



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

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

Protocolado n. 63.743/17

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 11, DE 20 DE MAIO DE 2014, DO MUNICÍPIO DE TIETÊ. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO PÚBLICO. REGRA DA INVESTIDURA MEDIANTE APROVAÇÃO PRÉVIA EM CONCURSO PÚBLICO. INADMISSIBILIDADE DE TRÂNSITO DO REGIME CELETISTA, POR OPÇÃO, PARA O REGIME ESTATUTÁRIO AO SERVIDOR QUE NÃO SEJA TITULAR DE CARGO PÚBLICO DE PROVIMENTO EFETIVO, INVESTIDO MEDIANTE PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE, RAZOABILIDADE, AO INTERESSE PÚBLICO E ÀS EXIGÊNCIAS DO SERVIÇO. GRATIFICAÇÃO POR DEDICAÇÃO EXCEPCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE INSTITUIR GRATIFICAÇÃO PARA CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO QUE JÁ EXIGEM ENCARGOS DIFERENCIADOS DE SERVIÇO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA NO TRABALHO NO DIA DO ANIVERSÁRIO DO SERVIDOR. VANTAGEM PESSOAL QUE NÃO ATENDE AO INTERESSE PÚBLICO E ÀS EXIGÊNCIAS DO SERVIÇO. REDUÇÃO GRATUITA DA JORNADA DE TRABALHO DE CARGOS PÚBLICOS DETERMINADOS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, FINALIDADE, INTERESSE PÚBLICO E RAZOABILIDADE.

1. Viola a regra da investidura em cargo público de provimento efetivo mediante aprovação em concurso público, que se inspira nos princípios de moralidade, impessoalidade e eficiência, a opção pelo regime



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

estatutário aos servidores que não são titulares de cargos de provimento efetivo, investidos mediante aprovação prévia em concurso público.

2. Gratificação de produtividade. Concessão de vantagem pecuniária 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 e interesse público.

3. Gratificação por dedicação excepcional. Impossibilidade de instituir gratificação para cargos de provimento em comissão: a natureza das atividades exercidas pelo detentor de cargo em comissão já compreende o exercício de um encargo diferenciado de serviços, de natureza própria e especial. Fixação do *quantum* da gratificação, cujo percentual é livre e subjetivamente escolhido, possibilitando designação aleatória, subjetiva, pessoal e diferenciada dos percentuais de gratificação, agravada com ofensa à legalidade, à moralidade, à impessoalidade e ao interesse público.

4. A possibilidade de o servidor se ausentar do serviço no dia do respectivo aniversário, sem a caracterização de falta, extrapola a razoabilidade e viola os princípios da moralidade e do interesse público.

5. Redução gratuita da jornada de trabalho de cargos públicos determinados. Ausência de justificativa consistente e violação aos princípios constitucionais da Administração Pública, como moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público.

6. Constituição Estadual: arts. 5º, 24, § 2º, 1, 111, 115, II e XVI, 127, 128 e 144.



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

O **Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, VI da Lei Complementar Estadual n. 734, de 26 de novembro de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo), em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º e 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 presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face do inciso VII do art. 71, dos arts. 80, 86, 87 e 88, da alínea “a” do inciso I e do parágrafo único do art. 146, e dos arts. 263, 265 e 266, da Lei Complementar n. 11, de 20 de maio de 2014, com as alterações promovidas pelas Leis Complementares n. 21, de 09 de setembro de 2014, n. 05, de 12 de março de 2015, e n. 09, de 08 de abril de 2015; e das Leis Complementares n. 30, de 05 de novembro de 2014, n. 12, de 07 de maio de 2015 e n. 04, de 29 de março de 2016, todas do Município de Tietê, pelos fundamentos a seguir expostos:

I – ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS.

A Lei Complementar n. 11, de 20 de maio de 2017, do Município de Tietê, que “*Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Tietê e dá outras providências*”, em sua redação original, estabeleceu (fls. 28/94):

“(…)”



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

Art. 71 - Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei Complementar, serão concedidas aos servidores públicos as seguintes gratificações:

(...)

VII - abono produtividade;

(...)

Art. 80 - Ao servidor público investido em cargo em comissão poderá ser concedida, a critério do Prefeito, do Presidente da Câmara ou dos Dirigentes das entidades da Administração Indireta, gratificação por dedicação excepcional correspondente a até 50% (cinquenta por cento) do vencimento do respectivo cargo.

§ 1º - Fará jus à gratificação prevista no caput deste artigo o servidor público que demonstrar, no exercício de suas funções, dedicação excepcional e desempenho destacado.

§ 2º - A Gratificação por dedicação excepcional se incorpora ao vencimento do servidor público nos termos da lei.

(...)

Art. 86 - O abono produtividade consiste em uma quantia em dinheiro, calculada nos moldes da gratificação natalina, percebida pelo servidor público no período de janeiro a dezembro de cada exercício.

§ 1º - Para efeito de apuração dos requisitos para a concessão do benefício em causa, o período a ser



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

considerado é de 1º (primeiro) de janeiro a 31 (trinta e um) de dezembro.

§ 2º - O pagamento do abono será efetuado na 2ª (segunda) quinzena do mês de fevereiro de cada exercício.

Art. 87 - A concessão do abono produtividade observará, em cada período, os critérios seguintes:

I - pagamento integral ao servidor público que, no correspondente exercício:

- a) não tenha sofrido qualquer pena disciplinar transitada em julgado para a administração pública direta e indireta;
- b) não tenha faltado injustificadamente ao serviço;
- c) não ultrapassar o limite de 05 (cinco) faltas médicas, consecutivas ou não;

II - perda de 50% (cinquenta por cento) do benefício, quando o servidor público, no correspondente exercício houver:

- a) sofrido pena de advertência transitada em julgado para a administração pública direta ou indireta;
- b) ultrapassar o limite de 05 (cinco) faltas médicas, registrando, no máximo, até 10 (dez) faltas dessa natureza, consecutivas ou não.

III - perda integral do benefício, quando o servidor público, no correspondente exercício houver:



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

- a) sofrido pena de suspensão ou demissão, transitada em julgado para a administração direta ou indireta;
- b) faltado injustificadamente ao serviço por 01 (um) ou mais dias ou, ainda, por períodos de ausência e/ou atrasos cuja somatória totalize uma ou mais jornadas diárias;
- c) ultrapassado o limite de 10 (dez) faltas médicas, consecutivas ou não.

§ 1º - O abono produtividade não será, ainda, conferido ao servidor público:

I - readaptado para função diversa daquela para a qual foi admitido, enquanto perdurar a readaptação, salvo se decorrente de acidente de trabalho;

II - que, tendo sido aposentado pelo regime geral da Previdência Social ou por regime próprio dos servidores públicos da União, Estados ou Municípios, venha a ocupar cargo ou emprego público na Administração Municipal;

III - que tenha se afastado ou permanecido em afastamento por motivo de auxílio doença previdenciário dentro do período.

§ 2º - As faltas a que alude os incisos I, alínea "c", II, alínea "b", e III, alínea "c", abrangem as que tenham sido abonadas pela Administração Pública Direta ou Indireta, inclusive por motivo de doença, comprovado por atestado médico.



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

§ 3º - Não serão consideradas como faltas, para os efeitos dos incisos e alíneas, referidos no parágrafo anterior:

I - as ausências verificadas em razão de concessões e licenças, exceto as previstas nos incisos VI e VII do artigo 115;

II - o período de tempo referente:

a) ao cumprimento das exigências do serviço militar;

b) ao gozo de férias;

III - os dias em que o servidor estiver afastado por auxílio doença acidentário, e, em decorrência de:

a) epidemia médica

b) pandemia;

c) doenças infectocontagiosas;

d) cirurgias de urgência.

§ 4º - O servidor público que exceder o limite de faltas previsto no inciso I, alínea "c", no inciso II, alínea "b" e no inciso III, alínea "c" poderá requerer a avaliação dos atestados apresentados pelo serviço da junta médica oficial, que justificadamente abonará ou não as referidas faltas.

Art. 88 - Fica autorizada a utilização do banco de horas para compensação de ausências dos servidores públicos, para efeito do disposto no artigo anterior.

§ 1º - Somente poderão ser computadas no banco de horas as ausências do servidor público justificadas ou abonadas.



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

§ 2º - Para cada total de horas de ausências correspondentes à jornada diária do servidor público será computado 01 (um) dia de falta.

§ 3º - Nenhum afastamento por motivo de saúde, superior a 03 (três) dias, será concedido sem a prévia aprovação do serviço de junta médica oficial, a ser regulamentado por Decreto.

(...)

Art. 146 - Sem qualquer prejuízo, poderá o servidor público ausentar-se do serviço:

I - por 01 (um) dia:

a) na data do aniversário natalício do servidor público;

(...)

Parágrafo único - Na hipótese do inciso I, alínea a, se o dia do aniversário natalício recair em sábado, domingo ou feriado, o direito à ausência estender-se-á para o primeiro dia útil subsequente, devendo o servidor informar anteriormente ao seu superior imediato a intenção de usufruir do benefício, sob a pena de perda do dia de serviço.

(...)

Art. 263 - Os servidores públicos integrantes do quadro de empregos permanentes da Prefeitura Municipal de Tietê, do Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto - SAMAE e da Câmara Municipal poderão optar pelo regime jurídico de que trata esta Lei Complementar no prazo de 120 (cento e vinte)



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

dias, contados da data da sua vigência, podendo ser prorrogado por Decreto do Poder Executivo.

Parágrafo Único - Nos casos dos contratos de trabalho suspensos ou interrompidos na data da publicação desta Lei, o prazo a que se refere o parágrafo anterior passa a vigorar a partir da notificação pessoal ao servidor, expedida pela Prefeitura Municipal.

(...)

