

Procedimento Administrativo n.º MPMG-0024.13.000657-0

Representado: Município de Rio Espera

Representante: Danielle Vignoli Guzella Leite

Objeto: Art. 88 da Lei Municipal n.º 1.120/2001.

Espécie: Recomendação (que se expede)

Lei Municipal. Ingresso no serviço público.
Incorporação de vantagens de cargo anterior.
Inconstitucionalidade.

Excelentíssimo Prefeito Municipal,

1. Preâmbulo.

A Promotora de Justiça Danielle Vignoli Guzella Leite, atuante na 2ª Promotoria de Justiça de Conselheiro Lafaiete, encaminhou à Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade cópias extraídas de Ação Mandamental ajuizada por Aparecida Auxiliadora da Silveira Rosa contra o Município de Rio Espera, na qual se constatou a inconstitucionalidade do art. 88 da Lei municipal n.º 1.120, de 06 de fevereiro de 2001.

Analisando a legislação municipal carreada aos autos, verifica-se que o art. 88 da Lei municipal n.º 1.120/2001 padece de vício material de inconstitucionalidade, posto que incorpora vantagens oriundas de cargo

anteriormente ocupado por servidor público, em caráter precário, antes de sua nomeação, mediante prévia aprovação em concurso público.

Diante disso, esta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade, 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, resolve expedir a presente RECOMENDAÇÃO a Vossa Excelência, objetivando, com isso, que o próprio Poder idealizador da norma impugnada dê solução ao caso, exercendo seu poder de autocontrole da constitucionalidade, tudo nos termos a seguir.

2. Fundamentação.

2.1. DA LEGISLAÇÃO IMPUGNADA.

Eis o teor dos dispositivos impugnados:

LEI MUNICIPAL N.º 1.120/2001:

[...]

Art. 88 – O servidor que ocupe cargo cujo vencimento seja superior ao contido na faixa-salarial inicial de cada cargo, e que se inscreva para concurso no cargo ou função que detenha no quadro de Pessoal da Prefeitura Municipal de Rio Espera, terá a diferença entre o valor do

nível inicial e seu vencimento em vantagens atuais, mantido, como vantagem individual, caso obtenha aprovação e classificação no concurso a que se inscrever.

[...].

Divisa-se, sem muito esforço, que o dispositivo legal em causa padece do vício da inconstitucionalidade material, como se demonstrará na sequência.

2.2. SERVIDOR PÚBLICO. PROVIMENTO ORIGINÁRIO. VANTAGENS E PROGRESSÕES DECORRENTES DE EXERCÍCIO DE CARGO ANTERIOR. INCONSTITUCIONALIDADE.

O art. 88 da Lei n.º 1.120/2001 do Município de Rio Espera concede aos servidores que tenham exercido outros cargos públicos, seja de provimento efetivo, em comissão, ou, até mesmo, contratos temporários, o direito à incorporação das vantagens funcionais adquiridas, em evidente afronta aos artigos 37, *caput*, e 39, § 1º, da Constituição Federal, e aos artigos 13, *caput*, 30, § 1º, V e VI, 32, I, II e III, e 165, §1º, da Constituição Estadual, de seguinte teor:

CR/88:

Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

Art. 39 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

§ 1º - A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

II - os requisitos para a investidura;

III - as peculiaridades dos cargos.

CE/89:

Art. 13 - A atividade de administração pública dos Poderes do Estado e a de entidade descentralizada se sujeitarão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade. (Caput com redação dada pelo art. 1º da Emenda à Constituição nº 49, de 13/6/2001.)

[...]

Art. 30 - O Estado instituirá conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados por seus Poderes, com a finalidade de participar da formulação da política de pessoal. (Caput com redação dada pelo art. 7º da Emenda à Constituição nº 49, de 13/6/2001)

§ 1º - A política de pessoal obedecerá às seguintes diretrizes:

[...]

IV - sistema do mérito objetivamente apurado para ingresso no serviço e desenvolvimento na carreira;

V - remuneração compatível com a complexidade e a responsabilidade das tarefas e com a escolaridade exigida para seu desempenho.

[...]

Art. 32 - A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará: (Caput com redação dada pelo art. 2º da Emenda à Constituição nº 40, de 24/5/2000)

I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos que compõem cada carreira;

II - os requisitos para a investidura nos cargos;

III - as peculiaridades dos cargos.

(Incisos acrescentados pelo art. 2º da Emenda à Constituição nº 40, de 24/5/2000)

[...]

Art. 165 - Os Municípios do Estado de Minas Gerais integram a República Federativa do Brasil.

§ 1º - O Município, dotado de autonomia política, administrativa e financeira, organiza-se e rege-se por sua Lei Orgânica e demais leis que adotar, observados os princípios da Constituição da República e os desta Constituição.

Como se vê, a norma municipal fustigada viola, a um só tempo, as cláusulas constitucionais que versam sobre o sistema remuneratório dos servidores públicos, bem como os princípios que regem a Administração Pública.

A investidura em cargo público mediante aprovação em concurso público é forma de provimento autônomo ou originário. Sobre o tema, vale transcrever a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo:

O provimento autônomo ou originário é aquele em que alguém é preposto no cargo independentemente do fato de ter, não ter, haver ou não tido algum vínculo com o cargo público. Vale dizer, o

provimento não guarda relação com a anterior situação do provido.
Por isto se diz autônomo ou, então, originário.¹ (Grifamos)

É certo, portanto, que, somente após o provimento, surgem direitos e obrigações referentes aos cargos, que não devem guardar qualquer relação com situação anterior. Daí se conclui que o ingresso em cargo de determinada carreira, necessariamente, dá-se nas respectivas classes e níveis iniciais.

Ademais, conforme norma prevista no art. 39, I, II e III da Constituição da República, repetida no art. 32, I, II e III da Carta Estadual, os vencimentos dos cargos e funções devem ser proporcionais aos requisitos para seu exercício (conjunto de atribuições, complexidade e responsabilidade) devidamente previstos em lei.

É de se ressaltar, outrossim, que o desenvolvimento dos servidores nas carreiras deve objetivar o estímulo à eficiência no serviço público, mediante sistema de mérito objetivo, conforme preceitua o art. 30, § 1º, IV e V, da Constituição da Estado. Assim, também sob essa ótica, mostra-se inconcebível a concessão de vantagem funcional com base **em tempo de serviço** adquirido em cargo anterior.

É patente que o homem público deve agir em nome do Estado, não podendo favorecer quem quer que seja, sob pena de invalidade dos atos que produzir.

No caso em apreço, o administrador quis e o legislador municipal permitiu que recursos públicos fossem entregues a servidores determinados, esquecendo-se de que, no desempenho dos seus misteres, não são possíveis

¹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 28ª ed, 2011, p. 311.

favorecimentos pessoais. Restou, assim, violado o princípio da impessoalidade, cujo objetivo é a neutralidade da atividade pública, fixando como única diretriz jurídica válida para os comportamentos estatais o interesse público.

Isso porque se atribuiu vantagem econômica a servidores públicos com base em requisitos que não guardam pertinência com o respectivo cargo de provimento efetivo.

Por óbvio, também a isonomia foi quebrada, pois 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, tudo ao arrepio do interesse público. A esse respeito, ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro que:

A partir do momento em que a Constituição Federal, no artigo 37, inseriu o princípio da moralidade entre os de observância obrigatória pela Administração Pública e, no artigo 5º, inciso LXXIII, colocou a lesão à moralidade administrativa como um dos fundamentos do ação popular, ela veio permitir duas conclusões: a primeira é a de que o ato administrativo imoral é tão inválido quanto o ato administrativo ilegal; a segunda é uma consequência da primeira, ou seja, é a de que, sendo inválido, o ato administrativo imoral pode ser apreciado pelo Poder Judiciário para fins de decretação de sua invalidade.

É principalmente no âmbito dos atos discricionários que se encontra campo mais fértil para a prática de atos imorais, pois é neles que a Administração Pública tem liberdade de opção entre várias

alternativas, todas elas válidas perante o direito. Ora, pode perfeitamente ocorrer que a solução escolhida pela autoridade, embora permitida pela lei, em sentido formal, contrarie valores éticos não protegidos diretamente pela regra jurídica, mas passíveis de proteção por estarem subjacentes em determinada coletividade.

[...]

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.*² (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.

[...]

² DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Discricionabilidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 116.

Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade[...]³

No que tange ao princípio da razoabilidade, importante enfatizar 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.

Nesse caso é que tem maior relevância a doutrina do *devido processo legal substantivo*, quando associada com o princípio da igualdade jurídica.

Celso Antônio Bandeira de Mello, sem mencionar especificamente essa doutrina ou mesmo os princípios em questão, coloca de forma muito precisa a matéria. Depois de reconhecer que o princípio da igualdade dirige-se não só ao aplicador da lei, mas ao próprio legislador, aponta os critérios para a identificação do respeito à isonomia, dividindo-os em três questões:

1. a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação: a lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize *no presente e definitivamente*, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar.

2. a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado: “a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que se o fator diferenciado não

³ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Discricionariade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 111.

guardar conexão com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados com a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia”;

3. a terceira refere-se à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

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.⁴ (Grifos nossos)

Trata-se, assim, norma flagrantemente inconstitucional, a afrontar não os princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência.

Pelo exposto, ao permitir que o Município de Rio Espera conceda vantagens aos servidores, em razão do tempo de serviço em cargos que não mais exercem, o legislador local afastou-se da imparcialidade, característica básica do princípio da eficiência. A esse respeito, ensina Maria Teresa de Melo Ribeiro:

A afirmação **do princípio da imparcialidade na Administração Pública surgiu, historicamente, da necessidade de, por um lado, salvaguardar** o exercício da função administrativa e, conseqüentemente, a prossecução do interesse público da influência

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

de interesses alheios ao interesse público em concreto prosseguido, qualquer que fosse a sua natureza, e, por outro, da interferência indevida, no procedimento administrativo, em especial, na fase decisória, de outros sujeitos ou entidades, exteriores à Administração Pública. Imparcialidade é independência: independência perante os interesses privados, individuais ou de grupo; independência perante interesses partidários; independência, por último, perante os concretos interesses políticos do Governo.⁵ (Grifos nossos)

Claro, portanto, que a norma objurgada deve ser considerada *irrazoável*, por desrespeitar o princípio da eficiência, e, conseqüentemente, a supremacia do interesse público. Por fim, importante enfatizar o pensamento de Alexandre de Moraes, *verbis*:

Lembremo-nos de que o *princípio da eficiência, como norma constitucional, apresenta-se como o contexto necessário para todas as leis*, atos normativos e condutas positivadas ou omissivas do Poder Público, e serve de fonte para a declaração de inconstitucionalidade de qualquer manifestação da Administração contrária a sua plena e total aplicabilidade.⁶ (Grifos nossos)

Isso porque, como já salientado, a remuneração de um cargo público está vinculada intrinsecamente ao conjunto de suas atribuições, sendo inconcebível e imoral o desvirtuamento dessa premissa, como ocorre *in casu*.

⁵ RIBEIRO. Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 170.

⁶ MORAES. Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 95.

3. Conclusão.

Ante o exposto, considerando a inconstitucionalidade do dispositivo legal ora vergastado;

Considerando, outrossim, que ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, sendo que para tanto é seu dever constitucional o combate às leis e atos normativos inconstitucionais, consoante se extrai do art. 129, IV, da Constituição da República/88; art. 120, IV, da Constituição do Estado de Minas Gerais; 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, também, a possibilidade do autocontrole da constitucionalidade pelo próprio Poder idealizador da norma impugnada, na sua condição de canal legítimo para a adequação do sistema infraconstitucional aos ditames constitucionais;

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;

Esta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade expede a presente RECOMENDAÇÃO a Vossa Excelência, nos termos e condições abaixo fixadas:

- α) a revogação do artigo 88 da Lei municipal n.º 1.120, de 06 de fevereiro de 2001, do Município de Rio Espera.

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 da data do recebimento desta, para que Vossa Excelência cumpra, em sendo esse o entendimento, a presente recomendação, nos termos da disposição anterior.

Na ocasião, também 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 diretamente ao Excelentíssimo Prefeito Municipal:

- a) a divulgação adequada e imediata da presente recomendação;
- b) informações por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, contados a partir do vencimento do prazo de 30 (trinta) dias acima fixado, sobre o posicionamento jurídico do Poder Público municipal acerca da recomendação, juntamente com a cópia autenticada da norma ora fustigada com a respectiva certidão de vigência.

Belo Horizonte, 24 de abril de 2013.

MARCOS PEREIRA ANJO COUTINHO

Promotor de Justiça

ASSESSOR ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE