TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2020.0000542658

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2030887-69.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITAPECERICA DA SERRA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITAPECERICA DA SERRA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM RESSALVA, NA PARTE CONHECIDA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES E EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 15 de julho de 2020

MÁRCIO BARTOLI

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2030887-69.2019.8.26.0000

São Paulo

Requerente: Prefeito do Município de Itapecerica da Serra

42.075

I. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Arts. 35, 36, 38, 39, Anexo V, 40 e 41, todos da Lei nº 2.112/2010; art. 15 da Lei nº 2.146/2010; art. 16, §§ 1º e 2º, da Lei nº 2.441/2015; arts. 148, 153 e 154, todos da LC nº 36/2016. Normas de Itapecerica da Serra. Instituição de gratificações pecuniárias a servidores municipais.

II. Parte dos dispositivos legais revogada antes ou depois do ajuizamento da ação direta. Ausência de interesse processual, nesse particular. Extinção do feito sem resolução do mérito. Precedentes deste Órgão Especial e do STF. Art. 485, VI, CPC. O intento de revisão de decisões proferidas pela Justiça do Trabalho e Justiça Comum a respeito dos dispositivos revogados escapa aos limites da ação direta de inconstitucionalidade. Feito de índole objetiva, que não se presta a proteger situações jurídicas pessoais e concretas. Eventuais irresignações com as decisões judiciais da Justiça Especializada e Justiça comum, exaradas em processos subjetivos, devem ser deduzidas nas vias próprias. Alegações que não podem ser sequer apreciadas no âmbito da ação direta.

III. Não demonstrada a ocorrência de vício formal de constitucionalidade na aprovação da Lei nº 2.112/2010. Existência nos autos de documento comprobatório de sua aprovação pela Câmara Municipal,"*conforme a Legislação vigente,* e sanção pelo Chefe do Poder Executivo. Ainda que houvesse os vícios alegados no tocante a normas infraconstitucionais disciplinadoras do processo legislativo, essa matéria não é passível de conhecimento pela via da ação direta. Eventuais vícios reflexos de inconstitucionalidade a serem solucionados no plano da legalidade. Jurisprudência deste Órgão Especial e STF.

IV. Arts. 148, 153 e 154, todos da LC nº 36/2016. Gratificações "de atividade", "por desempenho de atividade" e "de prevenção e educação para o trânsito". Não verificada situação de alteridade, anormalidade ou excepcionalidade a atender ao requisito

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

constitucional do interesse público. Pagamento de gratificação pelo mero desempenho das atribuições legais dos servidores beneficiários. Gratificação sem real fundamentação. Parágrafos únicos dos arts. 148 e 153 (ref. cargos de "Agente Administrativo II" e "Agente Administrativo III"), ademais, que ferem o princípio da reserva legal, por não estabelecerem critérios objetivos para a eleição do montante financeiro cabível ao servidor. Inconstitucionalidade de norma que confere ao administrador excessiva discricionariedade na fixação do valor da gratificação. Ofensa aos artigos 111 e 128 da CE.

V. Na parte conhecida, pedido julgado parcialmente procedente. Impedida, contudo, a repetição dos valores recebidos de boa-fé até o presente julgamento. Segurança jurídica. Art. 27 da Lei nº 9.868/1999.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, ajuizada pelo Prefeito do Município de Itapecerica da Serra, visando à declaração de inconstitucionalidade dos **artigos 35, 36, 38, 39, Anexo V, 40 e 41, todos da Lei nº 2.112, de 2 de julho de 2010**; **artigo 15 da Lei nº 2.146, de 5 de novembro de 2010; artigo 16, §§ 1º e 2º, da Lei nº 2.441, de 30 de abril de 2015**; **artigos 148, 153 e 154, todos da Lei Complementar nº 36, de 30 de março de 2016**, daquele Município. Segundo o requerente, os artigos 39, 40 e 41 da Lei nº 2.112/2010 foram revogados pela Lei nº 2.146/2010, porém a Justiça do Trabalho, desconsiderando a revogação, determinou ao Município o pagamento de gratificações, nos autos de inúmeras ações propostas por funcionários públicos. Afirma, ainda, que, após a modificação do