Art. 265 - Após o decurso do prazo previsto no artigo 263, serão extintos na vacância os empregos públicos constantes do Anexo II, da Lei Complementar nº 06/1993, Anexo II, da Lei Complementar nº 07/1993, Anexo I, da Lei Complementar nº 18/2009, Lei Complementar nº 17/2009 e Lei Municipal nº 2.377/95.

Art. 266 - Os direitos previstos nesta Lei Complementar serão concedidos exclusivamente aos servidores públicos que optarem pelo regime estatutário.

§ 1º - Os direitos mencionados no caput deste artigo substituirão automaticamente os direitos anteriormente adquiridos pelos servidores públicos, quando:

I - sua regra de concessão for idêntica àquela prevista nesta Lei Complementar; ou



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

II - a aplicação desta Lei Complementar importar em benefício maior do que o previsto na legislação anterior.

(...)”. (sic)

Posteriormente, a Lei Complementar n. 21, de 09 de setembro de 2014, daquela localidade, assim dispôs (fl. 24):

“**Art. 1º** - Fica revogado o inciso II, do parágrafo 1º, do artigo 87, da Lei Complementar nº 11/2014, de 21 de maio de 2014, Que Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Tietê e dá outras providências.

Art. 2º - Esta lei entrará em vigor na data de sua afixação no átrio da Prefeitura do Município de Tietê e será publicada na Imprensa Oficial do Município, revogadas as disposições em contrário.

(...)”. (sic)

Não é só. A Lei Complementar n. 05, de 12 de março de 2015, do Município de Tietê (fl. 09), promoveu as seguintes alterações:

“**Art. 1º** - Ficam alteradas a alínea “c” do inciso I, alínea “b” do inciso II e a alínea “c” do inciso III, todas do artigo 87, da Lei Complementar nº 11/2014, que passarão a vigorar com a seguinte redação:

Art. 87 - (...)

Inciso I. (...)

c) não ultrapassar o limite de 05 (cinco) faltas justificadas ou médicas, consecutivas ou não;



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

Inciso II. (...)

b) ultrapassar o limite de 05 (cinco) faltas justificadas ou médicas, registrando, no máximo, até 10 (dez) faltas dessa natureza, consecutivas ou não;

Inciso III. (...)

c) ultrapassado o limite de 10 (dez) faltas justificadas ou médicas, consecutivos ou não.

Art. 2º - Fica alterado o inciso II, § 9º, do artigo 119, da Lei Complementar nº 11/2014, que passará a vigorar com a seguinte redação:

Art. 119 (...)

§ 9º - (...)

Inciso II. Faltado injustificadamente ao serviço por mais de 10 (dez) dias ou faltado justificadamente por mais de 30 (trinta) dias, consecutivos ou não.

Art. 3º - Esta lei entrará em vigor na data de sua afixação no átrio da Prefeitura do Município e será publicada na Imprensa Oficial do Município, revogadas as disposições em contrário.

(...)”. (sic)

Ademais, foi editada a Lei Complementar n. 09, de 08 de abril de 2015, daquela localidade (fl. 10), *in verbis*:

“**Art. 1º.** Fica alterado o inciso I, do § 3º, do artigo 87, da Lei Complementar nº 11/2014, que passará a vigorar com a seguinte redação:



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

Art. 87. (...)

§ 3º - (...)

I - as ausências verificadas em razão de concessões e licenças, exceto as previstas nos incisos I, III, V, VI, VII, do art. 115;

Art. 2º. As despesas com a execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 3º - Esta lei entrará em vigor na data de sua afixação no átrio da Prefeitura do Município de Tietê e será publicada na Imprensa Oficial do Município, revogadas as disposições em contrário.

(...)"

Não é só.

A Lei Complementar n. 13, de 11 de junho de 2014, do Município de Tietê, dispôs “*sobre a estrutura do Planos e Cargos, Carreiras e Vencimentos dos Servidores Públicos do Município de Tietê*” (fls. 182/325). Em seu Anexo I, foram previstas a denominação dos cargos, respectivas vagas, referência salarial e jornada semanal de trabalho.

Posteriormente, tal norma também sofreu modificações legislativas, importando para a presente ação direta a edição das Leis Complementares n. 30, de 05 de novembro de 2014, n. 12, de 07 de maio de 2015, e n. 04, de 29 de março de 2016, do Município de Tietê.

A Lei Complementar n. 30, de 05 de novembro de 2014, de Tietê, ficou assim redigida (fl. 385):



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

“Art. 1º - Fica alterado o Anexo I, da Lei Complementar nº 13/2014, de 11 de Junho de 2014, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Denominação do cargo	Vagas	Referência	Jornada Semanal
Cirurgião Dentista	26	T	10 horas
Médico (nas áreas específicas)	40	W	10 horas

Art. 2º - As despesas com a execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 3º - Esta lei entrará em vigor na data de sua afixação no átrio da Prefeitura do Município de Tietê e será publicada na Imprensa Oficial do Município, revogadas as disposições em contrário.

(...)”. (sic)

A Lei Complementar n. 12, de 07 de maio de 2015, do Município de Tietê, assim instituiu (fl. 168):

“Art. 1º - Fica alterado o Anexo I, da Lei Complementar nº 13/2014, de 11 de Junho de 2014, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Denominação do cargo	Vagas	Referência	Jornada Semanal
Médico Veterinário	03	T	10 horas



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

Art. 2º - As despesas com a execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 3º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação na Imprensa Oficial do Município, revogadas as disposições em contrário.

(...)”. (sic)

A Lei Complementar n. 04, de 29 de março de 2016, do Município de Tietê, por sua vez, alterou o Anexo I da Lei Complementar n. 13/2014, daquela localidade, nos seguintes termos (fl. 384):

“**Art. 1º** - Fica alterado o Anexo I, da Lei Complementar nº 13/2014, de 11 de Junho de 2014, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Denominação do cargo	Vagas	Referência	Jornada Semanal
Fonoaudiólogo	08	T	20 horas
Fisioterapeuta	05	T	20 horas
Terapeuta Ocupacional	05	T	20 horas

Art. 2º - As despesas com a execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 3º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação na Imprensa Oficial do Município, revogadas as disposições em contrário.

(...)”. (sic)



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

Entretanto, a legislação acima transcrita é inconstitucional, conforme passaremos a expor.

II – PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE.

Os atos normativos 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:

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

A legislação questionada é incompatível com os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

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

(...)

Art. 24 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e



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

aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

(...)

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

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

(...)

Art. 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.

(...)

Art. 115 - Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissões, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração.



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

(...)

XVI - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores sob o mesmo título ou idêntico fundamento;

(...)

Art. 127 - Aplica-se aos servidores públicos estaduais, para efeito de estabilidade, o disposto no art. 41 da Constituição Federal.

Art. 128 – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço.

(...)

**ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS
TRANSITÓRIAS**

(...)

Art. 18 - Os servidores civis da administração direta, autárquica e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público em exercício na data da promulgação desta Constituição, que não tenham sido admitidos na forma regulada pelo art. 37 da Constituição Federal, são considerados estáveis no serviço público, desde que contassem, em 5 de outubro de 1988, cinco anos continuados, em serviço.

§ 1º - O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título, quando se



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

submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do 'caput' deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º - O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

§ 4º - Para os integrantes das carreiras docentes do magistério público estadual não se considera, para os fins previstos no 'caput', a interrupção ou descontinuidade de exercício por prazo igual ou inferior a noventa dias, exceto nos casos de dispensa ou exoneração solicitadas pelo servidor.

(...)”.

III - FUNDAMENTAÇÃO.

a) AFRONTA À REGRA DO CONCURSO PÚBLICO - ARTS. 263, 265 E 266, DA LEI COMPLEMENTAR N. 11/2014 DO MUNICÍPIO DE TIETÊ.

Inspirado pelos princípios de eficiência, impessoalidade e moralidade referidos no art. 111 da Constituição Estadual (que reproduz o art. 37, *caput*, da Constituição Federal) o art. 115, II, da Constituição do Estado (que reproduz o art. 37, II, da Constituição da República) **estabelece a regra da investidura em cargo público isolado ou inicial de**



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

carreira mediante aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Entretanto, os arts. 263, “caput” e parágrafo único, 265 e 266 da Lei n. 11/2014 do Município de Tietê possibilitaram a transição indevida de regime jurídico com apropriação da maioria de suas consequências, inclusive a investidura em cargo público, olvidando as essenciais diferenças existentes.

A opção pelo regime estatutário aos servidores que não foram investidos em cargo público após aprovação em concurso público colide com a regra constitucional supramencionada.

A propósito, não deve ser utilizado como argumento, para a manutenção dos atos normativos questionados, a alteração do art. 39 da Constituição Federal e a decisão liminar do Supremo Tribunal Federal sobre sua constitucionalidade. Explica-se.

Na redação original, a Constituição Federal pregava a unicidade de regime jurídico do servidor público. Esse postulado tinha por meta sepultar a pluralidade de regimes jurídicos na órbita de uma mesma pessoa jurídica.

A Emenda Constitucional n. 19/98, todavia, suprimiu essa exigência, permitindo a multiplicidade de regimes. É certo que a eficácia da nova redação dada ao art. 39 foi suspensa por decisão liminar da Suprema Corte, contudo, foram preservadas situações anteriores.

A questão é muito mais profunda.

Como acima assinalado, o Supremo Tribunal Federal deferiu liminar em ação direta de inconstitucionalidade suspendendo a eficácia do *caput* do art. 39 da Constituição, na redação da Emenda n. 19/98, com efeito ex



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

nunc, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa, embora mantida a redação original, que dispõe sobre a instituição do regime jurídico único dos servidores públicos. O julgamento reputou caracterizada a aparente violação (formal) ao processo legislativo, em especial ao § 2º do art. 60 da Constituição, uma vez que o Plenário da Câmara dos Deputados mantivera, em primeiro turno, a redação original do *caput* do art. 39, e a comissão especial, incumbida de dar nova redação à proposta de emenda constitucional, suprimira o dispositivo, colocando, em seu lugar, a norma relativa ao § 2º, que havia sido aprovada em primeiro turno (STF, ADI-MC 2.135-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, 02-08-2007, m.v., DJ 14-08-2007).

A norma original da cabeça do art. 39 da Constituição de 1988 - a adoção de regime jurídico único – tinha como escopo o sepultamento da multiplicidade de regimes jurídicos de pessoal na Administração Pública (estatutário, celetista, interino, temporário, extranumerário, especial etc.) quase sempre instituídos para a dispensa de algum privilégio odioso ou para legitimação de admissão de pessoal sem observância da salutar, moral e eficaz regra do concurso público ou extensão da estabilidade.

Contudo, essa meta não foi bem compreendida. Por vezes, se compunha num mesmo diploma legal diferentes servidores públicos com diversos vínculos jurídicos, espargindo prerrogativas inerentes ao regime estatutário (cargo, estabilidade etc.) aos servidores do regime celetista (empregados públicos) ou de outros regimes (extranumerário, interino, especial etc.), quando deveria se limitar ao estabelecimento de direitos, deveres e responsabilidades comuns, perfeitamente aplicáveis. Ou, então, se impunha a passagem de estatutários para o regime celetista, gerando consequências nocivas: embora dispensado na demissão o processo



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

administrativo, exigia-se a motivação (como qualquer ato administrativo, principalmente os restritivos de direitos) e, ainda, onerava os cofres públicos com o pagamento das verbas trabalhistas rescisórias. Não era esse o objetivo.

Em verdade, a exigência do regime jurídico único do servidor público visou a unidade de disciplina legal da relação funcional (portanto, do regime jurídico) entre o agente e o Estado para daí em diante, ou seja, lei nova regulando situações novas, acabar paulatinamente com a pluralidade de regimes.

Se o regime adotado fosse celetista ou estatutário, a opção exercida em lei de cada entidade federativa só valeria ao futuro (salvo para os servidores admitidos anteriormente no regime adotado) porque sua previsão não significava, em absoluto, que, desde então, todos os regimes existentes estariam unificados no regime estatutário ou celetista, alcançando o passado. **Um dos efeitos nocivos disso é a inconveniente transformação de empregos em cargos, com diversas vantagens inerentes a este último, e a extensão da estabilidade, com ofensa aos arts. 37, II, e 41, da Constituição, e à Súmula 685 do Supremo Tribunal Federal.**

Em suma, o regime jurídico único se projeta ao futuro para as novas relações funcionais, atingindo as antigas conforme a opção legislativa feita.

O passado será conservado, preservando-os os regimes existentes, cada qual com sua natureza, e sem prejuízo de uma interação recíproca de suas regras naquilo que for possível, como direitos básicos do servidor público (em sentido amplo), *verbi gratia*, no domínio de vantagens ou deveres. **Nunca convolar um regime antigo no novo.**



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

À vista destas considerações, é oportuno assentar que a Constituição Federal no art. 39 – quer em sua redação original, quer na que foi dada pela Emenda n. 19/98 – não indicou como único regime o estatutário ou o celetista, embora essa questão empolgante mereça reflexões que, todavia, não são próprias ao desate da lide.

Em linha de princípio, a redação original do art. 39 permitia um ou outro, desde que fosse único, mas não tangia as relações jurídicas precedentes, nem arquitetava que, a partir de então, elas seriam presididas pelo regime estatutário.

Em verdade, e como observa Celso Antonio Bandeira de Mello (*Regime constitucional dos servidores da Administração direta e indireta, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, 2ª ed., pp. 104, 110*), o regime jurídico único impede às pessoas jurídicas de direito público de um mesmo nível de governo a diversidade de regimes jurídicos de seus servidores entre si para idênticas funções, ou seja, impõe uma disciplina de pessoal uniforme na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, sem, no entanto, potencializar ou concretizar a investidura de empregado público em cargo público.

Pois bem.

A regulamentação promovida pela Lei Complementar n. 11/2014 de Tietê, em seus arts. 263, 265 e 266, não visou ajustar a organização do funcionalismo público municipal ao regime jurídico único, prescrito pelo art. 39, *caput*, da Constituição Federal (na sua redação original, que voltou a vigor com a concessão parcial da liminar na ADI n° 2.135-4 pelo E. STF), senão possibilitar a substituição do regime celetista pelo estatutário, com projeções diretas sobre as relações jurídicas de vínculo funcional construídas sob o império do regime anterior.



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

Referidas normas simplesmente autorizaram a transformação de empregos públicos em cargos públicos, violando os arts. 111, 115, II, e 127, da Constituição Estadual.

A modificação de empregos públicos em cargos públicos permite aos ocupantes daqueles o preenchimento destes sem a necessária realização de concurso público de provas e títulos, em afronta direta aos ditames constitucionais, à vista da diversidade da natureza jurídica do liame estabelecido.

Ora, não é lícito possibilitar a sujeição dos servidores públicos municipais ao regime jurídico estatutário se, como visto, há vínculos precedentes orientados pelo regime jurídico celetista.

Os atos normativos questionados, dito de outro modo, simplesmente permitiram que o detentor de emprego público fosse investido, à míngua de aprovação prévia em concurso público, em cargo público de provimento efetivo. Além de contrária aos ditames constitucionais, a jurisprudência repudia referida previsão normativa:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITORIAS (LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL) - ARTS. 46 E 53 - NATUREZA JURÍDICA DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL - EMPREGADOS DO COMPLEXO ADMINISTRATIVO DO DISTRITO FEDERAL - OPÇÃO PELO REGIME ESTATUTARIO - APROVEITAMENTO DE PROFESSORES ORIGINARIOS DE OUTRAS PESSOAS ESTATAIS NA FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO DISTRITO FEDERAL - NORMAS QUE PARECEM OFENDER O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO (CF, ART. 37, II) - POSSIVEL



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

VULNERAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA REFERENTE A INICIATIVA, PELO GOVERNADOR, DAS LEIS SOBRE REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS - LIMINAR DEFERIDA. - A Lei Orgânica do Distrito Federal constitui instrumento normativo primário destinado a regular, de modo subordinante - e com inegável primazia sobre o ordenamento positivo distrital - a vida jurídico-administrativa e político-institucional dessa entidade integrante da Federação brasileira. Esse ato representa, dentro do sistema de direito positivo, o momento inaugural e fundante da ordem jurídica vigente no âmbito do Distrito Federal. Em uma palavra: a Lei Orgânica equivale, em força, autoridade e eficácia jurídicas, a um verdadeiro estatuto constitucional, essencialmente equiparável as Constituições promulgadas pelos Estados-membros. O Distrito Federal - a semelhança dos Estados-membros - esta sujeito ao princípio estabelecido no art. 61, par. 1., II, a e c, da Constituição Federal, que diz respeito a iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo para o processo de formação das leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos ou, ainda, sobre o regime jurídico dos servidores públicos na Administração direta e autárquica. - **Não parece possível que, mediante simples opção, possa o empregado público sob regime contratual trabalhista passar a condição jurídico-administrativa de servidor estatutário, sem que se desatenda, com esse procedimento, a imposição**



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

constitucional do concurso público. Precedentes. - O Supremo Tribunal Federal tem repellido, por incompatíveis com o texto da Lei Fundamental, as normas legais que, independentemente de concurso público, possibilitam o aproveitamento, nos quadros funcionais de entidade federada diversa (como o Distrito Federal), de servidor que ocupa cargo em outra pessoa política (União, Estados-membros e Municípios). Precedentes” (STF, ADI-MC 980-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 03-02-1994, v.u., DJ 13-05-1994, p. 11.337). (grifo nosso)

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SERVIDOR PÚBLICO: TRANSFORMAÇÃO DE CELETISTA EM ESTATUTÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar n. 127, de 15.12.94, do Estado de Rondônia, artigo 1. par. 1. a 4. Suspensão cautelar da eficácia do artigo 1. par. 1. a 4., da Lei Complementar n. 127, de 15.12.94, do Estado de Rondônia, **que transformam servidores celetistas em estatutários**” (STF, ADI 1202-RO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, 17-08-1995, v.u., DJ 15-09-1995, p. 29.508). (grifo nosso)

Calha invocar precedente deste colendo Órgão Especial a respeito de disposições similares constantes da Resolução UNESP n. 46, de 11 de dezembro de 1995, da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”:



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

“(…) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – RESOLUÇÃO UNESP Nº 46/95 – ESTATUTO DOS SERVIDORES DOCENTES DE ENSINO SUPERIOR E DOS PESQUISADORES DA UNESP – ATO NORMATIVO QUE CONTÉM DISPOSITIVOS QUE CONSUBSTANCIAM MATÉRIA TÍPICA DE LEI, DE INICIATIVA EXCLUSIVA DO PODER EXECUTIVO, POSTO QUE ASSEGURAM AOS AUXILIARES DE ENSINO CONFIRMADOS NO REGIME ESPECIAL DE TRABALHO, AOS DOCENTES EXTRANUMERÁRIOS OU CELETISTAS, ASSIM COMO AOS PESQUISADORES, O DIREITO DE OPÇÃO PELO REGIME ESTATUTÁRIO AUTÁRQUICO – INADMISSIBILIDADE – DESATENDIMENTO DA IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 24, § 2º, Nº 1, 111, 115, INCISOS I E II, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. - Ação procedente” (TJSP, ADI 44.584-0/6, Rel. Des. Mohamed Amaro, v.u., 13-09-2000).

Esse acórdão, por sinal, foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal:

“1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 585/602), proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual nº 44.584-0/6 e em que se declarou inconstitucional a Resolução UNESP nº 46/1995. Da ementa elucidativa consta: ‘AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ATO NORMATIVO CONTESTADO EM FACE DA



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

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO - LEGITIMIDADE ATIVA DO PROCURADOR GERAL DA JUSTIÇA - APLICAÇÃO DO ARTIGO 90, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO - PRELIMINAR REJEITADA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ATO NORMATIVO ESTADUAL - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NOS TERMOS DO ARTIGO 74, INCISO VI, DA CARTA PAULISTA - PRELIMINAR REJEITADA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - RESOLUÇÃO QUE INSTITUIU REGIME JURÍDICO ÚNICO DE DOCENTES E PESQUISADORES DA UNESP - ATO NORMATIVO ESTADUAL CONTESTADO EM FACE DE INÚMEROS ARTIGOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO, INCLUSIVE O 124 (QUE REPRODUZ O REVOGADO ARTIGO 39, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98 QUE, DANDO NOVA REDAÇÃO AO ARTIGO 39, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ABOLIU O REGIME JURÍDICO ÚNICO NA ESFERA FEDERAL - INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO SEMELHANTE NA ESFERA ESTADUAL - PERSISTÊNCIA DA QUESTIONADA INCONSTITUCIONALIDADE COM BASE EM OUTROS DISPOSITIVOS DA CARTA ESTADUAL - ALEGAÇÃO DE PERDA DO OBJETO REJEITADA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - RESOLUÇÃO UNESP Nº 46/95 - ESTATUTO DOS SERVIDORES DOCENTES DE ENSINO SUPERIOR E DOS PESQUISADORES DA UNESP - ATO NORMATIVO QUE CONTÉM



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

DISPOSITIVOS QUE CONSUBSTANCIAM MATÉRIA TÍPICA DE LEI, DE INICIATIVA EXCLUSIVA DO PODER EXECUTIVO, POSTO QUE ASSEGURAM AOS AUXILIARES DE ENSINO CONFIRMADOS NO REGIME ESPECIAL DE TRABALHO, AOS DOCENTES EXTRANUMERÁRIOS OU CELETISTAS, ASSIM COMO AOS PESQUISADORES, O DIREITO DE OPÇÃO PELO REGIME ESTATUTÁRIO AUTÁRQUICO - INADMISSIBILIDADE - DESATENDIMENTO DA IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO - VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 24, § 2º, Nº 1, 111, 115, INCISOS I E II, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. - Ação procedente.' (...) Por fim, o acórdão recorrido atendeu ainda à orientação desta Corte quanto à exigência de concurso público para provimento de cargos na administração pública direta e indireta. É o que convém lembrar mais uma vez: 'Cumpre reafirmar que o postulado constitucional do concurso público, enquanto regra concretizadora do princípio da isonomia, reclama, para efeito de investidura em cargo ou emprego público, a prévia aprovação em concurso público de provas, ou de provas e títulos. Essa exigência, muito embora correspondesse, sob a égide da Constituição anterior, apenas à primeira investidura, passou a estender-se, genericamente, com a promulgação da Constituição de 1988 - ressalvadas as exceções previstas na própria Carta Política -, à 'investidura em cargo ou emprego público'. É de registrar, ademais, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o



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

MS nº 21.322-DF, de que foi Relator o em. Min. PAULO BROSSARD, proclamou a imprescindibilidade de realização de concurso público até mesmo nas hipóteses de ingresso, ainda que mediante simples contratação, nas entidades integrantes da Administração Indireta, inclusive naquelas revestidas de paraestatalidade: (...) Não parece possível, portanto, que, mediante simples opção, possa o empregado público sob regime contratual trabalhista passar à condição jurídico-administrativa de servidor estatutário, sem que se desatenda, com esse procedimento, à imposição constitucional do concurso público. Por isso mesmo, esta Suprema Corte, já no regime constitucional anterior - em que se revestia de menor intensidade o princípio do concurso público -, proclamou que 'O aproveitamento em cargos públicos, sem concurso, de atuais ocupantes de outros cargos públicos, colide com a exigência do art. 97, § 1º, da Constituição Federal' (RTJ 124/443). Do mesmo modo, e em face do postulado do concurso público, o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade de normas que autorizavam a transformação de empregos celetistas em cargos integrantes do quadro funcional da Administração Direta (RTJ 124/424).' (trecho do voto do Relator, Min. CELSO DE MELLO, na ADI nº 980-0/DF-MC. 13.05.1994. Grifos originais. No mesmíssimo sentido, RP nº 1.421-AL, Rel. Min. NERI DA SILVEIRA, DJ de 18.11.1988, e ADI nº 402/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 20.04.2001, ambos



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

citados pelo Min. CELSO DE MELLO no julgamento da ADI nº 980-0/DF-MC). 3. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil c/c art. 21, § 1º, do RISTF e art. 38 da Lei nº 8.038/90” (STF, RE 418.491-SP, Rel. Min. Cezar Peluso, 18-01-2005, DJ 09-02-2006, p. 57).

Mais recentemente, o Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo declarou a inconstitucionalidade de dispositivo normativo que continha previsão semelhante à analisada nesta oportunidade, ainda sem trânsito em julgado, conforme acórdão cuja ementa segue transcrita:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Art. 9º das Disposições Transitórias, do Estatuto dos Servidores da Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP, adicionado pela Declaração CONSU-A-011/2013, de 06 de agosto de 2014 - Norma que dispõe sobre a possibilidade de os atuais funcionários e servidores da Universidade, efetivos, autárquicos ou contratados pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, poderem optar pelo regime previsto no mencionado Estatuto, passando a pertencer ao Quadro de Cargos ou de Funções Autárquicas da Universidade - Alteração de regime que implica na rescisão contratual - Precedentes do Supremo Tribunal Federal - Ação procedente”. (TJSP, ADI 2033039-32.2015.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, v.u., 29-07-2015).



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

Do inteiro teor do acórdão, a propósito, restou consignado:

“(…)

A norma guerreada, ao autorizar a opção de regime pelo servidor afronta a Constituição Estadual, uma vez que altera a contratação do servidor.

O Pretório Excelso já decidiu que a mudança do regime jurídico celetista para o estatutário acarreta a extinção do contrato de trabalho.

Nesse mesmo passo, a Súmula nº 685, do Supremo Tribunal Federal:

‘É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.’

Assim, verifica-se que o próprio Supremo Tribunal Federal tem repudiado a ‘tramitação automática’ do regime celetista para o estatutário, ao sufragar entendimento de superveniência de lei, que estatui regime jurídico único, sem o condão de transmutar automaticamente do regime celetista para o estatutário, público sem prévia aprovação em concurso público, ainda que anteriormente à Constituição Federal de 1988. (...)”.

Ademais, convém ressaltar que nem mesmo a estabilidade excepcional prevista no art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de São Paulo socorre as disposições da Lei n. 11/2017 do Município de Tietê.



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

A norma subordina à concessão de estabilidade anômala ou excepcional – sem implicar na outorga de cargo público de provimento efetivo – àqueles admitidos à margem do certame público, objetivo e impessoal “desde que contassem, em 5 de outubro de 1988, cinco anos continuados, em serviço”. Embasada no art. 19 das Disposições Transitórias da Constituição Federal, não se admite ampliação do instituto em ato normativo ou administrativo, como já decidido amiúde:

“SERVIDOR PÚBLICO – ESTABILIDADE – ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS – ALCANCE. A norma do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias encerra simples estabilidade, ficando afastada a transposição de servidores considerados cargos públicos integrados a carreiras distintas, pouco importando encontrarem-se prestando serviços em cargo e órgão diversos da Administração Pública” (STF, ADI 351-RN, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, 14-05-2014, v.u., DJe 05-08-2014).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 28 E PARÁGRAFOS DO ADCT DA CARTA DE MINAS GERAIS. ESTABILIDADE EXTRAORDINÁRIA. ART. 19 DO ADCT DA CARTA FEDERAL. 1. A exigência de concurso público para a investidura em cargo garante o respeito a vários princípios constitucionais de direito administrativo, entre eles, o da impessoalidade e o da isonomia. O constituinte, todavia, inseriu no art. 19 do ADCT norma transitória criando uma estabilidade excepcional para servidores não concursados da União, Estados, Distrito



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

Federal e dos Municípios que, quando da promulgação da Carta Federal, contassem com, no mínimo, cinco anos ininterruptos de serviço público. 2. A jurisprudência desta Corte tem considerado inconstitucionais normas estaduais que ampliam a exceção à regra da exigência de concurso para o ingresso no serviço público já estabelecida no ADCT Federal. Precedentes: ADI 498, rel. Min. Carlos Velloso (DJ de 09/08/1996) e ADI 208, rel. Min. Moreira Alves (DJ de 19/12/2002), entre outros. 3. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga procedente” (RTJ 192/763).

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTADUAL ADMITIDO SEM CONCURSO PÚBLICO E REDISTRIBUÍDO PARA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO. EFETIVAÇÃO POR RESOLUÇÃO DA MESA. FORMA DERIVADA DE INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO. DESFAZIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO PELA MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. ILEGALIDADE DO ATO QUE DECLAROU A NULIDADE DA INVESTIDURA DO SERVIDOR. IMPROCEDÊNCIA. EFETIVIDADE E ESTABILIDADE. 1. Servidor contratado para o cargo de carreira integrante do Poder Executivo estadual e redistribuído para a Assembleia Legislativa do Estado. Efetivação por ato da Mesa Legislativa. Forma derivada de investidura em cargo público. Inobservância ao artigo 37, II, da Constituição Federal. 1.1. O critério do mérito aferível por



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

concurso público de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, indispensável para o cargo ou emprego isolado ou de carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o de carreira, só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas e títulos, não o sendo, porém, para os cargos subsequentes que nela se escalonam até seu final, pois, para estes, a investidura se dará pela forma de provimento que é a 'promoção'. 1.2. Estão banidas, pois, as formas de investidura antes admitidas - ascensão e transferência -, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso. 1.3. O preceito constitucional inserto no art. 37, II, não permite o 'aproveitamento', uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira, sem o concurso público exigido. Precedente. 2. Efetividade e estabilidade. Não há que confundir efetividade com estabilidade. Aquela é atributo do cargo, designando o funcionário desde o instante da nomeação; a estabilidade é aderência, é integração no serviço público, depois de preenchidas determinadas condições fixadas em lei, e adquirida pelo decurso de tempo. 3. Estabilidade: artigos 41 da Constituição Federal e 19 do ADCT. A vigente Constituição estipulou duas modalidades de estabilidade no serviço público: a primeira, prevista no art. 41, é pressuposto inarredável à efetividade. A nomeação em caráter efetivo constitui-se em condição primordial para a aquisição da



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

estabilidade, que é conferida ao funcionário público investido em cargo, para o qual foi nomeado em virtude de concurso público. A segunda, prevista no art. 19 do ADCT, é um favor constitucional conferido àquele servidor admitido sem concurso público há pelo menos cinco anos antes da promulgação da Constituição. Preenchidas as condições insertas no preceito transitório, o servidor é estável, mas não é efetivo, e possui somente o direito de permanência no serviço público no cargo em que fora admitido, todavia sem incorporação na carreira, não tendo direito a progressão funcional nela, ou a desfrutar de benefícios que sejam privativos de seus integrantes.

3.1. O servidor que preencher as condições exigidas pelo art. 19 do ADCT-CF/88 é estável no cargo para o qual fora contratado pela Administração Pública, mas não é efetivo. Não é titular do cargo que ocupa, não integra a carreira e goza apenas de uma estabilidade especial no serviço público, que não se confunde com aquela estabilidade regular disciplinada pelo art. 41 da Constituição Federal. Não tem direito a efetivação, a não ser que se submeta a concurso público, quando, aprovado e nomeado, fará jus à contagem do tempo de serviço prestado no período de estabilidade excepcional, como título. 4. Servidor estável 'ex vi' do art. 19 do ADCT, redistribuído para Assembleia Legislativa e efetivado na carreira por ato da Mesa Legislativa. Anulação. Ilegalidade e existência de direito adquirido. Alegação improcedente. Súmula



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

473/STF. 4.1. O ato de 'redistribuição' ou 'enquadramento', assim como o de 'transferência' ou 'aproveitamento', que propiciou o ingresso do servidor na carreira, sem concurso público, quando esse era excepcionalmente estável no cargo para o qual fora contratado inicialmente (art. 19, ADCT), é nulo, por inobservância ao art. 37, II, da Constituição Federal. Legítimo é o ato administrativo que declarou a nulidade da Resolução da Mesa da Assembleia Legislativa, que efetivou o agente público, pois a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos (Súmula 473). A Constituição Federal não permite o ingresso em cargo público - sem concurso. Recurso extraordinário conhecido e provido, para cassar a segurança concedida" (STF, RE 167.635-PA, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, 17-09-1996, v.u., DJ 07-02-1997, p. 1.355).

Inequívoca, portanto, a inconstitucionalidade dos artigos 263, 265 e 266, da Lei Complementar n. 11/2014 do Município de Tietê, por afronta aos arts. 111 e 115, II, da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios em razão do art. 144 da mesma Carta.

b) GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE PREVISTA NO INCISO VII DO ART. 71 E ARTS. 86, 87 E 88 DA LEI COMPLEMENTAR N. 11/2014 DO MUNICÍPIO DE TIETÊ E GRATIFICAÇÃO POR EXCEPCIONAL DEDICAÇÃO INSTITUÍDA NO ART. 80, TODOS DA LEI COMPLEMENTAR N. 11/2014 DO MUNICÍPIO DE TIETÊ.



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

De proêmio, devem ser feitas algumas considerações a respeito da natureza jurídica da gratificação.

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

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, São Paulo: Malheiros, 2001, 26^a ed., 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



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

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, São Paulo: Saraiva, 2008, 3ª ed., 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, São Paulo: Saraiva, 2008, 13ª ed., p. 233). (grifo nosso)

Os adicionais são devidos em razão do tempo de serviço (adicionais de vencimento ou por tempo de serviço) ou do exercício de cargo (condições inerentes ao cargo) que exige conhecimentos especializados ou regime especial de trabalho (adicionais de função) como melhora de retribuição. O adicional de função (*ex facto officii*) repousa no trabalho



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

que está sendo feito (*pro labore faciendo*), razão pela qual cessado seu motivo, elide-se o respectivo pagamento, e compreende as seguintes espécies: “de tempo integral (regime em que o servidor fica inteiramente à disposição da pessoa a que se liga e proibido de exercer qualquer outra atividade pública ou privada), de dedicação plena (regime em que o servidor desempenha suas atribuições exclusivamente à pessoa pública a que se vincula, sem estar impedido de desempenhar outras em entidade pública ou privada, diversas das que desempenha para a pessoa pública em regime de dedicação plena) e de nível universitário (desempenho de atribuições que exige um conhecimento especializado, só alcançado pelos detentores de títulos universitários)” (Diógenes Gasparini. Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2008, 13ª ed., pp. 230-231).

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, São Paulo: Saraiva, 2008, 13ª ed., p. 232), 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 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



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

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

b.1) Inconstitucionalidade da gratificação de produtividade prevista no inciso VII do art. 76 e nos arts. 86 a 88 da Lei Complementar n. 11/2014, com as alterações legislativas posteriormente promovidas, do Município de Tietê.

Patente a inconstitucionalidade do inciso VII do art. 71 e dos arts. 86 a 88 da Lei Complementar n. 11/2014, com a redação dada pelas Leis Complementares n. 21/2014, n. 05/2015 e n. 09/2015, do Município de Tietê, responsáveis por estabelecer o denominado “abono” ou “gratificação de produtividade” aos servidores públicos municipais.

O art. 86 da Lei Complementar n. 11/2014, daquela localidade, definiu aludida vantagem, em linhas gerais, como “uma quantia em dinheiro, calculada nos moldes da gratificação natalina”.

Por sua vez, os arts. 87 a 88 da citada lei, com as posteriores alterações, elencaram pormenorizadamente os requisitos para percepção do benefício, os quais, resumidamente, consistem na demonstração de assiduidade e disciplina do servidor.

O inciso I do art. 87 da Lei Complementar n. 11/2014, com a redação dada pela Lei Complementar n. 05/2015, do Município de Tietê, dispôs, em suas alíneas “a”, “b” e “c”, sobre os pressupostos de concessão



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

integral do referido proveito: inexistência de pena disciplinar transitada em julgado, de falta injustificada ou de mais de cinco ausências, justificadas ou médicas, consecutivas ou não.

Em contrapartida, o inciso II consignou circunstâncias de percepção de apenas metade da gratificação de produtividade: servidores públicos que tenham sofrido pena de advertência transitada em julgado ou ultrapassado o limite de cinco faltas justificadas ou médicas, registrando até dez ausências dessa natureza, consecutivas ou não (art. 87, II, alíneas "a" e "b", da Lei Complementar n. 11/2014, na redação conferida pela Lei Complementar n. 05/2015, de Tietê).

Por sua vez, o inciso III do art. 87 da Lei Complementar n. 11/2014, na redação dada pela Lei Complementar n. 05/2015, do Município de Tietê, vedou a obtenção da gratificação aos servidores que tenham sido penalizados com suspensão ou demissão, faltado injustificadamente por um ou mais dias ou por períodos superiores a uma ou mais jornadas diárias, ou, ainda, que tenham ultrapassado o limite de 10 (dez) faltas justificadas ou médicas, consecutivas ou não.

Outrossim, a lei em análise impediu a concessão do benefício para os servidores readaptados e aos que tenham se afastado ou permanecido em afastamento por motivo de auxílio doença previdenciário (§ 1º do art. 87 da Lei Complementar n. 11/2014, com a redação dada pela Lei Complementar n. 21/2014, de Tietê).

Não obstante, o § 4º do art. 87 da Lei Complementar n. 11/2014 de Tietê expressamente dispôs que os atestados referentes às faltas previstas no inciso I, alínea "a", inciso II, alínea "b", e no inciso III, alínea "c", do art. 87, são passíveis de reavaliação pela junta médica oficial. Por



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

fim, seu art. 88, facilitando a percepção da gratificação, autorizou a utilização do banco de horas para a compensação de faltas.

Feitas essas considerações, percebe-se que a Lei Complementar n. 11/2014 de Tietê, ao prever a gratificação de produtividade, condicionando-a, em linhas gerais, à assiduidade dos servidores e à inexistência de infrações disciplinares, utilizou-se de critérios inaptos e desarrazoados.

Isso porque a assiduidade e a disciplina nada mais são do que atributos intrínsecos ao exercício de qualquer função pública, não podendo, assim, embasar a concessão de benefícios financeiros.

Qualquer que seja a fonte doutrinária adotada, é possível chegar-se à conclusão de que, inexistindo motivo peculiar, para além do exercício da função, não se justifica a instituição de gratificações.

Em verdade, as normas conferem aumento indireto e dissimulado da remuneração, de forma alheia aos parâmetros de razoabilidade, interesse público e necessidade do serviço, que devem presidir a concessão de vantagens pecuniárias, conforme alude o artigo 128 da Constituição Bandeirante.

Por outro lado, também não trazem qualquer benefício à administração, contrariando o princípio da moralidade administrativa.

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

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

Não basta a conformação do emprego e disponibilidade do dinheiro público à lei, mas também à moral administrativa e ao interesse coletivo.

A instituição da vantagem pecuniária aos servidores municipais que não tenham extrapolado determinado limite de faltas ou, ainda, que não tenham sofrido sanção disciplinar, não se conforma com a moral administrativa e com o interesse público.

A assiduidade analisada pela quantidade de faltas anuais e a ausência de sanções disciplinares consubstanciam situações intrínsecas ao esperado e normal desempenho da função pública, não podendo ensejar qualquer proveito, sobretudo à pecha de produtividade.

De mais a mais, a necessidade de verificar se a gratificação 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.

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



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

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

A vantagem pecuniária individual criada pelo ato normativo impugnado não atende a nenhum interesse público, e tampouco às exigências do serviço, servindo apenas como mecanismo destinado a beneficiar interesses exclusivamente privados daqueles agentes públicos, em afronta ao art. 128 da Constituição Estadual.

Outrossim, o ato normativo viola o princípio da razoabilidade, que deve nortear a Administração Pública e a atividade legislativa e tem assento no art. 111 da Constituição do Estado.

De acordo com esse princípio, é necessário que a norma passe pelo denominado “teste” de razoabilidade, vale dizer, 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 (as restrições, imposições ou ônus dela decorrentes não sejam excessivos ou incompatíveis com os resultados a alcançar).



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

Manifesta-se claramente o desrespeito ao princípio da razoabilidade, pela inadequação do ponto de vista do Poder Público, bem ainda pela falta de proporcionalidade em sentido estrito, ao criar encargos que não se justificam.

A propósito da matéria em análise, esse colendo Órgão Especial já se pronunciou:

“I. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL QUE DISPÕS SOBRE A INSTITUIÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE FUNDADA EM CRITÉRIOS DE **“ASSIDUIDADE, COMPETÊNCIA, DESEMPENHO, FLEXIBILIDADE, COMPROMETIMENTO E ÉTICA PROFISSIONAL, RESPONSABILIDADE FUNCIONAL, ATENDIMENTO, INICIATIVA, APROVEITAMENTO E COOPERAÇÃO”**. CRITÉRIOS CUJA AVALIAÇÃO SERIA DE ELEVADA SUBJETIVIDADE E QUE, ADEMAIS, SÃO INERENTES AO PRÓPRIO DESEMPENHO DA FUNÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE METAS DE DESEMPENHO OU CRITÉRIOS OBJETIVOS DE PRODUTIVIDADE QUE ENSEJEM A INSTITUIÇÃO DA REFERIDA GRATIFICAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE, POR CARÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO, EM OFENSA AO QUE DISPOSTO PELO ARTIGO 128 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO.

II. INSTITUIÇÃO, DA MESMA FORMA, DE GRATIFICAÇÃO FUNDADA EM DESEMPENHO DE ATIVIDADE EXTRAORDINÁRIA, E POR NOMEAÇÃO PARA INTEGRAR COMISSÕES INTERNAS. OFENSA



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

AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA IMPESSOALIDADE, INSCULPIDOS NO ARTIGO 111 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, EIS QUE ABSOLUTAMENTE DESPROVIDA DE REQUISITOS MÍNIMOS OU DE CRITÉRIOS OBJETIVOS A INDICAÇÃO DE SERVIDORES PARA DESEMPENHO DE TAIS FUNÇÕES.

III. TENTATIVA DE CONVALIDAR, NO TEXTO LEGAL IMPUGNADO, GRATIFICAÇÕES PAGAS COM FUNDAMENTO EM REDAÇÃO ANTERIOR DA NORMA, IGUALMENTE INCONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

IV. NECESSIDADE, POR FIM, PARA EVITAR A REPRISTINAÇÃO DO TEXTO ANTERIOR, DE DECLARAÇÃO TAMBÉM DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE, SOB OS MESMOS FUNDAMENTOS.

V. AÇÃO DIRETA PROCEDENTE.” (TJ/SP, ADI Nº 2133804-45.2014.8.26.0000, Rel. Des. Márcio Bartoli, j. 21/01/2015). (grifo nosso)

Desta forma, o inciso VII do art. 71 e os arts. 86 a 88 da Lei Complementar n. 11/2014 de Tietê, com as posteriores modificações legislativas, ao autorizarem a gratificação mensal de produtividade, valendo-se de condutas esperadas no desempenho de função pública, expõem a Administração Pública a tratamentos desiguais, imorais, desarrazoados e, sobretudo, distantes do interesse público primário, afrontando os arts. 111 e 128 da Carta Paulista, aplicáveis aos Municípios por força de seu art. 144.



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

b.2) INCONSTITUCIONALIDADE DA GRATIFICAÇÃO POR DEDICAÇÃO EXCEPCIONAL ESTIPULADA NO ART. 80 DA LEI COMPLEMENTAR N. 11/2014 DO MUNICÍPIO DE TIETÊ.

Inconstitucional, também, o art. 80 da Lei Complementar n. 11/2014 do Município de Tietê, que instituiu a “gratificação por dedicação excepcional” aos servidores investidos em cargos de provimento em comissão.

A concessão da gratificação, nos termos do ato normativo, fica a critério do Prefeito, do Presidente da Câmara e dos Dirigentes das entidades da Administração Indireta, e poderá ser efetivada aos servidores comissionados que apresentarem, no exercício de suas funções, dedicação excepcional e desempenho destacado, no valor de até 50% do vencimento do respectivo cargo.

Como já explicado, a Constituição do Estado de São Paulo subordina a previsão de vantagens pecuniárias à concorrência de dois requisitos: atendimento ao interesse público (e não somente o do servidor) e às exigências do serviço.

Os cargos em comissão são considerados especiais por natureza, sendo exceções à regra do concurso público. A natureza das atividades exercidas por seus ocupantes já compreende o exercício de encargos diferenciados de serviço, sendo a dedicação excepcional e o desempenho destacado, por assim dizer, inerentes à própria investidura.

Note-se que, exatamente por se reconhecer a especialidade da função, o servidor comissionado recebe uma remuneração maior em



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

comparação aos cargos de provimento efetivo. Portanto, a gratificação em foco acaba remunerando o agente público em duplicidade.

Não é só.

O art. 80 da Lei Complementar n. 11/2014 de Tietê estabelece que o valor da “gratificação por dedicação excepcional” será de **até 50% (cinquenta por cento)** do vencimento do respectivo cargo, fixado ao talante do Prefeito, do Presidente da Câmara ou dos Dirigentes das entidades da Administração Indireta.

Da forma como prevista - isto é, sem requisitos e contornos definidos precisamente pela lei -, **restaram sob a discricionariedade** das autoridades citadas as hipóteses de concessão da gratificação e a consolidação de seus percentuais.

Ocorre que os vencimentos dos servidores públicos devem ser fixados em lei específica, assim como as vantagens pecuniárias, até porque *accessorium sequitur principale*.

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 pelo poder público, alcançando acréscimos e vantagens pecuniários, indenizações, auxílios e abonos, que só podem ser concedidos por ato normativo da exclusiva alçada do Poder Legislativo, pois a ele compete a integralidade da disciplina da matéria.

Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: se à lei é reservada, com exclusividade, a função de fixação da remuneração do servidor público,



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

inclusive de seu valor, pela mesma razão pertence-lhe fixar adicional ou a gratificação e seus respectivos valores (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, inclusive, de inviabilidade do planejamento e da execução orçamentária (art. 169, Constituição Estadual).

A graduação do valor da gratificação conferida à discricionariedade das aludidas autoridades viola o princípio da legalidade, pois, nos termos do art. 24, § 2º, 1, da Constituição Federal, o valor da remuneração do servidor público, que abrange as gratificações, deve ser fixado por lei.

E, ainda, a ausência de qualquer critério que possa nortear e justificar o pagamento da gratificação, ofende os princípios da moralidade, impessoalidade, razoabilidade (art. 111 da CE/89), não atendendo ao interesse público e às exigências do serviço (art. 128 da CE/89).

Em verdade, a norma impugnada conferiu indiscriminado aumento indireto e dissimulado da remuneração, estando alheia aos parâmetros de razoabilidade, interesse público e necessidade do serviço que devem presidir a concessão de vantagens pecuniárias aos servidores públicos.

Em casos análogos, essa Corte tem reconhecido a inconstitucionalidade das normas que instituem tais vantagens, firme no entendimento de que são violadoras da moralidade administrativa, princípio de assento constitucional:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
Impugnação dos §§ 1º e 5º, do artigo 63, bem como
do parágrafo único do artigo 64, da Lei



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

Complementar nº 55, de 17 de junho de 2010, do Município de Ubarana, na parte em que (i) instituem Gratificação de Regime Especial de Trabalho para servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão (§ 5º do art. 63) e que (ii) delegam à autoridade concedente o critério para fixação dessa verba (§ 1º do art. 63 e parágrafo único do art. 64).
2 - Alegação de ofensa às disposições do art. 5º, art. 24, § 2º, I, art. 111, art. 128 e art. 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo. Reconhecimento.
3 – Primeiro aspecto. Extensão da Gratificação aos ocupantes de cargos em comissão (art. 63, § 5º). Inadmissibilidade. Vantagem pecuniária (instituída para recompensar o servidor que for designado para ficar à disposição da Administração 24 horas por dia) que não poderia contemplar os ocupantes de cargos comissionados, porque eles já trabalham em regime especial que pressupõe dedicação integral, como decorrência da relação de confiança com a autoridade nomeante. Inconstitucionalidade manifesta, não só por esse fundamento (**incompatibilidade da gratificação com a natureza do cargo**), mas também por ofensa aos princípios da razoabilidade e moralidade administrativa.
4 – Segundo aspecto. Critério para fixação da verba. Delegação à autoridade concedente. Impossibilidade. Ofensa ao princípio da legalidade. Embora seja do Prefeito Municipal a iniciativa da proposta (dispondo sobre remuneração de servidores) toda questão (inclusive a regulamentação) envolvendo fixação do



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

valor da gratificação deve ser tratada por meio de lei (em sentido estrito), sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, "traduz situação configuradora de ilícito constitucional a outorga parlamentar ao Poder Executivo de prerrogativa jurídica cuja 'sedes materiae' – tendo em vista o sistema constitucional de poderes limitados vigentes no Brasil – só pode residir em atos estatais primários editados pelo Poder Legislativo" (ADI 1.296-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14/06/1995, Plenário). 5 – Ação julgada procedente, com modulação". (TJ/SP, ADI nº 2220791-50.2015.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, julgado em 1º de junho de 2016) (grifo nosso)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EXPRESSÕES 'A SER FIXADA PELO PREFEITO, NO ATO DA ATRIBUIÇÃO', DO ARTIGO 21; 'SOMADO ÀS VANTAGENS A ELE INCORPORADAS', DO §1º DO ARTIGO 21; 'REMUNERAÇÃO' E 'CORRESPONDENTE À ÚLTIMA QUE O FUNCIONÁRIO ESTIVER', DO §2º DO ARTIGO 21; 'VENCIMENTOS OU PROVENTOS', DO §2º DO ARTIGO 86; '3 (TRÊS) ANOS', DO ARTIGO 100; 'TRIÊNIO', DO §1º, DO ARTIGO 100; 'REMUNERAÇÃO INCORPORADA' E 'ADICIONAL TRINTENÁRIO', DO ARTIGO 102; 'MAIS AS VANTAGENS INCORPORADAS', DO §1º, DO ARTIGO 102; ALÉM DO §2º DO ARTIGO 102, E ARTIGO 253 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 25/2007; ARTIGOS



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

25, 26, 27, INCISO II, 28, INCISOS I A IV, 29, INCISO II, 30, INCISOS I E II, BEM COMO §§1º A 3º, 31, 32 E 33 E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 2065/2013; EXPRESSÃO 'REMUNERAÇÃO', DO §1º, DO ARTIGO E 44, DA LEI MUNICIPAL Nº 2136/2013, E, FINALMENTE, EXPRESSÃO 'VENCIMENTOS INTEGRAIS', DO INCISO XIX, DO §2º, DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL, TODAS DO MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA – ALEGAÇÃO DE MÁCULA AOS ARTIGOS 111, 115, INCISO XVI, 126, 129, 133 E 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – REGRA CONSTITUCIONAL QUE VEDA O CHAMADO 'EFEITO CASCATA', COM INCIDÊNCIA RECÍPROCA DE ADICIONAIS, QUE IMPÕE APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO EM RELAÇÃO AO INCISO XIX, DO §2º, DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL, AO §1º DO ARTIGO 21, DA LC Nº 25/2007 E AO §1º, DO ARTIGO 44, DA LEI MUNICIPAL Nº 2.136/2007, CONJUGANDO SUA APLICAÇÃO À OBSERVÂNCIA DA VEDAÇÃO PREVISTA NA CARTA ESTADUAL (ARTIGO 115, INCISO XVI C.C. ARTIGO 129) – EXPRESSÃO 'A SER FIXADA PELO PREFEITO, NO ATO DE ATRIBUIÇÃO' E 'ATÉ' CONSTANTES DO 'CAPUT' **DO ARTIGO 21, DA LC Nº 25/2007 (QUE DISPÕE SOBRE FIXAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO EM RAZÃO DO EXERCÍCIO DE CARGO COMISSIONADO PELO SERVIDOR)**, QUE SE REVELAM INCONSTITUCIONAIS, POR MACULAREM OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E RAZOABILIDADE, DIANTE DA



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

DISCRICIONARIEDADE OUTORGADA AO CHEFE DO EXECUTIVO PARA FIXAÇÃO DA VANTAGEM EM PATAMAR SUBJETIVO, OBSERVADO O LIMITE PREVISTO, POSSIBILITANDO REPUDIADA DIFERENCIAÇÃO OU FAVORECIMENTO PESSOAL ENTRE SERVIDORES NA MESMA CONDIÇÃO JURÍDICA, OLVIDADA AINDA A RESERVA LEGAL EM MATÉRIA DE REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS (ARTIGOS 111 E 128 DA CE E 37, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA) – FORMA DE INCORPORAÇÃO DO CARGO EM COMISSÃO PREVISTA NO §2º, DO ARTIGO 21, DA LC Nº 25/2007 QUE NÃO VULNERA A REGRA DO ARTIGO 133 DA CE – PRESTÍGIO, ADEMAIS, AO PRINCÍPIO DA ESTABILIDADE FINANCEIRA, AFIRMADO PELO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SINGELA PREVISÃO DE INCORPORAÇÃO DE VANTAGENS PECUNIÁRIAS, NOS CASOS INDICADOS EM LEI (ARTIGO 86, §2º, DA LC Nº 25/2007) QUE NÃO ENSEJA, AUTOMATICAMENTE, 'EFEITO CASCATA' – INSTITUIÇÃO DE ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO (ARTIGO 100 E §1º, DA LC Nº 25/2007), BASEADO EM TRIÊNIO, QUE NÃO É COIBIDA E NÃO VULNERA OS ARTIGOS 115, INCISO XVI, E 129 – PREVISÃO DE ADICIONAL TRINTENÁRIO (ARTIGOS 102 E §2º DA LC Nº 25/2007), ADEMAIS, QUE NÃO CONFLITA COM O DIREITO À SEXTA-PARTE, VIÁVEL A CUMULAÇÃO DE VANTAGENS PREVISTAS EM LEI DESDE QUE ATINGIDOS OS RESPECTIVOS REQUISITOS LEGAIS – FORMA DE CÁLCULO DO



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

ADICIONAL TRINTENÁRIO, TODAVIA, QUE RESVALA NO ÓBICE DO 'EFEITO CASCATA' (ARTIGO 115, XVI, CE), RAZÃO PELA QUAL INCONSTITUCIONAL A EXPRESSÃO 'MAIS AS VANTAGENS INCORPORADAS' REFERENTE À FORMA DE INCIDÊNCIA PREVISTA NO §1º, DO ARTIGO 102, DA LC Nº 25/2007 – RETROAÇÃO BENÉFICA DA LC Nº 25/2007, NOS TERMOS DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ARTIGO 253, PARA PRESERVAR A INCORPORAÇÃO DA DIFERENÇA REMUNERATÓRIA DE SERVIDORES EFETIVOS OCUPANTES DE CARGOS COMISSONADOS OU FUNÇÃO GRATIFICADA, EM PRESTÍGIO À ESTABILIDADE FINANCEIRA – DISPOSITIVOS DIVERSOS (ARTIGOS 25, 26, 27, INCISO II, 28, INCISOS I A IV, 29, INCISO II, 30, INCISOS I E II, BEM COMO §§1º A 3º, 31, 32 E 33 E PARÁGRAFO ÚNICO), DA LEI Nº 2065/2013, QUE DISCIPLINA O PLANO DE CARREIRA DO MAGISTÉRIO PÚBLICO MUNICIPAL DE CARAGUATATUBA, QUE NÃO VIOLAM OS ARTIGOS 111, 115, INCISO XVI E 126 DA CE – INSTITUIÇÃO DE PLANO DE CARREIRA DO MAGISTÉRIO QUE ATENDE A PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ÁREA DA EDUCAÇÃO – VALORIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO SETOR, OBSERVADAS AS PECULIARIDADES DA CARREIRA, VISANDO À MELHOR QUALIDADE NO ENSINO PÚBLICO – NORMAS, ADEMAIS, QUE EXPRESSAMENTE PREVEEM A INCIDÊNCIA DOS ADICIONAIS DECORRENTES DAS FORMAS DE PROGRESSÃO FUNCIONAL SOBRE O VENCIMENTO-



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

BASE, ARREDANDO ALEGADO 'EFEITO CASCATA' – ALEGADAS QUESTÕES DE ÍNDOLE PREVIDENCIÁRIA, ADEMAIS, QUE SÃO ESTRANHAS À FINALIDADE RESTRITA DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE – PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO”. (TJ/SP, ADI nº 2167153-05.2015.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, julgado em 02 de março de 2016) (grifo nosso)

Ademais, o § 2º do art. 80 da Lei Complementar n. 11/2014 do Município de Tietê agrava o prejuízo à Administração ao determinar que a gratificação será incorporada ao vencimento do servidor.

Referida previsão, para todos os fins, acaba gerando o proibido efeito cascata, em afronta ao art. 115, XVI, da Constituição Estadual.

Este colendo Órgão Especial em oportunidades anteriores já declarou a inconstitucionalidade de normas similares:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 81, da Lei Complementar nº 08/1992, e da Lei nº 1.082/2011, do Município de Macedônia, instituindo, a primeira, a incorporação de quinquênios aos vencimentos dos servidores ‘para todos os efeitos’, gerando o efeito conhecido como ‘repique’ ou ‘cascata’, tendo a segunda mencionada lei criado o 14º salário a ser pago no mês do aniversário do servidor.

1. O efeito gerado pela LC 08/92 no cálculo do adicional viola proibição constitucional de acumulação de acréscimos ulteriores, os quais devem



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

incidir sem considerar aquela incorporação.
Precedentes do STF.

2. Do mesmo modo, '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, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna', tal como na concessão injustificada de 14º salário, há afronta aos princípios constitucionais da moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público.

3. Ofensa aos artigos 111, 115, XVI, e 128, da Constituição Bandeirante.

4. Julgaram procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade do artigo 81, da Lei Complementar nº 08/1992, e da Lei nº 1.082/2011, do Município de Macedônia" (ADI 2213310-70.2014.8.26.0000, Rel. Des. Vanderci Álvares, v.u., 04-02-2015).

Desta forma, o art. 80 da Lei Complementar n. 11/2014 do Município de Tietê é inconstitucional por violação os artigos 5º, 24, § 2º, 1, 111, 115, XVI, e 128 da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta.

c) INCONSTITUCIONALIDADE DA ALÍNEA "A" DO INCISO I E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 146 DA LEI COMPLEMENTAR N. 11/2014 DO MUNICÍPIO DE TIETÊ.



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

O art. 146, I, “a”, da Lei Complementar n. 11/2014 de Tietê estabeleceu que o servidor público tem a prerrogativa de se ausentar no serviço, por um dia, na data do seu aniversário.

O parágrafo único do art. 146 da lei em exame, ademais, previu que, caso o dia do aniversário coincida com sábado, domingo ou feriado, o direito será postergado para o primeiro dia útil subsequente.

Tais previsões contrariam o ordenamento constitucional vigente. Senão vejamos.

A instituição de vantagens, **pessoais ou 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.

