

Procedimento Administrativo CCConst n.º: 0024.12.002248-8

Município: São Francisco

Objeto da Representação: Inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 2.641/2010, que versa sobre apostilamento.

Espécie: Recomendação (que se expede).

Lei Municipal. Apostilamento de servidores.
Inconstitucionalidade.

Excelentíssimo Prefeito Municipal,

1. Preâmbulo.

Em razão de representação feita por Eurípedes de Moura, foi instaurado nesta Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade procedimento administrativo para fins de análise da eventual inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 2.641/2010, que versa sobre apostilamento.

Constatada inconstitucionalidade do referido diploma legal, e, antes de utilizar a via do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos, perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, esta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade vem expedir a presente RECOMENDAÇÃO a Vossa Excelência, objetivando, com isso, que o próprio Poder idealizador das normas impugnadas dê solução ao caso, exercendo seu poder de autocontrole da constitucionalidade, tudo nos termos a seguir.

2. Fundamentação.

2.1 Texto legal hostilizado.

Eis o teor dos dispositivos eivados de inconstitucionalidade:

LEI N.º 2.641, DE 22 DE JUNHO DE 2010:

Art. 1º - O artigo 29 da Lei Municipal n.º 1.231 de 13 de maio de 1991, passa a ter a seguinte redação:

“Art. 29 - O servidor público municipal efetivo que ocupar cargo a nível de (sic) Secretário Municipal e for exonerado por iniciativa da Administração, não motivada por sanção, ao reassumir o cargo efetivo que for titular, terá direito a receber os vencimentos do referido cargo, desde que o tempo de exercício nesta função de Comissão seja superior a 5 (cinco) anos contínuos ou 7 (sete) intercalados.”

Art. 2º - O art. 30 da Lei Municipal n.º 1.231 de 13 de maio de 1991, passa a ter a sua redação original.

Art. 3º - Serão considerados de imediato e para os fins desta lei, os períodos de cargo em comissão exercidos anteriormente pelos servidores efetivos da administração municipal.

Art. 4º - Fica revogado o art. 1º da Lei 2.297, que revogou os artigos 29 e 30 da Lei Municipal 1.231.

Art. 5º - Revogadas as demais disposições em contrário, esta lei entra em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos à data da publicação da Lei n 2.297/2006.

2.2 Apostilamento ou estabilização financeira: instituição após 15 de julho de 2003. Inconstitucionalidade. Precedente do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Ab initio, insta registrar que o instituto do “apostilamento” corresponde ao direito de perceber uma vantagem econômica, conferido ao servidor público efetivo, que houver exercido cargo de provimento em comissão, por um

determinado período de tempo previsto em lei, e dele tiver sido exonerado, sem ser a pedido ou por penalidade.

Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Esse tipo de benefício, ou seja, a incorporação de valores correspondentes ao exercício de função ou cargo comissionado, sem desligamento do cargo efetivo ocupado pelo servidor público, persistiu mesmo com o advento da Constituição de 1988 [...]

Esse quadro foi alterado apenas à medida que o número de servidores públicos beneficiários do instituto aumentou em excesso, como resultado de fatores diversos, dentre eles interpretações que surgiram facilitando a incorporação de parcelas e várias distorções no serviço público, como, por exemplo, rodízios anuais de funções e cargos comissionados, de modo a que todos os servidores lotados em determinado órgão administrativo tivessem a oportunidade de incorporar uma parcela, ao menos, a suas respectivas remunerações.

*A **estabilidade financeira**, portanto, **foi extinta** na União e em outras unidades federadas, embora em momentos distintos, **havendo apenas os efeitos financeiros decorrentes daquele instituto.***¹ (Grifos nossos)

No âmbito do Estado de Minas Gerais, a estabilização financeira foi extinta, em 15 de julho de 2003, por meio da Emenda Constitucional nº 57, que acrescentou o artigo 121 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *in verbis*:

Art. 121. Ficam revogadas as legislações dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Tribunal de Contas e do Ministério Público referentes a apostilamento em cargo de provimento em comissão ou função gratificada.

§ 1º - Fica assegurado ao servidor ocupante de cargo de provimento efetivo o direito de continuar percebendo, **nos termos da legislação vigente até a data de promulgação desta emenda à Constituição**, a remuneração do cargo em comissão ou função gratificada que exerça nessa data, quando dele for exonerado sem ser a pedido ou por penalidade ou quando se aposentar, ficando garantido, para esse fim, o tempo exercido no referido

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 563.965/RN. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento em 11.2.2009. DJ de 20.3.2009.

cargo de provimento em comissão ou função gratificada até a data a ser fixada em lei.

§ 2º - Os Poderes e órgãos a que se refere o *caput* deste artigo encaminharão, no prazo de sessenta dias contados da promulgação desta emenda à Constituição, projeto de lei contendo as regras de transição.

§ 3º - **Para o Poder ou órgão que não cumprir o prazo previsto no §2º, adotar-se-á a data de 29 de fevereiro de 2004 como limite para contagem de tempo para efeito de apostilamento.** (Grifos nossos)
(Artigo acrescentado pelo art. 4º da Emenda à Constituição nº 57, de 15/7/2003.)

Destarte, restou vedada a possibilidade de apostilamento de servidores públicos efetivos, estaduais ou municipais, que, em todo o Estado de Minas Gerais, não tenham computado tempo suficiente de exercício em cargo de provimento em comissão ou em função gratificada até a data limite de 29.2.2004.

Além disso, decorre da EC nº 57/2003 a impossibilidade de que a legislação municipal discipline o instituto do apostilamento, posteriormente a 15.7.2003. Outro não é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Assim, veja-se:

A lei questionada, ao garantir ao servidor a incorporação de direitos e vantagens aos vencimentos dos ocupantes de cargos em comissão após a sua exoneração ou aposentadoria, ressuscitou a nível municipal o instituto conhecido como *apostilamento*, extinto pela Emenda nº 19/1998 à Constituição da República, e pela Emenda nº 57/03 à Constituição do Estado, que não mais subsiste no direito pátrio.

O apostilamento pode ser definido como sendo o direito do servidor público, titular de cargo efetivo que, em exercício de cargo comissionado, durante certo lapso temporal, e quando dele afastado, sem ser a pedido ou por penalidade, ou aposentado, de continuar percebendo a título de vencimento, aquele do cargo comissionado. A Constituição do Estado previa, no artigo 32, §1º, o direito do servidor ao apostilamento, dispondo que: §1º. O servidor público civil, incluindo o das autarquias, fundações, detentor de título declaratório que lhe assegure direito à continuidade de percepção da remuneração de cargo de provimento em comissão, tem direito aos

vencimentos, às gratificações e a todas as demais vantagens inerentes ao cargo em relação ao qual tenha ocorrido o apostilamento, ainda que decorrentes de transformação ou reclassificação posteriores [...]²

Logo, a Lei Municipal n.º 2.641/2010, afronta diretamente a Constituição Estadual, eis que não observa o prazo fixado no §2º do art. 121 do ADCT desta. Por conseguinte, permite-se o apostilamento de servidores públicos, posteriormente a 29 de fevereiro de 2004, data limite para contagem de tempo para fins de concessão de estabilização financeira.

A norma legal invecivada, uma vez que regula a concessão de apostilamento aos servidores municipais, após a edição da EC nº 57/2003, deixa de observar o *princípio da simetria*, disposto no §1º do art. 165 da Constituição Estadual.

Avulta salientar que o *apostilamento, também denominado estabilização financeira, constitui-se em vetusto mecanismo jurídico utilizado no âmbito do serviço público para a consolidação do padrão remuneratório de servidores que, durante longo espaço de tempo, desempenharam cargos em comissão que lhes garantiram remuneração superior à dos seus cargos de origem.*

Por conseguinte, infere-se que as leis municipais, as quais dispunham acerca da estabilização financeira, anteriormente à Emenda à Constituição do Estado nº 57/2003, observavam como *fator de discrimen* o exercício de funções inerentes aos cargos em comissão, *durante longo espaço de tempo*, o que garantia ao servidor remuneração superior àquela originalmente auferida. Os princípios da irredutibilidade de vencimentos e o da segurança jurídica garantiam a razoabilidade dos atos normativos que versavam acerca do apostilamento.