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

regime jurídico dos servidores da administração de Itapecerica da Serra, em março de 2015, de celetista para estatutário, promulgou-se o novo Estatuto de Servidores Públicos, com repetição do texto quanto às gratificações nos artigos 148, 153 e 154 da Lei Complementar nº 36/2016. Argumenta que as gratificações devem ser vantagens pecuniárias precárias, instituídas contingentemente, 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). No caso, entretanto, considera que as vantagens previstas nos artigos 35, 36 e 38 da Lei nº 2.112/2010 e artigos 148, 153 e 154, da Lei Complementar nº 36/2016, têm como fundamentos atributos intrínsecos ao exercício do próprio cargo, e que, portanto, não poderiam ser definidos como critérios para a concessão das gratificações ora impugnadas. Salienta, nesse sentido, que o servidor público tem o dever de apresentar desempenho produtivo no exercício do cargo, por força do princípio constitucional da eficiência. Desse modo, os motivos ensejadores das gratificações estabelecidas pela lei municipal ora questionada não ultrapassam a fronteira do próprio dever funcional. Aduz que, se não há uma razão peculiar, além do simples exercício da própria função inerente ao cargo, não se

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

justifica a instituição, por lei, de vantagem pessoal, na forma de adicional ou gratificação. Sublinha que, por isso, os dispositivos legais atacados afrontam o disposto no artigo 111, por violação aos princípios da razoabilidade e da moralidade, e o artigo 128, ambos da Constituição Estadual. Especificamente no que toca ao parágrafo único do artigo 148 da Lei Complementar nº 36/2016, alega desobediência ao princípio da reserva legal, que exige lei em sentido estrito para a fixação do percentual de gratificação. Defende a mesma tese a respeito da ausência de percentual da gratificação dos cargos de agente administrativo II e III, no artigo 153, parágrafo único, da mesma lei. Enfatiza que tais normas, ao permitirem acréscimo patrimonial, de forma aleatória pelo Executivo e sem o devido fator discriminador quanto à execução de atividades peculiares ou a condições anormais de serviço, ferem a isonomia, a impessoalidade e a moralidade administrativa. Pontua, ademais, que, embora os artigos 39, 40 e 41 da Lei nº 2.112/2010 tenham sido revogados pela Lei nº 2.146/2010, a Justiça do Trabalho, inclusive o Tribunal Superior do Trabalho, determinou o pagamento de gratificações previstas nas disposições revogadas, nos autos de Reclamações Trabalhistas promovidas por diversos servidores a partir de 2012. O requerente faz críticas às decisões da Justiça Especializada, a quem atribui

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

interferência na atuação da administração municipal, a fim de defender que tais entendimentos demonstrariam que os citados artigos - 39, 40 e 41 da Lei nº 2.112/2010 - ainda *"estão vivos"*. Diz que a primeira instância da justiça comum também tem concedido gratificações instituídas por normas já revogadas, tudo a evidenciar, de acordo com a inicial, a necessidade de declaração de inconstitucionalidade dos artigos 39, anexo V, 40 e 41, todos da Lei nº 2.112/2010. A propósito, assevera que as decisões judiciais que impuseram o pagamento de gratificações a servidores provocaram alta despesa mensal do Município e precatórios que somaram 3 milhões no ano de 2018 e mais de quinze milhões em 2019. Por fim, relata a existência de vício formal de constitucionalidade da Lei nº 2.112/2010, pois a tramitação do seu projeto não obedecera as disposições da Lei Orgânica do Município de Itapecerica da Serra, Regimento Interno da Câmara Municipal, artigos 47 da Constituição Federal e artigo 10, §1º, da Constituição do Estado de São Paulo. Alega inobservância do Regimento da Câmara de Vereadores, em razão da ausência de parecer da Comissão Permanente de Justiça e Redação quanto ao aspecto constitucional, legal e regimental do projeto. Nesse ponto, afirma que se trata de questão jurídica, a ser examinada pelo Poder Judiciário, tendo em vista que Comissões

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

Permanentes exerce papel fundamental na atividade legiferante e para o devido processo legislativo. Requer, por esses fundamentos, a declaração de inconstitucionalidade das normas impugnadas (fls. 01/32). Constam documentos anexos à inicial (fls. 33/824).

A liminar foi indeferida às fls. 826/828. Os embargos de declaração opostos pelo requerente foram rejeitados pela decisão de fls. 1079/1082. Interpôs-se, então, agravo interno da decisão monocrática, indeferido pelo Órgão Especial por acórdão de fls. 1138/1145. Foram opostos novos aclaratórios, dessa vez da decisão colegiada. Os embargos foram acolhidos em parte, sem, contudo, modificação no resultado do julgamento (fls. 1200/1207).

Houve o decurso do prazo legal sem a manifestação da Procuradora-Geral do Estado (fls. 1215).

O Presidente da Câmara de Vereadores de Itapecerica da Serra prestou informações às fls. 1350/1363.

Indeferiu-se o requerimento de ingresso como *amicus curiae* formulado pelo Sindicato dos Funcionários Públicos Municipais de Itapecerica da Serra, nos termos da decisão de fls. 1378/1381.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela extinção do processo, sem resolução do mérito, no que diz respeito

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

ao pedido de declaração de inconstitucionalidade dos artigos 39, 40 e 41 e Anexo V (a que esses dispositivos fazem menção), da Lei nº 2.112/1990, por inexistência de interesse de agir, diante de sua revogação pela Lei nº 2.146/2010. Observado esse óbice processual, manifestou-se pela procedência parcial do pleito (fls. 1218/1231).

2. Antes de mais, registre-se que **o feito deve ser extinto sem resolução do mérito** em relação à alegada inconstitucionalidade (i) **dos artigos 35, 36, 38, 39, 40 e 41, todos da Lei nº 2.112/2010, bem como do Anexo V**, a que tais dispositivos fazem alusão; bem como (ii) **do artigo 15 da Lei nº 2.146/2010 e do artigo 16, §§ 1º e 2º, da Lei nº 2.441/2015.** Com efeito, os artigos 35, 36 e 38 foram expressamente revogados pelo artigo 22, inciso II, alíneas *i*, *j* e *k*, da Lei nº 2.760, de 18 de dezembro de 2019. Já os artigos 39, 40 e 41 foram revogados pelo artigo 16 da Lei nº 2.146/2010. O artigo 15 da Lei nº 2.146/2010 e o artigo 16, §§ 1º e 2º, da Lei nº 2.441/2015, por seu turno, foram revogados, respectivamente, pelo artigo 22, inciso III, alínea *f*, e artigo 22, inciso VIII, alínea *a*, da Lei nº 2.760, de 18 de dezembro de 2019 (cf. fls. 183 e consulta à legislação vigente no sítio eletrônico da Câmara Municipal de Itapecerica da Serra).

Não está presente, portanto, a condição de

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

interesse de agir nesse particular, em função da inutilidade da declaração de invalidade de disposições legais que não mais estão em vigor, **independentemente dos efeitos que tais normas possam ter surtido quando vigentes.**

Nesse sentido, *"**[a] constatação do interesse de agir faz-se, sempre, in concreto, à luz da situação narrada no instrumento da demanda.** Não há como indagar, em tese, em abstrato, se há ou não interesse de agir, pois ele sempre estará relacionado a uma determinada demanda judicial. **O conceito de interesse de agir é lógico-jurídico**, e não jurídico-positivo, 'exatamente porque não decorre de um específico ordenamento jurídico, não variando de acordo com as definições empregadas por cada sistema normativo, sendo, ao contrário, uniforme e constante em todos os ordenamentos. Se sua inobservância acarretará a extinção do processo sem ou com julgamento de matéria, é problema que, realmente, será disciplinado por cada ordenamento jurídico. Só que tal problema se insere no âmbito dos efeitos, das consequências dos consectários da ausência do interesse de agir, não dizendo respeito ao seu conceito'. Trata-se de conceito formulado pela ciência jurídica. **O exame do interesse de agir (interesse processual) passa pela verificação de duas circunstâncias: a) utilidade** e b) **necessidade***

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

do pronunciamento judicial"[1].

A propósito, *"**Interesse de agir é, por isso, um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente***"[2].

Confira-se precedente recente do **Supremo Tribunal Federal** em relação ao tema:

"*EMENTA. CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DA LEI IMPUGNADA APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. PERDA PARCIAL DO OBJETO. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIALMENTE PREJUDICADA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO ARTIGO 36, § 1º, DA LEI Nº 3.189, DE 22 DE FEVEREIRO DE 1999, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, POR VIOLAÇÃO DO ARTIGO 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE*

[1] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil:* vol. 1. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.246 – destaquei.
[2] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. I, p. 155 – destaquei.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

AFRONTA A DIREITO ADQUIRIDO. PRECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA. 1. ***A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que a revogação expressa ou tácita da norma impugnada, bem como sua alteração substancial, após o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, acarreta a perda superveniente do seu objeto, independentemente da existência de efeitos residuais concretos dela decorrentes****. Vocação dessa espécie de ação constitucional a assegurar a higidez da ordem jurídica vigente. Considerando a alteração substancial do ato normativo impugnado, a ação direta de inconstitucionalidade está parcialmente prejudicada. 2. Alegação de inconstitucionalidade material por violação do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. O artigo 36 da Lei Estadual nº 3.189/199 efetivou a extinção dos pensionamentos aos dependentes de servidores do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, derivados do regime especial instituído pela Lei nº 7.301/73. O parágrafo 1º ressalva os pensionamentos já devidos à época da edição da lei, cujo pagamento passou a ser efetuado pela RIOPREVIDÊNCIA. Impossibilidade de extensão da ressalva a quem tinha mera expectativa de direitos, não protegida constitucionalmente. O STF tem entendimento assente no sentido de que não se pode invocar direito adquirido a regime jurídico, inclusive o*

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

previdenciário. 3. Ação conhecida em parte para julgar o pedido improcedente." (ADI 2049, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 25-11-2019 PUBLIC 26-11-2019, grifado).

Não é diferente o entendimento deste Órgão Especial: "*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ARTIGO 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 1.664, DE 17 DE ABRIL DE 2009, DO MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA -* ***NOTÍCIA DE REVOGAÇÃO DO DISPOSITIVO IMPUGNADO NO CURSO DA DEMANDA - PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO - PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 485, INCISO VI, DO CPC****". "Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão (artigo 493 do CPC/2015)".* ***"A revogação ou o exaurimento do ato normativo impugnado na ação direta de inconstitucionalidade conduzem à perda superveniente do interesse processual***". (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2247896-60.2019.8.26.0000; Relator (a): Renato Sartorelli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento:

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

13/05/2020; Data de Registro: 15/05/2020, grifado.)

Sendo assim, nota-se, entre as pretensões do requerente, o intento de verdadeira revisão de decisões da Justiça do Trabalho e da Justiça Comum, relacionadas aos dispositivos já revogados, medida que, obviamente, escapa aos limites da ação direta de inconstitucionalidade. A ação aqui julgada não se presta a proteger situações jurídicas subjetivas, pessoais e concretas. Eventuais irresignações com as decisões judiciais criticadas pelo requerente na inicial, prolatadas em processos subjetivos, devem ser deduzidas nas vias próprias. Tais alegações, reitera-se, não podem ser sequer apreciadas neste âmbito.

3. No que respeita ao aduzido vício de constitucionalidade na produção da Lei nº 2.112/2010, nada há nos autos a comprovar que o projeto não tenha sido aprovado pela maioria dos Vereadores de Itapecerica da Serra. Ao revés, consta às fls. 258 que o projeto recebeu a aprovação da Casa Legislativa, "*conforme a Legislação vigente*" (ofício do Presidente da Câmara remetido ao Prefeito Municipal), e foi sancionado pelo Chefe do Poder Executivo (fls. 259/260).

Além disso, ainda que houvesse os vícios alegados, por suposta contrariedade a normas **infraconstitucionais**

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

disciplinadoras do processo legislativo, essa matéria não é passível de conhecimento por esta via, porquanto a jurisprudência deste Tribunal[3] e a do Supremo Tribunal Federal[4] são pacíficas em reconhecer que eventuais vícios **reflexos de inconstitucionalidade** – assim definidos como ofensas a normas infraconstitucionais às quais a Constituição faça direta remissão – **deverão ser solucionados no plano da legalidade, sendo vedado o conhecimento dessas questões em sede de controle direto, abstrato, de constitucionalidade**.

Assim, embora a Constituição do Estado faça direta remissão, em seu artigo 28, à aprovação de projetos de lei "***na forma regimental***", o alegado desrespeito a normas infraconstitucionais que disciplinam o processo legislativo não enseja o reconhecimento de inconstitucionalidade pela via concentrada.

Por essa razão, tampouco o suposto contraste do rito adotado na aprovação da normativa com a Lei Orgânica Municipal estaria sujeito ao controle concentrado de constitucionalidade. Cuidando-se o alegado vício de questão de ordem infraconstitucional

[3] ADI nº 0197890-93.2013.8.26.0000, rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 26.03.2014. **E, no mesmo sentido:** ADI nº 0017102-84.2013.8.26.0000; rel. Des. Antonio Luiz Pires Neto, j. 21.08.2013; ADI nº 0151670-42.2010.8.26.0000, rel. Des. Samuel Júnior, j. 09.02.2011.

[4] ADI 3132, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.02.2006. **E, no mesmo sentido:** ADI 2243, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.08.2000; ADI 2626, rel. Min. Sydney Sanches, j. 18.04.2004; ADI 1900-MC, rel. Min. Moreira Alves, j. 05.05.1999.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

- solucionável no plano da legalidade -, não se pode conhecer da questão em sede de ação direta.

4. Os demais dispositivos impugnados na presente ação, todos previstos na **Lei Complementar nº 36, de 30 de março de 2016**, estão dispostos nos seguintes termos:

"*LEI COMPLEMENTAR Nº 36, DE 30 DE MARÇO DE 2016*

DISPÕE SOBRE O ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE ITAPECERICA DA SERRA, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

(...)

SUBSEÇÃO III

DA GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE

Art. 148 Fica facultado o pagamento de gratificação de atividade, no limite máximo do valor da referência, aos servidores que exerçam as funções de: Agente de Necrópole, Agente Fiscal, Arquiteto, Auxiliar de Topógrafo, Borracheiro, Carpinteiro, Coletor de Lixo, Comprador, Coveiro, Cozinheiro, Eletricista de Autos, Eletricista de Manutenção, Encanador, Engenheiro, Exumador, Frentista, Funileiro de Autos, Jardineiro, Integrantes da Guarda Municipal, Lavador de Veículos, Limpador de Bueiros, Mecânico,

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

Mestre-de-Obras, Motoboy, Motorista de Ambulância e de Carro Ambulatório, Motorista de Automóveis, Motorista de Caminhão Leve, Motorista de Caminhão (veículos pesados com capacidade igual ou superior a seis toneladas de carga), Motorista de Transporte Escolar, Operador de Patrol, Operador de Pá Carregadeira, Operador de Retroescavadeira, Operador de Rolo Compactador, Operador de Trator de Esteira, Pedreiro, Pintor de Paredes, Pintor de Veículos, Servente de Obras, Servidor Braçal, Servidores que prestam serviços em Cemitérios Municipais, Técnico em Contabilidade, Técnico em Segurança do Trabalho, Técnico Financeiro e Tecnólogo em Administração e Financeira.

Parágrafo único. O percentual de gratificação será definido por Ato do Executivo.

(...)

SUBSEÇÃO VIII

DA GRATIFICAÇÃO POR DESEMPENHO DE ATIVIDADE

Art. 153 A gratificação de desempenho de Atividade será atribuída aos Agentes Administrativos II, Agentes Administrativos III, Auxiliares de Enfermagem, Técnicos de Enfermagem da Saúde e aos Diretores de Escola.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

Parágrafo único. A gratificação de Desempenho de Atividade prevista no caput, será concedida no percentual de vinte por cento aos servidores da Saúde e aos Diretores de Escola no percentual de quatorze por cento sobre o vencimento e não se incorporará ao vencimento para qualquer efeito.

SUBSEÇÃO IX

DA GRATIFICAÇÃO DE PREVENÇÃO E EDUCAÇÃO PARA O TRÂNSITO

Art. 154 Será atribuída aos Agentes de Trânsito e Transportes a título de incentivo aos que atuam na prevenção, educação, operação, organização e fiscalização de trânsito e transporte, promovendo permanente ação preventiva e educativa, conforme orientação da Secretaria Municipal de Segurança, Trânsito e Transporte e normas emanadas no Código de Trânsito Brasileiro - CTB.

Parágrafo único. A gratificação de prevenção e educação para o trânsito será concedida no percentual de cinquenta por cento sobre o vencimento base do servidor e não comporá a base de cálculo da contribuição previdenciária e não será objeto de qualquer espécie de incorporação à remuneração ou proventos do servidor."

