricho ou perseguição do prefeito.** Princípios da razoabilidade, moralidade e interesse público violados. Violação aos arts. 111, 128 e 144, da CE/89. Com relação ao art. 107 da Lei Complementar nº 13/95, com as alterações promovidas pelas Leis Complementares nº 113/16 e nº 114/17, o pedido é improcedente. Ao contrário do afirmado pelo autor, a concessão da licença para tratamento de assunto particular não fica ao exclusivo arbítrio do servidor público. Como pode se observar da leitura do § 1º do art. 107, seu gozo está sujeito a ato discricionário do Chefe do Executivo, pois 'a licença não será concedida quando o afastamento do funcionário for inconveniente ao serviço público'. Ação parcialmente procedente." (TJ/SP, ADI nº 2064288-30.2017.8.26.0000, Des. Rel. Carlos Bueno, julgada em 18 de outubro de 2017) g.n

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 30, § 3º e § 4º, da Lei Complementar nº 3.063, de 29 de maio de 2013, do Município de Pederneiras.



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

Criação de acréscimo salarial, de até 60% (sessenta por cento), da remuneração de servidor público municipal que venha a ser designado para o exercício de função gratificada, pago em parcela única não incorporável. Gratificação concedida de forma genérica, sem explicitação dos motivos e dos requisitos necessários ao seu pagamento. Delegação ao Chefe do Poder Executivo da competência para definir os critérios de concessão da gratificação, através da portaria de designação do servidor. Desatendimento dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da prevalência do interesse público. Afronta aos artigos 24, § 2º, 1, 111, 128 e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo. Ação procedente, declarada a inconstitucionalidade dos § 3º e § 4º, do artigo 30, da Lei Complementar nº 3.063, de 29 de maio de 2013, do Município de Pederneiras, com efeito "extunc", assegurada a não repetição dos valores recebidos de boa-fé até a data do presente julgamento". (TJ/SP, ADI nº 2237839-85.2016.8.26.0000, Des. Rel. Tristão Ribeiro, julgada em 28 de junho de 2017)

“Ação direta de inconstitucionalidade. Propositura fundada na edição de norma que criou gratificação, em valor aleatório, destinada a ocupantes de cargos de provimento em comissão lotados nos gabinetes dos vereadores, membros da Mesa e das lideranças partidárias. Afronta aos princípios da moralidade, razoabilidade e finalidade, bem como à exigência



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

do serviço e ao interesse público. Inconstitucionalidade manifesta. Inteligência dos artigos 111, 128 e 144 da Constituição Estadual. Ação julgada procedente, com efeito ex tunc, ressalvada a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé até a data do julgamento desta ação". (TJ/SP, ADI nº 2010945-22.2017.8.26.0000, Des. Rel. Sérgio Rui)

Em concurso, patenteada infração aos arts. 5º e 24, § 2º, 1, da Constituição Estadual. A transferência ao Chefe do Poder Executivo de missão inerente ao Poder Legislativo - de definição do percentual devido a título de gratificação a cada servidor público a partir de critérios objetivos, impessoais, abstratos – viola o princípio da separação dos poderes.

É do domínio exclusivo da lei a disciplina integral da essência da matéria. Porém, as expressões impugnadas delegam ao Chefe do Poder Executivo parcela de função intransmissível do Poder Legislativo, a quem compete fixar os valores da gratificação instituída ou, quando muito, mediante parâmetros objetivos previamente dispostos, exigir regulamentação subalterna a respeito.

Trata-se, sem dúvida, de renúncia de competência exclusiva do Poder Legislativo para fixação impessoal, abstrata e genérica do valor da gratificação, que não se amolda ao princípio da separação dos poderes.

Desta forma, é de rigor a declaração de inconstitucionalidade das expressões "a seu critério" e "que não venha a superar", insertas no art. 3º da Lei nº 2.122, de 21 de fevereiro de 1995, da Estância de Serra Negra.



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

4. DOS PEDIDOS

a. Do pedido liminar

À saciedade demonstrado o *fumus boni iuris*, pela ponderabilidade do direito alegado, soma-se a ele o *periculum in mora*. A atual tessitura dos dispositivos impugnados, apontado como violador de princípios e regras da Constituição do Estado de São Paulo é sinal, de per si, para suspensão de sua eficácia até final julgamento desta ação porque permite dispêndio público de maneira ilegítima, periclitando as forças do erário com a potencialidade real e concreta de danos irreversíveis ou de difícil reparação.

O perigo da demora decorre, especialmente, da ideia de que, sem a imediata suspensão da vigência e da eficácia dos dispositivos normativos questionado, continuarão sendo aplicadas. Serão realizadas despesas que, dificilmente, poderão ser revertidas aos cofres públicos na hipótese provável de procedência da ação direta.

Basta lembrar que os pagamentos relativos a gratificação de nível universitário aos servidores públicos titulares de cargos de provimento efetivo cuja investidura exija como requisito de habilitação formação superior, bem como a gratificação paga aos comissionados puros, a critério do Prefeito, não serão revertidos ao erário pela argumentação usual, em casos desta espécie, no sentido do caráter alimentar da prestação.

A ideia do fato consumado, com repercussão concreta, guarda relevância para a apreciação da necessidade da concessão da liminar na ação direta de inconstitucionalidade.

Note-se que, com a procedência da ação, pelas razões declinadas, não será possível restabelecer o *status quo ante*.



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

Assim, a imediata suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados evitaram a ocorrência de maiores prejuízos, além dos que já se verificaram.

À luz deste perfil, requer-se a concessão de liminar para suspensão da eficácia, até final e definitivo julgamento desta, do art. 157 da Lei nº 1.836, de 18 de dezembro de 1991, bem como das expressões “a seu critério” e “que não venha a superar”, inclusas no art. 3º da Lei nº 2.122, de 21 de fevereiro de 1995, do Município da Estância de Serra Negra.

Requer, ainda, concessão de liminar em relação ao art. 3º da Lei nº 2.122, de 21 de fevereiro de 1995, a fim de excluírem os comissionados puros de auferirem a gratificação contida no citado dispositivo.

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 seja julgada procedente para:

a) declarar a inconstitucionalidade do art. 157 da Lei nº 1.836, de 18 de dezembro de 1991, bem como das expressões “a seu critério” e “que não venha a superar”, inclusas no art. 3º da Lei nº 2.122, de 21 de fevereiro de 1995, do Município da Estância de Serra Negra;

b) declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 3º da Lei nº 2.122, de 21 de fevereiro de 1995, do Município da Estância de Serra Negra, a fim de excluir os comissionados puros de auferirem a gratificação contida no citado dispositivo.

Requer-se ainda que sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal da Estância de Serra Negra, bem como



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

posteriormente citado o Procurador-Geral do Estado para manifestar-se sobre os dispositivos normativos impugnados.

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

Termos em que,

Aguarda-se deferimento.

São Paulo, 30 de outubro de 2017.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

ms/mi