No caso, a possibilidade de ausência ao trabalho no dia do aniversário, sem a caracterização de falta, não atende a nenhum interesse público e, tampouco, às exigências do serviço, servindo apenas como mecanismo destinado a beneficiar interesses exclusivamente privados dos agentes públicos.

Vale lembrar, nesse passo, o ensinamento de Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 34. Ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 495), que, criticando a excessiva liberalidade da Administração Pública na concessão de vantagens pecuniárias “anômalas” - raciocínio perfeitamente aplicável à concessão de vantagens pessoais sem qualquer razão de interesse público -, pontuava que:

“(...) 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



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

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. (...)”

Outrossim, o diploma legal impugnado viola o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, que deve nortear a Administração Pública e a atividade legislativa, com assento no art. 111 da Constituição do Estado.

Não é demais repetir que o princípio da razoabilidade exige que a norma 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 (as restrições, imposições ou ônus dela decorrentes não devem ser excessivos ou incompatíveis com os resultados a alcançar).

E, a autorização de falta, na forma concebida, 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 concessão; (b) é, por consequência, inadequado na perspectiva do interesse público; (c) é desproporcional em sentido estrito, pois cria ônus financeiro que



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

naturalmente se mostra excessivo e inadmissível, tendo em vista que não acarretará benefício algum para a Administração Pública.

Confira-se: Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 14. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 101; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 19. ed., São Paulo, Atlas, 2006, p. 95; Gilmar Ferreira Mendes, “A proporcionalidade na jurisprudência do STF”, publicado em *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e Celso Bastos Editor, 1998, p.83.

Em situações análogas, aplicáveis ao caso *mutatis mutandis*, decidiu este Colendo Órgão Especial:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Perda superveniente do interesse de agir, pela perda do objeto da ação, no que se refere ao art. 3º, e anexo I da Lei nº 1920, de 15 de agosto de 1991, da Lei nº 3.097, de 18 de março de 2013, do § 3º do art. 30 da Lei nº 2.808, de 31 de dezembro de 2.008, dos artigos 80, 81, caput, 100, caput, inciso I, e seu parágrafo único, da Lei Complementar nº 37, Lei nº 2.434, de 21 de dezembro de 2001, Lei nº 2.661, de 22 de agosto de 2006 e Lei n. 2.994, de 04 de agosto de 2011, do Município de Santa Rita do Passa Quatro, porque revogados ou alterados pelas Leis Complementares nºs 60, de 11 de junho de 2014, e 64, de 27 de junho de 2014 Quanto a esses dispositivos o processo é julgado extinto sem julgamento do mérito. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Quanto ao art. 102, e seus parágrafos, da Lei Complementar nº 37/2012,



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

que trata do **"prêmio de aniversário"**, não sofreu alteração ou revogação. **A instituição do "prêmio de aniversário" não atende o interesse público e as exigências do serviço público, bem como os princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade, violando os artigos 111 e 128 da Constituição do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade declarada.** Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente quanto ao art. 102 e seus §§, da Lei Complementar nº 37/2012 do Município de Santa Rita do Passa Quatro, e extinto o processo, sem exame do mérito, em relação aos demais dispositivos legais atacados." (TJ/SP; Órgão Especial; ADI nº 2070592-50.2014.8.26.0000; Des. Rel. João Carlos Saletti; D.J. 11/02/15) - (grifo nosso).

"Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 81, da Lei Complementar nº 08/1992, e da Lei nº 1.082/2011, do Município de Macedônia, instituindo, a primeira, a incorporação de quinquênios aos vencimentos dos servidores "para todos os efeitos", gerando o efeito conhecido como "repique" ou "cascata", tendo a segunda mencionada lei criado o **14º salário a ser pago no mês do aniversário do servidor.**

(...)

2. Do mesmo modo, "quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia,



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

segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna", tal como na concessão injustificada de 14º salário, há afronta aos princípios constitucionais da moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público. 3. Ofensa aos artigos 111, 115, XVI, e 128, da Constituição Bandeirante. 4. Julgaram procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade do artigo 81, da Lei Complementar nº 08/1992, e da Lei nº 1.082/2011, do Município de Macedônia." (TJ/SP; Órgão Especial; ADI nº 2213310-70.2014.8.26.0000; Des. Rel. Vanderci Álvares; D.J. 04/02/2015) - grifo nosso.

Portanto, a alínea "a" do inciso I e o parágrafo único do art. 146 da Lei Complementar n. 11/2014 do Município de Tietê violam os arts. 111 e 128 da Constituição Paulista, os quais são aplicáveis aos Municípios em virtude do art. 144 da mesma Carta.

d) INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS COMPLEMENTARES N. 30/2014, N. 12/2015 E N. 04/2016, DO MUNICÍPIO DE TIETÊ.

A Lei Complementar n. 13/2014 do Município de Tietê dispôs sobre a estrutura do Plano de Cargos, Carreiras e Vencimentos dos Servidores Públicos do Município de Tietê. Seu Anexo I, especialmente, tratou da denominação de cargos efetivos, respectivas jornadas de trabalho e remuneração.



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

Posteriormente, as Leis Complementares n. 30/2014, n. 12/2015 e n. 04/2016, do Município de Tietê, alteraram o Anexo I da Lei Complementar n. 13/2014, todas elas abreviando a jornada de trabalho de determinadas unidades efetivas, sem a correspondente diminuição dos vencimentos.

A Lei Complementar n. 30/2014 de Tietê restringiu a jornada de trabalho dos cargos de Médico e de Cirurgião Dentista de 20 para 10 horas semanais, mantendo-os nas mesmas referências salariais. A Lei Complementar n. 12/2015, daquela localidade, também diminuiu para 10 horas semanais a jornada de trabalho do cargo de Médico Veterinário. A Lei Complementar n. 04/2016 de Tietê, a seu modo, reduziu de 30 para 20 horas semanais a jornada dos cargos de Fonoaudiólogo, Fisioterapeuta e Terapeuta Ocupacional.

Com efeito, a instituição de vantagens, **pessoais ou 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.

No caso, a redução da jornada de trabalho sem a correspondente diminuição dos vencimentos configura aumento indireto salarial, além de não atender a nenhum interesse público e, tampouco, às exigências do serviço.

A redução gratuita da jornada de trabalho não se afina aos princípios constitucionais da Administração Pública, em especial, com os princípios da moralidade, interesse público, finalidade, exigências do serviço e razoabilidade (arts. 111 e 128 da Constituição Estadual).

Nesse sentido, em oportuna síntese, anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “sempre que em matéria administrativa se verificar que o



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

comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa” (Direito Administrativo, 19ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, p.94).

Não se ignora soar insólita *prima facie* à luz da proporcionalidade a medida, e, além disso, dada a generalidade e a indeterminação subjetiva que o predica, acaba configurando autêntico redimensionamento remuneratório.

É visível a afronta à razoabilidade (prevista no art. 111, da CE/89). A jurisprudência é fértil na aplicação do princípio, salientando o Supremo Tribunal Federal que “cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam” (RTJ 204/385). A Suprema Corte censura a irrazoabilidade das normas, limitando o poder de legislar ao enunciar que:

“(...) O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive *due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no



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

exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive *due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador” (STF, ADI-MC 1.407-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 07-03-1996, DJ 24-11-2000, m.v., p. 86).

Como anota Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o princípio da razoabilidade “visa a afastar o arbítrio que decorrerá da desadequação entre meios e fins”, tendo importância tanto quando da criação da norma, como quando de sua aplicação (*Curso de direito administrativo*, 14. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 101). Também nesse sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*, 19. ed., São Paulo, Atlas, 2006, p. 95).

Quanto à possibilidade de reconhecer-se a inconstitucionalidade com base na violação do princípio da razoabilidade, em sede doutrinária, Gilmar Ferreira Mendes, examinando a aplicação do princípio da



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

proporcionalidade pelo E. STF anotou “de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido)” (cf. **A proporcionalidade na jurisprudência do STF**, publicado em Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e Celso Bastos Editor, 1998, p.83).

Nesse mesmo sentido, esse E. Órgão Especial reconheceu a inconstitucionalidade de lei de Paraibuna que, de modo despropositado, reduziu a jornada de trabalho de determinado grupo de servidores, conforme se infere da ementa a seguir transcrita:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Municipal que, para determinados cargos, reduz a carga horária, de 40 para 20 horas semanais - Servidores que, quando se submeteram ao concurso, conheciam as condições estabelecidas no edital - Redução que afronta o disposto nos artigos 25 e 111 da Constituição do Estado de São Paulo – Ação procedente.” (ADI 128.024-0/3-00, rel. des. Laerte Nordi, j. 20.09.2006).

Diante do conjunto de parâmetros desrespeitados pelas Leis Complementares n. 30/14, n. 12/15 e 04/16, do Município de Tietê, que alteraram a jornada de trabalho de determinados servidores públicos, é imperativo o reconhecimento da inconstitucionalidade, por afronta aos arts. 111 e 128 da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta.



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

IV – PEDIDOS.

Face ao exposto, requer o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do inciso VII do art. 71, dos arts. 80, 86, 87 e 88, da alínea “a” do inciso I e do parágrafo único do art. 146, e dos arts. 263, 265 e 266, da Lei Complementar n. 11, de 20 de maio de 2014, com as alterações promovidas pelas Leis Complementares n. 21, de 09 de setembro de 2014, n. 05, de 12 de março de 2015, e n. 09, de 08 de abril de 2015; e das Leis Complementares n. 30, de 05 de novembro de 2014, n. 12, de 07 de maio de 2015 e n. 04, de 29 de março de 2016, todas do Município de Tietê.

Requer-se, ainda, sejam requisitadas informações ao Prefeito Municipal e ao Presidente da Câmara Municipal de Tietê, bem como, posteriormente, citado o douto Procurador-Geral do Estado para se manifestar sobre as normas impugnadas, protestando por nova vista para manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 17 de novembro de 2017.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

aaami/mjap