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

5. **Nesse particular, já em análise do mérito, o pedido deve ser julgado procedente**, vez que as normas impugnadas criaram gratificações pecuniárias para servidores públicos de Itapecerica da Serra utilizando, para tanto, critério desvinculado da existência de correspondente interesse público, em ofensa à regra contida no artigo 128 da Constituição do Estado de São Paulo.

Necessário destacar, primeiramente, que, desde a edição da Emenda Constitucional nº 19/98, a **eficiência** foi incluída como princípio a ser observado pela Administração Pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – sendo admitido pela jurisprudência, desde então, o estabelecimento de gratificações fundadas na maior produtividade e aproveitamento de servidores públicos.

A Constituição do Estado de São Paulo, ao tratar dos princípios regentes da Administração, prevê, em seu artigo 111, que "*[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*" (grifamos).

6. No tocante às vantagens, de qualquer

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

natureza, instituídas para gratificação de servidores públicos, estabelece a norma fundante, em seu artigo 128, que "*as vantagens de qualquer natureza só poderão ser* ***instituídas por lei*** *e quando atendam efetivamente ao* ***interesse público*** ***e às exigências do serviço*****".**

Da leitura desse artigo verifica-se que a instituição de vantagens de qualquer natureza para servidores públicos dependerá, **cumulativamente**, (i) de instituição por via de lei, (ii) da existência e efetiva atenção a interesse público e às exigências do serviço.

No caso dos autos, conquanto as gratificações "*de atividade*", "*por desempenho de atividade*" e "*de prevenção e educação para o trânsito"* tenham sido instituídas por lei, observa-se que, ao pretenderem premiar servidores pela observância de **dever inerente ao mínimo e adequado desempenho de suas funções**, os artigos 148, 153 e 154 da Lei Complementar nº 36/2016 não atenderam à exigência constitucional de que a criação de tais vantagens seja pautada sempre pelo **interesse público e decorra das exigências do serviço**.

Nesse sentido, veja-se a lição doutrinária a respeito dos requisitos para a **legítima** instituição dessa espécie de

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

vantagem pecuniária: "*Gratificações: são vantagens tributárias atribuídas precariamente aos servidores que estão prestando serviços comuns da função em* ***condições anormais*** *de segurança, salubridade ou onerosidade (gratificações de serviço), ou* ***concedidas como ajuda aos servidores que reúnam as condições pessoais*** *que a lei especifica (gratificações especiais).* ***As gratificações — de serviço ou pessoais — não são liberalidades puras da Administração****;* ***são vantagens pecuniárias concedidas por recíproco interesse do serviço e do servidor,*** *mas sempre vantagens* ***transitórias****, que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem geram direito subjetivo à continuidade de sua percepção. Na feliz expressão de Mendes de Almeida, 'são partes contingentes, isto é, partes que jamais se incorporam aos proventos, porque pagas episodicamente* ***ou em razão de circunstâncias momentâneas***'. *Como já vimos precedentemente, as gratificações distinguem-se dos adicionais porque estes se destinam a compensar encargos decorrentes de funções especiais, que se apartam da atividade administrativa ordinária, e aquelas — as gratificações — visam a compensar riscos ou ônus de* ***serviços realizados em condições extraordinárias****, tais como os trabalhos executados em perigo de vida e saúde ou no período noturno, ou além do expediente*

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

normal da repartição, ou fora da sede etc. ***As gratificações são concedidas em razão das condições excepcionais*** *em que está sendo prestado um serviço comum (propter laborem) ou em face de situações individuais do servidor (propter personam), diversamente dos adicionais, que são atribuídos em face do tempo de serviço (ex facto officii)*"[5].

7. No que se refere às gratificações descritas nos artigos 148, 153 e 154 da Lei Complementar nº 36/2016, conforme se mencionou, **inexiste** qualquer situação de **alteridade, anormalidade ou excepcionalidade** a atender ao requisito constitucional do **interesse público**. Trata-se, em realidade, de pagamento de gratificação pelo mero desempenho das atribuições legais dos servidores beneficiários e, portanto, de instituição de gratificação sem real fundamentação.

Essa também vem sendo a posição adotada por este Órgão Especial:

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Inciso V do art. 7° da Lei n. 3.530, de 08 de novembro de 2011, bem como dos arts. 44, 56, 57 e 58 da Lei n. 3.866, de 28 de novembro de 2014, do Município de Descalvado que utiliza critério de avaliação de*

[5] LOPES MEIRELLES, Hely. Direito Administrativo Brasileiro, 39ª ed. – São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 559/560

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

desempenho para concessão de "Gratificação por Desempenho" aos servidores municipais do quadro do magistério, concede percentual como aumento a título de progressão funcional e estipula critérios para a evolução funcional. ***Inadmissibilidade da concessão de gratificação por desempenho, calcada em circunstâncias não especiais. Assiduidade, pontualidade e conduta que são deveres de todos os servidores públicos. sendo próprio da carreira do magistério.*** *Comprometimento e envolvimento técnico- pedagógico, participação efetiva nas horas de trabalho pedagógico, nos momentos de formação continuada e nos projetos de interesse da educação que por sua vez, próprios da carreira do magistério, servem como critério de evolução funcional , mas não ensejam a concessão de gratificação. Acréscimo de 5% a título de mudança de nível que não é significativo de efeito cascata. Ausência de sobreposição de vantagens pecuniárias. Ação parcialmente procedente."* (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2097912-02.2019.8.26.0000; Relator (a): Xavier de Aquino; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 04/09/2019; Data de Registro: 09/09/2019, grifado).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 2.821, de 27 de maio de 2010 (com as alterações introduzidas

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

pela Lei nº 2.829, de 24 de junho de 2010, Lei 2.899, de 15 de junho de 2011, Lei Complementar nº 3.109, de 11 de outubro de 2013 e Lei Complementar nº 3.189, de 31 de julho de 2014), do município de Pederneiras, que ***instituiu Gratificação por Assiduidade em benefício dos servidores daquele município****.* ***Alegação de ofensa às disposições dos artigos 111 e 128 da Constituição do Estado de São Paulo. Reconhecimento****.* ***Norma impugnada que visa a premiar comportamento que já constitui dever funcional de todos os servidores, além do que foi criada de forma genérica, sequer apontando eventual necessidade da Administração (baseado no interesse público ou no atendimento de exigências do bem comum)****. Caracterização, ainda, de ofensa ao princípio da razoabilidade (CE, art. 111), pois a vantagem pecuniária, além de ter sido instituída no interesse exclusivo do servidor, sem motivo justo ou contraprestação, ainda acarretou ônus desnecessário e desproporcional à Administração. Inconstitucionalidade reconhecida também em relação à Lei Complementar nº 2.250, de 30 de novembro de 2001, por arrastamento, já que essa norma (restaurada por efeito da presente decisão) possui os mesmos vícios de inconstitucionalidade da lei objeto da impugnação principal.* ***Ação julgada procedente, com ressalva de irrepetibilidade dos valores***

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

***recebidos de boa-fé**."* (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2167629-72.2017.8.26.0000; Relator (a): Ferreira Rodrigues; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 21/03/2018; Data de Registro: 29/05/2018, grifado).

Acresça-se que, ao preceituar que "*o percentual de gratificação será definido por Ato do Executivo",* o parágrafo único do artigo 148 da Lei Complementar nº 36/2016 não trouxe critérios objetivos para a eleição do montante financeiro cabível a cada servidor. De mais a mais, em relação aos cargos de "*Agente Administrativo II" e "Agente Administrativo III",* o parágrafo único do artigo 153 tampouco estipulou percentual da gratificação "*por desempenho de atividade*". Os citados parágrafos ferem, por conseguinte, também o princípio da reserva legal, que exige que as remunerações dos servidores sejam previstas em lei (artigo 37, inciso X, CF/88). Atentam ainda contra os princípios da impessoalidade, da moralidade, do interesse público e da eficiência (artigo 111 da CE/89) e, mais uma vez, distanciam-se do atendimento ao interesse público e às exigências do serviço, imprescindíveis ao pagamento de vantagens de qualquer natureza, pois conferem ao administrador excessiva discricionariedade acerca do percentual de gratificação a

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

ser recebido pelo servidor.

A Constituição Federal de 1988 e a Constituição Estadual de São Paulo de 1989 previram esses princípios e garantias justamente para restringir o alvedrio do administrador, na persecução do interesse público e na boa gestão da coisa pública.

Nesse sentido já decidiu o Órgão Especial: *"Outra inconstitucionalidade está relacionada ao percentual. Os percentuais da gratificação variam até 100 e podem ser fixados discricionariamente pelo Chefe do Executivo, movido por critérios puramente subjetivos, o que por si só é inaceitável do ponto vista racional, pois servidores que se encontram na mesma situação jurídica podem receber, por mera liberalidade do prefeito, a vantagem em grau máximo, enquanto que um seu colega sequer a receba ou a receba em percentual menor, por mero capricho ou perseguição do prefeito."* (TJSP, ADI nº 2064288-30.2017.8.26.0000, Rel. Des. CARLOS BUENO, Órgão Especial, j. 18/10/2017).

Nessa mesma esteira: *"Não bastasse, afere-se na norma impugnada verdadeira discricionariedade atribuída ao Prefeito Municipal que, pela literalidade do dispositivo,* ***poderia fixar percentuais de gratificação distintos a funcionários públicos em situação similar, mediante critérios puramente subjetivos,***

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

pessoais, obscuros e imotivados, situação que abala princípios da moralidade, impessoalidade e razoabilidade, previstos expressamente no artigo 111 da Carta Estadual*."* (TJSP, ADI nº 2167153-05.2015.8.26.0000, Rel. Des. FRANCISCO CASCONI, Órgão Especial, j. 02/03/2016 – grifado).

Igualmente: *"Conforme bem observa o Procurador-Geral de Justiça, a ausência de fixação, por meio de lei, dos critérios claros a serem utilizados para a concessão da gratificação poderiam dar ensejo a favorecimentos e perseguições pessoais, ferindo-se, assim, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, previstos no artigo 111 da Constituição Estadual, o que não pode prevalecer."* (TJSP, ADI nº 2040763-24.2014.8.26.0000, Rel. Des. PÉRICLES PIZA, Órgão Especial, j. 20/08/2014).

8. Por fim, com respaldo na jurisprudência deste

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

colegiado[6] e no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, respeitando-se a segurança jurídica, deve ser impedida a repetição dos valores recebidos de boa fé pelos servidores beneficiados, até o presente julgamento, enquanto vigentes as normas cuja inconstitucionalidade ora se declara.

9. Ante o exposto, **julga-se extinto o feito**, sem resolução do mérito quanto (i) aos artigos 35, 36, 38, 39, 40 e 41, todos da Lei nº 2.112/2010, bem como ao Anexo V, a que tais dispositivos fazem alusão; (ii) ao artigo 15 da Lei nº 2.146/2010 e (iii) ao artigo 16, §§ 1º e 2º, da Lei nº 2.441/2015, com fundamento no

[6] AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 2º da Lei Complementar nº 09, de 31 de agosto de 1994, em sua redação original e na promovida pelas Leis Complementares nº 15, de 14 de junho de 1999 e nº 130, de 22 de fevereiro de 2017, bem como dos §§ 1º e 2º do artigo 98 da Lei Complementar nº 14, de 30 de outubro de 1998 (na redação dada pela Lei Complementar nº 130, de 22 de fevereiro de 2017), do Município de Rubinéia – Servidor Público – Vantagens Pecuniárias – Dispositivos impugnados que promovem a elevação da gratificação instituída pelo artigo 3º, da Lei Municipal nº 536, de 02 de maio de 1991 – Inconstitucionalidade por arrastamento – Trata-se de vantagem pecuniária que não atende efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço, além dos princípios da razoabilidade e moralidade – Vedação constitucional – Legislações interdependentes, de forma que a declaração de inconstitucionalidade de uma afeta o sistema normativo dela dependente – Violação aos artigos 111 e 128, da Constituição Estadual. **Irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé, diante da natureza alimentar.** Pedido procedente, com ressalva. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2266560-76.2018.8.26.0000; Relator (a): Ricardo Anafe; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 15/05/2019; Data de Registro: 17/05/2019, grifado)

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.

artigo 485, VI, do Código de Processo Civil. No mais, **julga-se parcialmente procedente o pedido**, para declarar a inconstitucionalidade do inteiro teor dos artigos 148, 153 e 154, todos da Lei Complementar nº 36/2016 do Município de Itapecerica da Serra, impedindo-se, contudo, a repetição dos valores recebidos de boa-fé até a data do presente julgamento.

Marcio Bartoli

Relator

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCIO ORLANDO BARTOLI, liberado nos autos em 17/07/2020 às 11:59 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 2030887-69.2019.8.26.0000 e código 1174DFC7.