Todavia, a extensão do direito à estabilização financeira a servidores que ocuparam cargos de provimento em comissão, posteriormente ao prazo fixado pela norma de transição (§2º do art. 121 do ADCT), e, ainda, *por exercício em anos*

² BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.10.013456-8/000. Rel. Des. Paulo César Dias. Julgamento em 10.8.2011. *DJ* 26.8.2011.

intercalados, revela a distorção do instituto, a ser vedada, como já reconheceu o próprio STF.³

Ademais, o art. 5º da Lei Municipal n.º 2.641/2010 prevê a sua aplicação retroativa à edição da Lei n.º 2.297/2006, que, constitucionalmente, havia previsto a extinção do instituto do apostilamento.

A facilitação de rodízios anuais de funções e cargos comissionados, de modo a que todos os servidores lotados em determinado órgão administrativo tivessem a oportunidade de incorporar uma parcela a suas respectivas remunerações, e, ainda, a elaboração de leis casuísticas, que visaram ao favorecimento de um determinado grupo de servidores ligados à autoridade administrativa nomeante, acarretaram a extinção do apostilamento no âmbito da União e do Estado de Minas Gerais.

2.3. Apostilamento ou estabilização financeira. Violação dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Inconstitucionalidade.

Por óbvio, através das disposições da Lei n.º 2.641/2010, do Município de São Francisco, também a isonomia foi quebrada. O favorecimento de alguns servidores em detrimento de outros importa descumprimento de um dos mais mezinhos princípios constitucionais, que é o de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Da mesma sorte, restou abalado o princípio da moralidade, já que faltou à Administração municipal a isenção necessária para gerir a coisa pública, tudo ao arrepio do interesse público. A esse respeito, ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro que:

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 563.965/RN. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento em 11.2.2009. DJ de 20.3.2009.

Transpondo-se o mesmo ensinamento para a **moral administrativa**, pode-se dizer que ela **corresponde àquele tipo de comportamento que os administrados esperam da Administração Pública para a consecução de fins de interesse coletivo**, segundo *uma comunidade moral de valores*, expressos por meio de *standards*, modelos ou pautas de conduta.⁴ (Grifos nossos e da autora)

Acerca do tema, prossegue a referida doutrinadora, asseverando que:

Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, de retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa fé, ao trabalho, à ética das instituições. **A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir;** entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo, **a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis,** como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável á existência digna. **Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade[...]**⁵

No que tange ao princípio da razoabilidade, ressalte-se que:

Quando encontra raízes no princípio do devido processo legal, **a razoabilidade erige-se de forma mais intensa como limite à emanção de atos de natureza normativa, sejam estes emanados do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.**
[...]

⁴ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 116.

⁵ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 111.

A sua colocação não é diversa daquela aceita pelo direito argentino e norte-americano, e **que permitem ao Judiciário invalidar, por inconstitucionalidade, atos normativos considerados irrazoáveis precisamente pela falta de relação entre o fator considerado como critério de discriminação** (por exemplo, idade, sexo, cor, altura, peso, profissão, escolaridade) **e a regra legal discriminadora; ou por desrespeitarem outros princípios**, como os da liberdade de profissão, de reunião, de pensamento, de livre iniciativa e tantos outros consagrados, expressa ou implicitamente, na Constituição, já a partir do seu preâmbulo.⁶ (Grifos nossos)

Pelo exposto, ao permitir que o Município de São Francisco passe a custear a incorporação de valores correspondentes ao exercício de função ou cargo comissionado à remuneração dos servidores que não mais a exerçam ou o ocupem, o legislador local afastou-se dos princípios da razoabilidade, da moralidade e da impessoalidade, ofendendo, assim, o art. 37, *caput*, da CF/88, e 13, *caput*, da CEMG/89.

Conclui-se que o diploma legal em questão está eivado de inconstitucionalidade, haja vista a nova redação, dada pela EC nº 19/1998 ao inciso V do artigo 37 da Constituição da República, segundo o qual “as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

A interpretação mais adequada é, pois, aquela segundo a qual é inviável o recebimento de gratificação por servidor público que não mais exerça as atribuições constitucionais inerentes a cargo comissionado ou à função de confiança. Isso porque, como já salientado, a remuneração de um cargo público está intrinsecamente vinculada ao conjunto de suas atribuições, sendo inconcebível e

⁶ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. pp. 143-4.

imoral o desvirtuamento dessa premissa, como ocorreu no caso da legislação hostilizada.

Ao estabelecer que os cargos em comissão somente poderiam ser direcionados à direção, chefia e assessoramento, a Constituição da República vinculou o legislador infraconstitucional, que não conta com a faculdade de estender a contraprestação pecuniária devida pelo exercício daqueles a ocupantes de cargos que não sejam da mesma natureza.

Sobre esse tocante, como dito, já se manifestou o colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: CARGOS EM COMISSÃO - APOSTILAMENTO - CRIAÇÃO POR LEI MUNICIPAL - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. - A natureza precária dos cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, bem como a sua vinculação ao exercício de atribuições relativas à direção, chefia e assessoramento, torna inviável o recebimento de valores equivalentes ao do cargo comissionado por agente que não mais exerça as suas atribuições, não ensejando a estabilidade financeira.⁷ (Grifos nossos)

Saliente-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a inexistência de conflito entre o instituto do apostilamento e o inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, **somente** porque a estabilidade financeira não se afigurava inconstitucional **anteriormente** à EC nº 19/1998.

Contudo, a Suprema Corte brasileira **ainda** não se posicionou acerca da incompatibilidade entre referido instituto e a ordem constitucional vigente, **à luz do disposto no inciso V do artigo 37 da Carta da República.**

Nada obstante, já reconheceu a impossibilidade de manutenção do pagamento de gratificações, uma vez cessada a realização da função que o originou.

Veja-se, a esse respeito:

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.10.013456-8/000. Rel. Des. Paulo César Dias. Julgamento em 10.08.2011. *DJ* 26.08.2011.

Direito adquirido. Gratificação extraordinária. Incorporação. Servidora estatutária. Cessada a atividade que deu origem à gratificação extraordinária, cessa igualmente a gratificação, não havendo falar em direito adquirido, tampouco, em princípio da irredutibilidade dos vencimentos.⁸

Ora, a gratificação própria dos cargos em comissão ou das funções de confiança não pode ser estendida a todos os seus ex-ocupantes, sob pena de prejuízo ao erário, e, por conseguinte, de inobservância do interesse público.

Nessa esteira, impõe-se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 2.641/2010, do Município de São Francisco, na medida em que não observa o determinado no artigo 37, *caput* e inciso V, da Carta Maior, e nos artigos, 13, 23, *caput*, e 121 do ADCT, todos da Constituição Estadual.

3. Conclusão.

Considerando que ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, sendo, para tanto, seu dever constitucional, portanto, o combate às leis e atos normativos inconstitucionais, consoante se extrai do art. 129, IV, da Constituição da República/88; do art. 120, IV, da Constituição do Estado de Minas Gerais; do art. 25, I, da Lei Federal n.º 8.625/93 e, ainda, dos artigos 66, I, e 69, II, da Lei Complementar estadual n.º 34/94;

Considerando, por fim, que a *recomendação* é um dos mais úteis instrumentos de atuação do Ministério Público, nos termos do art. 27, I, parágrafo único, e IV, da Lei Federal n.º 8.625/93;

RECOMENDA-SE ao Prefeito Municipal de São Francisco:

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 33.436. Rel. Min. Menezes Direito. Julgamento em 02.09.2008. Primeira Turma. *DJe* 21.11.2008.

A revogação integral da Lei n.º 2.641/2010, mantendo-se a vigência e a eficácia da Lei Municipal n.º 2.297/2006.

2) Fixa-se, nos termos do inciso IV, parágrafo único, do art. 27 da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento desta, para que Vossa Excelência cumpra, em sendo esse o entendimento, a presente recomendação, nos termos da disposição anterior.

3) Nos termos do disposto no inciso IV, parágrafo único, do art. 27 da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, requisita-se:

- a) A divulgação adequada e imediata da presente recomendação.
- b) Informações por escrito, no prazo de dez dias, contados a partir do vencimento do prazo de trinta dias acima fixado, sobre o cumprimento ou não da presente recomendação.
- c) Informações acerca da eventual existência de compromisso de ajustamento de conduta (TAC), ação civil pública ou ação de improbidade relativa ao tema em questão (apostilamento).

Belo Horizonte, 07 de maio de 2013.

MARIA ANGÉLICA SAID
Procuradora de Justiça
Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade