



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Registro: 2020.0000498825

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2180496-29.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAMPINAS e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPINAS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM RESSALVA. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. RONALDO VIEIRA FERNANDES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 1º de julho de 2020.

FRANCISCO CASCONI
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº
2180496-29.2019.8.26.0000
COMARCA: SÃO PAULO
AUTOR: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
RÉUS: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAMPINAS/SP e
PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE
CAMPINAS/SP

VOTO Nº 35.198

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEIS
14.137/2011 E 14.595/2013 DO MUNICÍPIO DE
CAMPINAS/SP, A SEGUNDA MERAMENTE ALTERADORA DA
PRIMEIRA QUE, POR SUA VEZ, DISPÕE “SOBRE O PRÊMIO DE
PRODUTIVIDADE DOS AUDITORES FISCAIS TRIBUTÁRIOS,
AGENTES FISCAIS TRIBUTÁRIOS, AGENTES DO TESOIRO
MUNICIPAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS” – ART. 4º QUE,
NA NOVA REDAÇÃO, CRIA A FIGURA JURÍDICA DO “AGENTE
AUXILIAR DE ARRECAÇÃO” E LHE ESTENDE PARCELA DO
PRÊMIO DE PRODUTIVIDADE – PRECEITO NORMATIVO
PREVENDO, OUTROSSIM, QUE, MEDIANTE SIMPLES
PORTARIA DO PREFEITO, PODERÁ SER “DESIGNADO” PARA
ESSA FIGURA QUALQUER SERVIDOR LOTADO E EM EFETIVO
EXERCÍCIO NA SECRETARIA MUNICIPAL DE FINANÇAS,
DESDE QUE “NO DESEMPENHO DE SUAS FUNÇÕES
COLABOREM DIRETAMENTE COM O ATINGIMENTO DA META
DE RECEITA” – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 115, I, II, V, X, E 144
DA CONSTITUIÇÃO PAULISTA - RECONHECIMENTO – FIGURA



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

CRIADA QUE NÃO PODE SER CONSIDERADA FUNÇÃO PÚBLICA PORQUE NÃO SE ENQUADRA NOS INCISOS V E IX DO ART. 37 DA CF, ÚNICOS TIPOS DE FUNÇÃO PÚBLICA ADMITIDOS APÓS 1988 – EFEITO REPRISTINATÓRIO DESSA INCONSTITUCIONALIDADE – OCORRÊNCIA – ART. 4º QUE, NA REDAÇÃO ORIGINAL, ESTENDIA PARCELA DO PRÊMIO DE PRODUTIVIDADE PARA TODOS OS SERVIDORES LOTADOS NO “DEPARTAMENTO DE RECEITAS MOBILIÁRIAS, DEPARTAMENTO DE RECEITAS IMOBILIÁRIAS E NO DEPARTAMENTO DE COBRANÇA E CONTROLE DE ARRECADAÇÃO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE FINANÇAS, QUE NO DESEMPENHO DE SUAS FUNÇÕES COLABOREM DIRETAMENTE COM O ATINGIMENTO DA META DE RECEITA” – REDAÇÃO ORIGINAL PROMULGADA PELA CÂMARA MUNICIPAL APÓS DERRUBADA DO VETO DO PREFEITO – VETO DESSA REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 4º PORQUE FRUTO DE EMENDA PARLAMENTAR QUE IMPLICA AUMENTO DE DESPESA – AFRONTA À COMBINAÇÃO DO ART. 144 COM O ART. 24, § 5º, ITEM 1, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - RECONHECIMENTO – PEDIDO INICIAL JULGADO PROCEDENTE.

Ação de inconstitucionalidade voltada contra as Leis 14.137/2011 e 14.595/2013 do Município de Campinas/SP, a segunda meramente alteradora da primeira que, por sua vez, dispõe *"sobre o prêmio de produtividade dos auditores fiscais tributários, agentes fiscais tributários, agentes do tesouro*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

municipal e dá outras providências”.

O d. Procurador-Geral de Justiça afirma que o *caput* e os §§ 1º, 2º e 4º do art. 4º da Lei 14.137/2011, tanto em sua redação original como na que lhe foi dada pela Lei 14.595/2013, violam os arts. 111 e 115, II e XII-A, da Constituição Estadual, porquanto permitem que servidores de outras carreiras tenham acesso, sem concurso público, a atividade e vantagem pecuniária exclusivas das carreiras específicas da administração tributária.

No impedimento ocasional do relator, foi deferida liminar (fl. 66) que veio a ser cassada em sede de agravo regimental (fls. 119/125).

O Prefeito de Campinas/SP prestou informações asseverando que o "*Agente Auxiliar de Arrecadação*", figura criada com a redação dada pela Lei 14.595/2013 ao art. 4º da Lei 14.137/2011, não é um novo cargo, mas mera "*nomenclatura própria*" ao servidor que auxilia, na medida das atribuições de seu cargo, no incremento da arrecadação tributária, sem exercer as atribuições próprias dos integrantes das carreiras específicas da administração tributária. Pede a improcedência do pedido (fls. 76/82).

No mesmo sentido as informações prestadas pelo Presidente da Câmara Municipal (fls. 89/92).

Citada, a Procuradora-Geral do Estado não se manifestou (fl. 96).

Por fim, a d. Procuradoria-Geral de Justiça repisou os argumentos da inicial e opinou pela procedência do pedido (fls.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

135/138).

É o Relatório.

O pedido é procedente.

A Lei 14.137/2011 do Município de Campinas/SP, que *"DISPÕE SOBRE O PRÊMIO DE PRODUTIVIDADE DOS AUDITORES FISCAIS TRIBUTÁRIOS, AGENTES FISCAIS TRIBUTÁRIOS, AGENTES DO TESOIRO MUNICIPAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS"* (fls. 27/30), decorre de iniciativa do respectivo Prefeito que vetou seu art. 4º, objeto de emenda parlamentar (fls. 31/32).

Tendo sido esse veto derrubado pelo Poder Legislativo local, o Presidente deste último promulgou referido dispositivo com a seguinte redação:

"Art. 4º - Fazem jus à Parcela de Desempenho Fazendário - PDF, nos termos do inciso III do artigo 1º desta Lei, os servidores nomeados para cargo em comissão ou designados para função gratificada e os demais servidores lotados no Departamento de Receitas Mobiliárias, Departamento de Receitas Imobiliárias e no Departamento de Cobrança e Controle de Arrecadação da Secretaria Municipal de Finanças, que no desempenho de suas funções colaborem diretamente com o atingimento da meta de receita, excetuados os servidores mencionados no caput do art. 1º."

Posteriormente, essa redação foi alterada pela Lei 14.595/2013, também de iniciativa do Prefeito, nos seguintes termos (fls. 33/34):



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Art. 1º - *Fica alterado o artigo 4º da Lei n. 14.137, de 14 de outubro de 2011, que passa a vigorar com a seguinte redação:*

'Art. 4º - Os servidores ocupantes de cargo efetivo, função pública e função atividade nos termos do art. 3º da Lei nº 8.219/94 lotados e em efetivo exercício na Secretaria Municipal de Finanças, que no desempenho de suas funções colaborem diretamente com o atingimento da meta de receita, poderão ser designados como Agente Auxiliar de Arrecadação, mediante portaria do Prefeito Municipal, observado o limite máximo de até 141 (cento e quarenta e um) servidores.

§1º- Farão jus ao recebimento da Parcela de Desempenho Fazendário - PDF, os servidores designados como Agente Auxiliar de Arrecadação, nos termos do disposto no art. 1º, III, §§ 1º ao 6º.

§ 2º - Não poderão ser designados como Agente Auxiliar de Arrecadação, o Auditor Fiscal Tributário Municipal, o Agente Fiscal Tributário e o Agente do Tesouro Municipal, já abrangidos pelo art. 1º.

§3º- A importância referente à Parcela de Desempenho Fazendário - PDF será apurada nos seguintes trimestres de referência:

I - de janeiro a março;

II - de abril a junho;

III - de julho a setembro; e

IV - de outubro a dezembro de cada exercício.

*§ 4º- A importância referente à Parcela de Desempenho Fazendário - PDF será paga ao Agente Auxiliar de Arrecadação nos termos do disposto no caput do art. 3º (NR)'.
'*

Art. 2º - *Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 2013, inclusive, para fins de pagamento da importância referente à Parcela de Desempenho Fazendário - PDF relativa ao trimestre de outubro a dezembro de 2012.*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Art. 3º - *Ficam revogadas as disposições em contrário.*”

Como se vê, tanto a redação original como a atual fazem referência ao art. 1º da mesma lei, pelo que cumpre transcrever as partes interessantes desse dispositivo:

Art. 1º *O prêmio de produtividade, composto de Parcela Habitual Mensal - PHM, de Parcela Mensal de Incentivo à Produtividade - PMIP e de Parcela de Desempenho Fazendário - PDF, a que fazem jus o Auditor Fiscal Tributário Municipal, o Agente Fiscal Tributário e o Agente do Tesouro Municipal, lotados e em exercício do cargo na Secretaria Municipal de Finanças, é devido na forma estabelecida nesta Lei, a saber:*

I - *Parcela Habitual Mensal - PHM, no valor correspondente a até 85% (oitenta e cinco por cento) do vencimento base do Auditor Fiscal Tributário Municipal, no valor de até 80% (oitenta por cento) do vencimento base do Agente Fiscal Tributário e do Agente do Tesouro Municipal, apurada com base no desempenho individual, mensalmente avaliado na forma estabelecida em decreto do Executivo, incorporável para fins de aposentadoria e pensão por morte, observados os seguintes limites máximos:*

a) Auditor Fiscal Tributário Municipal: 85% (oitenta e cinco por cento)/mês para 100 (cem) pontos/mês;

b) Agente Fiscal Tributário: 80% (oitenta por cento)/mês para 100 (cem) pontos/mês;

c) Agente do Tesouro Municipal: 80% (oitenta por cento)/mês para 100 (cem) pontos/mês.

II - *Parcela Mensal de Incentivo à Produtividade - PMIP, não incorporável, no valor correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) do vencimento base no padrão salarial inicial das respectivas carreiras públicas municipais, devida quando superada*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

a meta mensal de desempenho individual.

III - *Parcela de Desempenho Fazendário - PDF, devida pelo atingimento da meta de receita da Secretaria Municipal de Finanças, com valores trimestrais correspondentes ao valor de 1 (uma) a 5 (cinco) unidades de referência, devida a cada trimestre, observado o disposto nos art. 2º e 3º desta lei, nos seguintes termos:*

a) 1 (uma) unidade de referência, quando atingido 90% (noventa por cento) da meta de receita;

b) 2 (duas) unidades de referência, quando atingido 95% (noventa e cinco por cento) da meta de receita;

c) 3 (três) unidades de referência, quando atingido 100% (cem por cento) da meta de receita;

d) 4 (quatro) unidades de referência, quando atingido 105% (cento e cinco por cento) da meta de receita;

e) 5 (cinco) unidades de referência, quando atingido 110% (cento e dez por cento) da meta de receita.

§ 1º *Para aplicação do disposto no inciso III deste artigo, considera-se como unidade de referência 1 (um) vencimento base do servidor público municipal e, para os servidores públicos municipais nomeados ou que estejam respondendo pelos cargos de Diretor, Coordenador ou Chefe, a unidade de referência corresponde a 1,2 (um vírgula dois) vencimento base do servidor público municipal.*

§ 2º *A meta de receita de que trata o inciso III deste artigo é definida pela fórmula:*

[...]

§ 3º *Para efeito de fixação e de apuração do atingimento da meta de receita, serão consideradas as receitas tributárias do ISSQN, do*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

IPTU e das taxas imobiliárias, do ITBI e da Dívida Ativa, das multas e dos juros, comparando-se o trimestre de referência do exercício imediatamente anterior com o do trimestre de referência do exercício corrente.

§ 4º *Para efeito de aplicação do disposto no § 2º deste artigo, será considerada a projeção da variação percentual do Produto Interno Bruto - PIB a preços de mercado e a projeção da variação percentual do PIB real, extraída do Relatório do Sistema de Expectativa de Mercado divulgado pelo Banco Central do Brasil ou de outras fontes definidas em normas regulamentadoras.*

§ 5º *O disposto no inciso III deste artigo aplica-se aos servidores públicos municipais especificados no caput deste artigo que estiverem lotados da Secretaria Municipal de Finanças.*

§ 6º *O Secretário Municipal de Finanças poderá redefinir os valores de “a1”, “a2”, “a3” e “a4” a cada 24 (vinte e quatro) meses, contados a partir de janeiro de 2011, obedecendo aos seguintes parâmetros:*
[...]

§ 7º *A meta mensal de desempenho individual de que trata o inciso II deste artigo é a execução de atividades inerentes aos respectivos cargos, mensalmente avaliadas na forma estabelecida em decreto do executivo, às quais são atribuídas 100 (cem) pontos/mês.”.*

Esses o histórico e o contexto do art. 4º da Lei 14.137/2011 do Município de Campinas/SP, objeto da presente ação.

Por força da lógica, examina-se primeiro a redação atual.

Ela pode ser resumida em dois passos: primeiro, cria



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

uma figura jurídica denominada "*Agente Auxiliar de Arrecadação*", para a qual poderá ser "*designado*" (esse o termo legal), mediante simples portaria do Prefeito, todo e qualquer servidor lotado e em exercício na Secretaria Municipal de Finanças, desde que, no desempenho de suas atribuições, colabore diretamente para o atingimento da meta de receita; depois, atribui a essa nova figura o direito de receber uma das parcelas componentes do prêmio de produtividade instituído pelo art. 1º da mesma lei para outros agentes públicos (Auditores Fiscais, Agentes Fiscais e Agentes do Tesouro), qual seja, a "*Parcela de Desempenho Fazendário – PDF*".

Nas informações que prestaram no bojo da presente ação, tanto o Prefeito como o Presidente da Câmara Municipal asseveraram que essa nova figura jurídica não corresponde a um novo cargo, tratando-se de mera "*nomenclatura própria*" ao servidor que auxilia, na medida das atribuições de seu cargo, no incremento da arrecadação tributária, sem exercer as atribuições próprias dos integrantes das carreiras específicas da administração tributária (fls. 76/82 e 89/92, pela ordem).

Acontece que a Constituição Estadual determina o seguinte:

"Artigo 144 - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição." (g.n.)

Em outras palavras, diz que as diretrizes gerais traçadas por ela e pela CF devem ser observadas pelos municípios paulistas ao exercerem suas autonomias legislativa e administrativa.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Quando se trata de organização da Administração Pública, como no caso, as diretrizes gerais impostas pela Constituição do Estado de São Paulo são as seguintes:

"Artigo 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:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Inciso I com redação dada pela Emenda Constitucional nº 21, de 14/02/2006)

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 comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração;" (g.n.)

Na Constituição Federal, são essas:

"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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998);



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)" (g.n.)

Como se vê, as diretrizes estaduais são, na essência, meras repetições das traçadas pela Constituição Federal, pelo que a interpretação que se faz destas últimas serve para aquelas.

Assentada essa premissa, cumpre averiguar o que diz a doutrina de escol sobre como devem ser interpretadas essas diretrizes da Constituição da República.

Maria Sylvia Zanela di Pietro professa o seguinte:

"A Constituição federal, em vários dispositivos, emprega os vocábulos cargo, emprego e função para designar realidades diversas, porém que existem paralelamente na Administração. Cumpre, pois, distingui-las.

Para bem compreender o sentido dessas expressões, é preciso partir da ideia de que na Administração Pública todas as competências são definidas na lei e distribuídas em três níveis diversos: pessoas jurídicas (União, Estados e Municípios), órgãos (Ministérios, Secretarias e suas subdivisões) e servidores públicos; estes ocupam cargos ou empregos ou exercem função.

Daí a observação de Celso Antonio Bandeira de Mello (1975a:17): 'cargo é a denominação dada à mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente'.

Com efeito, as várias competências previstas na



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Constituição para a União, Estados e Municípios são distribuídas entre seus respectivos órgãos, cada qual dispendo de determinado número de cargos criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração.

Durante muito tempo, essa unidade de atribuições correspondia ao cargo e era atribuída ao funcionário público sob regime estatutário.

Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão emprego público passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma unidade de atribuições, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto o ocupante do cargo público tem um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos que, na União, está contido na lei que instituiu o regime jurídico único (Lei nº 8.112/90).

No entanto, ao lado do cargo e do emprego, que têm uma individualidade própria, definida em lei, existem atribuições também exercidas por servidores públicos, mas sem que lhes corresponda um cargo ou emprego. Fala-se, então, em função dando-se-lhe um conceito residual: é o conjunto de atribuições às quais não corresponde um cargo ou emprego.

A função abrangia, antes da atual Constituição, pelo menos, duas modalidades diversas:

- 1. a de chefia, assessoramento, direção e tantas outras, remuneradas, normalmente, mediante acréscimos pecuniários ao padrão do funcionário, sob os mais variados títulos, como pro labore,*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

- representação, gratificação, função gratificada;*
2. *a exercida, antes da atual Constituição, pelos chamados servidores extranumerários, interinos, temporários e que compõem um quadro de funções paralelo ao quadro de cargos; normalmente essas funções têm a mesma denominação, remuneração e atribuições dos cargos correspondentes, porém são de livre provimento e exoneração, não conferindo estabilidade àqueles que as exercem; sempre serviram aos propósitos de apadrinhamento próprios da Administração Pública brasileira, em todos os tempos. Era uma forma de atender às exigências do serviço público, criando-se a função sem criar-se o cargo; com isto contornava-se a exigência constitucional de concurso público para a investidura.*

A Constituição de 1967, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, com a norma do artigo 106, pretendeu restringir a possibilidade de existência desse quadro paralelo, ao prever regime especial apenas para a admissão de servidores em serviços de caráter temporário e contratação para funções de natureza técnica especializada. No entanto, no Estado de São Paulo, a norma foi totalmente desvirtuada, mantendo-se, pela Lei nº 500, de 13-11-74, um Quadro de funções para serviços permanentes, paralelo e análogo ao Quadro de cargos.

A Constituição de 1988 restringiu ainda mais, pois, de um lado, previu regime jurídico único no caput do artigo 39, depois extinto em decorrência de nova redação dada a esse dispositivo pela Emenda Constitucional nº 19/98. Como o artigo 39, com a nova redação, foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 2.135/DF (julgamento pelo Plenário em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

2-8-07), volta a aplicar-se a redação original, com a exigência de regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da Administração Pública direta, autarquias e fundações públicas. Embora tenhamos entendido, em edições anteriores, que esse regime pode ser o estatutário ou celetista, reformulamos agora tal entendimento, para defender a tese de que o regime estatutário é que deve ser adotado, tendo em vista que as carreiras típicas de Estado não podem submeter-se a regime celetista, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 2.310 (pertinente ao pessoal das agências reguladoras). Ainda que para atividades-meio o regime celetista fosse aceitável, o vínculo de natureza estatutária se impõe em decorrência da exigência de que o regime jurídico seja único.

A título de exceção ao regime jurídico único, a Constituição, no artigo 37, IX, previu, em caráter de excepcionalidade, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, a possibilidade de contratação por tempo determinado. Esses servidores exercerão funções, porém, não como integrantes de um quadro permanente, paralelo ao dos cargos públicos, mas em caráter transitório e excepcional.

Portanto, perante a Constituição atual, quando se fala em função, tem-se que ter em vista dois tipos de situações:

- 1. a função exercida por servidores contratados temporariamente com base no artigo 37, IX, para a qual não se exige, necessariamente, concurso público, porque, às vezes, a própria urgência da contratação é incompatível com a demora do procedimento; a Lei nº 8.112/90 definia, no artigo 233, § 3º, as hipóteses em que o concurso era dispensado; esse dispositivo foi revogado***



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

pela Lei nº 8.745, de 9-12-93, que agora disciplina a matéria, com as alterações posteriores;

- 2. as funções de natureza permanente, correspondentes a chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade para a qual o legislador não crie o cargo respectivo; em geral, são funções de confiança, de livre provimento e exoneração; a elas se refere o art. 37, V, ao determinar, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, que 'as funções de confiança serão 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'.**

Com isso, fica explicada a razão de ter o constituinte, no artigo 37, II, exigido concurso público só para a investidura em cargo ou emprego. Nos casos de função, a exigência não existe porque os que a exercem ou são contratados temporariamente para atender às necessidades emergentes da Administração, ou são ocupantes de funções de confiança, para as quais não se exige concurso público.

A discussão quanto aos dois tipos de função atualmente existentes é de fundamental importância, porque há uma série de normas constitucionais que, ao fazerem referência a cargo, emprego ou função, estão-se referindo às funções de confiança e não à função temporária exercida com base no artigo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

37, IX. Qualquer outra interpretação seria inaceitável, por não se compatibilizar com a transitoriedade e excepcionalidade dessas contratações.

É o caso do artigo 38, que prevê o afastamento do cargo, emprego ou função, para o exercício de mandato; não seria admissível que um servidor contratado temporariamente pudesse afastar-se com essa finalidade. Ainda a norma do artigo 61, § 1º, II, 'a', que exige lei de iniciativa do Executivo para a criação de cargos, funções ou empregos públicos; seria totalmente inviável conceber-se a fixação de determinado número de funções para atender a situações eventuais e imprevisíveis.”¹ (g.n.)

Em resumo, quando um membro da federação – o que inclui os municípios - for legislar sobre sua organização administrativa, ele só pode criar, a título de unidade mínima, cargos, empregos ou funções públicas. Qualquer outra figura jurídica representará incompatibilidade com o figurino traçado pela Constituição Federal e, via de consequência, pela Carta Bandeirante.

Por isso, é descabido o argumento do Prefeito no sentido de que o dispositivo legal sob exame cria mera “*nomenclatura própria*”, pois essa figura jurídica não corresponde a cargo, emprego ou função pública.

O que se poderia cogitar é de criação de uma nova função pública, já que tanto o alcaide como o Presidente da Câmara Municipal asseveram não se tratar de novo cargo público (o que também exclui a possibilidade de emprego público porque a diferença entre um e outro não está na dispensa de concurso público, e sim na natureza jurídica do vínculo estabelecido com a

¹ “Direito Administrativo”, Atlas, 27ª ed., 2014, págs. 604/607.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Administração Pública).

Mas, como se viu acima, só existem dois tipos de função pública após a CF/1988: os previstos nos incisos V e IX do art. 37 da CF.

Como o “Agente Auxiliar de Arrecadação” não se encaixa em nenhum dos dois (uma vez que não corresponde a necessidade temporária nem a atribuições de direção, chefia e assessoramento), de duas uma: ou ele é uma função pública *sui generis* ou é um novo cargo público disfarçado, não se sabe se intencionalmente ou não.

Se for uma função pública *sui generis*, é inconstitucional por desbordar do figurino constitucional, qual seja, aquele resultante da combinação do inciso I com os incisos V e X, todos do art. 115 da CE.

Se for um novo cargo público disfarçado, é inconstitucional por violar a regra do concurso público (art. 115, II, da CE), visto que não integra nenhuma carreira (o que exclui a possibilidade de promoção) e é provido sem prévio concurso público (mediante simples portaria do Prefeito). Nesse sentido a Súmula Vinculante 43 do Excelso Pretório:

“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.”

Por tais motivos, reconhece-se a inconstitucionalidade material do art. 4º, *caput*, da Lei 14.137/2011 do Município de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Campinas/SP, na redação que lhe deu a Lei 14.595/2013.

Como os §§ 1º, 2º e 4º desse artigo só encontram razão de ser na existência do *caput*, eles são inconstitucionais por arrastamento.

Corolário dessas inconstitucionalidades é o restabelecimento da redação original do art. 4º da Lei 14.137/2011, que vem sendo denominado pelo E. Supremo Tribunal Federal de “efeito repristinatório” da declaração de inconstitucionalidade. Segundo esse Tribunal, a norma restaurada também pode ser objeto de controle concentrado, na mesma ação direta em que se declarou a inconstitucionalidade da norma revogadora, desde que haja pedido expreso nesse sentido. Confira-se:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEGISLAÇÃO ESTADUAL PERTINENTE À EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE LOTÉRICA - DISCUSSÃO SOBRE A COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE O TEMA REFERENTE A SISTEMAS DE SORTEIOS - MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO (CF, ART. 22, INCISO XX) - HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO REFERENTE À EXPLORAÇÃO DOS JOGOS E SISTEMAS LOTÉRICOS (INCLUSIVE BINGOS) NO BRASIL - DIPLOMAS NORMATIVOS ESTADUAIS QUE DISCIPLINAM OS SERVIÇOS DE LOTERIAS E INSTITUEM NOVAS MODALIDADES DE JOGOS DE AZAR - MATÉRIA CONSTITUCIONALMENTE RESERVADA, EM CARÁTER DE ABSOLUTA PRIVATIVIDADE, À UNIÃO FEDERAL - USURPAÇÃO, PELO ESTADO-MEMBRO, DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EXCLUSIVA DA UNIÃO - OFENSA AO ART. 22, XX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DAS LEIS E DECRETOS DO ESTADO DO TOCANTINS QUE



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

*DISPUSERAM SOBRE JOGOS E SISTEMAS LOTÉRICOS - AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO PERTINENTE A SISTEMAS DE SORTEIOS - MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO (CF, ART. 22, INCISO XX) - NORMAS ESTADUAIS QUE DISCIPLINAM A ATIVIDADE LOTÉRICA - USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA - PRECEDENTES. - A cláusula de competência inscrita no art. 22, inciso XX, da Constituição da República atribui máximo coeficiente de federalidade ao tema dos "sorteios" (expressão que abrange os jogos de azar, as loterias e similares), em ordem a afastar, nessa específica matéria, a possibilidade constitucional de legítima regulação normativa, ainda que concorrente, por parte dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios. - Não assiste, ao Estado-membro, bem assim ao Distrito Federal, competência para legislar, por autoridade própria, sobre qualquer modalidade de loteria ou de serviços lotéricos. Precedentes. - A usurpação, pelo Estado-membro, da competência para legislar sobre sistemas de sorteios - que representa matéria constitucionalmente reservada, em caráter de absoluta privatividade, à União Federal - traduz vício jurídico que faz instaurar situação de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo radical, a própria integridade do ato legislativo daí resultante. Precedentes. - A questão do federalismo no sistema constitucional brasileiro. O surgimento da idéia federalista no Império. O modelo federal e a pluralidade de ordens jurídicas (ordem jurídica total e ordens jurídicas parciais). A repartição constitucional de competências: poderes enumerados (explícitos ou implícitos) e poderes residuais. **FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE E EFEITO REPRISTINATÓRIO. - A declaração de inconstitucionalidade "in abstracto", considerado o efeito repristinatório que lhe é***



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

inerente (RTJ 120/64 - RTJ 194/504-505 - ADI 2.867/ES, v.g.), importa em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. É que a lei declarada inconstitucional, por incidir em absoluta desvalia jurídica (RTJ 146/461-462), não pode gerar quaisquer efeitos no plano do direito, nem mesmo o de provocar a própria revogação dos diplomas normativos a ela anteriores. Lei inconstitucional, porque inválida (RTJ 102/671), sequer possui eficácia derogatória. A decisão do Supremo Tribunal Federal que declara, em sede de fiscalização abstrata, a inconstitucionalidade de determinado diploma normativo tem o condão de provocar a repriminção dos atos estatais anteriores que foram revogados pela lei proclamada inconstitucional. Doutrina. Precedentes (ADI 2.215-MC/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "Informativo/STF" nº 224, v.g.). - Considerações em torno da questão da eficácia repriminatória indesejada e da necessidade de impugnar os atos normativos, que, embora revogados, exteriorizem os mesmos vícios de inconstitucionalidade que inquinam a legislação revogadora. - Ação direta que impugna, não apenas a Lei estadual nº 1.123/2000, mas, também, os diplomas legislativos que, versando matéria idêntica (serviços lotéricos), foram por ela revogados. Necessidade, em tal hipótese, de impugnação de todo o complexo normativo. Correta formulação, na espécie, de pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade tanto do diploma ab-rogatório quanto das normas por ele revogadas, porque também eivadas do vício da ilegitimidade constitucional. Reconhecimento da inconstitucionalidade desses diplomas legislativos, não obstante já revogados." (g.n.)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

(**ADI 3.148**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2006, DJe-112 DIVULG 27-09-2007 PUBLIC 28-09-2007 DJ 28-09-2007 PP-00026 EMENT VOL-02291-02 PP-00249 RTJ VOL-00202-03 PP-01048).

No caso, a petição inicial impugna expressamente a redação original supramencionada (fls. 03/04), razão pela qual é possível analisá-la.

Conforme registrado acima, a redação original do art. 4º da Lei 14.137/2011 foi promulgada pelo Presidente da Câmara Municipal de Campinas/SP, em razão da derrubada do veto oposto pelo Prefeito a tal dispositivo. Os motivos desse veto foram os seguintes:

"SENHOR PRESIDENTE:

Comunicamos a Vossa Excelência que, no uso das atribuições que nos conferem os artigos 50, alínea "c", 51, "caput", e 75, inciso IV, da Lei Orgânica do Município, resolvemos vetar parcialmente o projeto de lei nº 320/2011, que 'Dispõe sobre o Prêmio de Produtividade dos Auditores Fiscais Tributários, Agentes Fiscais Tributários, Agentes do Tesouro Municipal e dá outras providências'.

Trata-se de projeto de lei de iniciativa privativa do Prefeito, nos termos do art. 45, I, da Lei Orgânica do Município, o qual foi objeto de emenda parlamentar que alterou o art. 4º da proposta original, ampliando o conteúdo e o alcance do dispositivo.

Como é cediço, o parlamentar pode emendar projeto de lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo desde que haja pertinência temática e desde que não haja aumento de despesa, excetuado, neste caso, o aumento de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

despesas nas leis orçamentárias, conforme previsão constitucional.

No projeto de lei encaminhado à alta deliberação dessa E. Câmara Municipal havia em sua redação original a previsão de extensão de uma parcela do Prêmio a um determinado número de servidores e em percentagem diferida a menor em relação ao previsto no inciso III do artigo 10. Todavia, a emenda aprovada estendeu (sic) tal parcela em sua integralidade a todos os servidores lotados na Secretaria Municipal de Finanças, ocasionando o imprevisto e inconstitucional aumento de despesa, vedado expressamente no art. 24, § 5º, da Constituição do Estado de São Paulo, dispositivo a ser observado pelo Município, nos termos do art. 144 da Carta Paulista.

Com efeito, a emenda aprovada ampliou o valor do benefício e também o número de servidores alcançados com a medida, inclusive aqueles já contemplados com a gratificação concedida pela Lei nº 11.520, de 24 de abril de 2003 (Porta Aberta).

Por outro lado, ao excepcionar os servidores mencionados no caput do art. 1º, o que fazia sentido em razão da diferença a menor estabelecida no art. 4º em relação ao valores de referência estabelecidos no inciso III do art. 1º em sua redação original, a emenda acabou por contradizer o próprio art. 1º do projeto de lei, pois a redação da emenda acaba por inadvertidamente suprimir a parcela do prêmio concedida aos destinatários originais, tornando a norma legal incoerente.

Gilmar Mendes Ferreira, citado por Kildare Gonçalves Carvalho, diz: 'Constata-se uma contradição teleológica se



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

há uma contradição entre os objetivos perseguidos por disposições diversas, de modo que a observância de um preceito importa na nulificação dos objetivos visados pela outra'. O professor Kildare observa, ainda, que 'a incoerência acarretará insegurança e arbitrariedade e comprometerá a eficácia da lei, fazendo muitas vezes com que a mesma produza efeitos não desejados e distintos daqueles previstos pelo legislador' in Técnica Legislativa, 2ª Edição, fl. 44.

Exatamente o que ocorre no caso.

Assim, tendo-se em vista que não é possível o veto parcial oposto a palavras e expressões, fica mais uma vez demonstrada a necessidade de veto ao art. 4º do projeto de lei em apreço, nos termos do art. 51, § 1º, da Lei Orgânica do Município.

Essas as razões do veto parcial ao projeto de lei nº 320/2011, medida que recai sobre o art. 4º da proposição aprovada, a qual aguardamos seja mantida por essa Egrégia Casa de Leis." (fls. 31/32, g.n.).

Instado a prestar informações no bojo da presente ação, o Presidente de referida Câmara de Vereadores não negou esse aumento de despesa decorrente de emenda de parlamentar (fls. 89/92).

Diante desse cenário e considerando que, na ação direta de inconstitucionalidade, a causa de pedir é aberta, não há como deixar de reconhecer a inconstitucionalidade formal da redação original do art. 4º da Lei 14.137/2011 por afronta ao disposto no art. 24, § 5º, item 1, da Constituição Estadual, de observância obrigatória para os municípios paulistas (art. 144 da mesma Carta).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Convém dizer, porém, tendo em vista a teoria da transcendência dos motivos determinantes, que não se divisa incompatibilidade material dessa redação original com o art. 115, XX-A, da Constituição do Estado de São Paulo.

Em primeiro lugar, porque essa redação, da forma como está estruturada, não autoriza que servidores de outras carreiras exerçam as atribuições próprias das carreiras específicas da administração tributária. Apenas estende vantagem pecuniária destas últimas para aqueles.

Verdade que, ao analisar outra lei do mesmo município e que também estendeu esse prêmio de produtividade para outros cargos, o C. Órgão Especial deste Tribunal decidiu o seguinte:

"Do bem lançado parecer do eminente Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. Maurício Augusto Gomes, colhe-se que:

[...]

A transformação dos cargos questionados, consistente em nova denominação e feixe de atribuições, não se sustenta diante da Constituição Bandeirante, daí porque se espera desse Sodalício decisão que restaure o status quo anterior das funções afetas aos cargos de AGENTE FISCAL TRIBUTÁRIO e AGENTE DO TESOURO MUNICIPAL.

Em decorrência desse encaminhamento, será forçoso reconhecer a inconstitucionalidade do art. 54 da Lei nº 12.985/07, pois a extensão do prêmio de produtividade aos cargos de nível médio tem como razão de ser a indevida equiparação de atribuições que a lei concretizou.

Diante do exposto, opinamos pela procedência da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

presente ação direta de inconstitucionalidade, declarando-se:

(a) a insubsistência do rol de atribuições dos cargos de AGENTE FISCAL TRIBUTÁRIO e de AGENTE DO TESOURO MUNICIPAL, para o restabelecimento das atribuições originárias, previstas na Lei nº 12.012/04; e

(b) a insubsistência do art. 54 da Lei nº 12.985/07, que estendeu aos cargos questionados, pela alteração dos art. 3º., 5o. e 12 da Lei 9.146/96, o prêmio de produtividade a que faz jus o Auditor Fiscal Tributário Municipal.' (fls. 420/439)

Adotando esses motivos como razão de decidir, o voto propõe o acolhimento do pedido, com efeitos "ex nunc" de forma a ressaltar o recebimento do prêmio de produtividade pelos Agentes Fiscais do Tesouro e dos Agentes do Tesouro Municipal até a data em que notificada a Prefeitura Municipal da liminar concedida a fls. 259, que fica confirmada."

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 9051481-68.2008.8.26.0000; Relator (a): José Reynaldo; Órgão Julgador: Órgão Especial; São Paulo - São Paulo; Data do Julgamento: 08/12/2009; Data de Registro: 14/01/2010)

Note-se, contudo, que a razão da declaração de inconstitucionalidade dessa extensão foi o fato de que "*decorre da indevida equiparação dos cargos que a lei concretizou*", o que não ocorre no caso sob análise.

Por outro lado, é duvidosa a tese de inconstitucionalidade dessa mera extensão de vantagem pecuniária, sem alteração das atribuições dos cargos beneficiados, sob o argumento de incentivar o desvio de função. É que a inconstitucionalidade das normas municipais deve ser aferida,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

primordialmente, com base nas disposições da Constituição Estadual; os vezos da Administração Pública brasileira devem ser levados em consideração apenas como elementos residuais, acidentais. Não havendo proibição constitucional expressa ou implícita para esse tipo de extensão, a tese de sua inconstitucionalidade material é duvidosa e, nesse caso, prevalece a presunção de constitucionalidade da norma atacada.

Por fim, registro entender **indispensável preservar a irrepetibilidade das verbas percebidas em boa-fé pelos servidores beneficiados** anteriormente a este julgamento.

Tendo a solução ora alcançada caráter restritivo, não seria razoável fossem compelidos a devolver a vantagem recebida, porque de índole eminentemente alimentar, além de não se vislumbrar malícia ou má-fé dos destinatários, prestigiando-se o princípio da segurança jurídica.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade material do art. 4º, *caput* e §§ 1º, 2º e 4º, da Lei 14.137/2011 do Município de Campinas/SP, com a redação dada pela Lei 14.595/2013, bem como a inconstitucionalidade formal da redação original desse art. 4º.

Des. FRANCISCO CASCONI

Relator

Assinatura Eletrônica