



PARECER 244/2021

Manifestação técnica à consulta apresentada pelo Presidente da Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque, Senhor Júlio Antônio Mariano.

Encaminha-nos solicitação de consulta técnica o Sr. Presidente desta Casa Legislativa, Vereador Júlio Antônio Mariano, sobre o Requerimento 178/2021, protocolado pelo Vereador Newton Dias Bastos, sobre a gratificação natalícia, prevista no art. 39 do Estatuto Funcional:

É o relatório.

Primeiramente, é de se destacar que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, baseado na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, rechaça o pagamento de 14º salário (ou de verba com qualquer outra designação que pretenda a mesma finalidade) aos agentes públicos, por ausência de interesse público e por afronta à impessoalidade e à legalidade:

TC-012836/989/17

ÓRGÃO: Prefeitura Municipal de Meridiano

DECISÃO

Acolho a manifestação da chefia da Assessoria Técnica da Casa, visto que as irregularidades constatadas na instrução processual não foram afastadas pela defesa.

Constato nos autos que gratificação por aniversário – servindo como verdadeiro “14º salário” não possui base constitucional,

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - Fone: (11) 4784-8444 - Fax: (11) 4784-8447

Site: www.camarasaoroque.sp.gov.br | E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

desse modo afetando os princípios da legalidade e impessoalidade.

Registro, ainda, que o regramento municipal (art.51, da Lei Municipal nº 34/2005 e art. 267, da Lei Complementar nº 61/2011) que previa a concessão dessa verba, foi declarado inconstitucional pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Acórdão relativo à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.069.559-20.2017.8.26.0000**, conforme Decisão juntada no Evento nº 18:

b) Quanto ao 14º salário.

[...]

No presente caso, as leis impugnadas instituem benefício genérico 14º salário, não atendem ao interesse público ou a qualquer exigência específica das funções e cargos beneficiados por ela.

[...]

Evidente, pois, a afronta aos arts. 111 e 128 da Constituição Estadual.

[...]

A criação de 14º salário expõe a Administração Pública a tratamentos desigualitários, imorais, desarrazoados e, sobretudo, distantes do interesse público primário. Trata-se, em realidade, de indiscriminado aumento indireto e dissimulado da remuneração, alheio aos parâmetros de razoabilidade, interesse público e necessidade do serviço que

devem presidir a concessão de vantagens pecuniárias aos servidores públicos.

[...]

Caracterizado vício de inconstitucionalidade material [...], de rigor declarar a inconstitucionalidade do art. 51, da Lei Municipal nº 34, de 21 de fevereiro de 2005 e art. 267, da Lei Complementar nº 61, de 18 de janeiro de 2011.

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - Fone: (11) 4784-8444 - Fax: (11) 4784-8447

Site: www.camarasaoroque.sp.gov.br | E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

Finalmente, ressalte-se produzir a inconstitucionalidade ora decretada efeitos ex tunc, fulminando o art. 51, da Lei Municipal nº 34, de 21 de fevereiro de 2005; e art. 267, da Lei Complementar nº 61, de 18 de janeiro de 2011, desde o seu nascedouro.

Considerando, no entanto, a concessão da vantagem há longos anos, ressalva-se a não repetição das parcelas recebidas de boa-fé até a data deste julgamento, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Nesse contexto, opino pela irregularidade da despesa, mas deixo de propor sua devolução ou a aplicação de multa ao Responsável, porque adotadas medidas corretivas e, como constou do Acórdão acima transcrito, as parcelas foram recebidas de boa-fé pelos beneficiários.

A criação de 14º salário expõe a Administração Pública a tratamentos desigualitários, imorais, desarrazoados e, sobretudo, distantes do interesse público primário. Trata-se, em realidade, de indiscriminado aumento indireto e dissimulado da remuneração, alheio aos parâmetros de razoabilidade, interesse público e necessidade do serviço que devem presidir a concessão de vantagens pecuniárias aos servidores públicos.

Por outro lado, colhe-se da sentença que apreciou a constitucionalidade do normativo local o reconhecimento de que aqueles que receberam tais verbas remuneratórias a receberam de boa-fé, ainda que tenha declarado a inconstitucionalidade ex tunc da lei. Dessa forma, não resta outro desfecho a este Tribunal de Contas que não reconhecer que não há o que ressarcir.

Dessa forma, à vista dos elementos que instruem os autos, e nos termos do que dispõe o artigo 73, § 4º da Constituição Federal c/c a Resolução nº 03/2012 deste Tribunal, JULGO IRREGULARES os pagamentos das gratificações de aniversário – 14º Salário, realizados pela Prefeitura Municipal de Meridiano, aplicando-se, por via de consequência, o disposto nos incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar Estadual nº 709/93. (g.n.)

Apesar de a manifestação se destinar ao Poder Executivo, o mesmo entendimento é válido para os servidores do Poder Legislativo, como se verifica desse outro precedente do TCE/SP:

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970
CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - Fone: (11) 4784-8444 - Fax: (11) 4784-8447
Site: www.camarsaoroque.sp.gov.br | E-mail: camarsaoroque@camarsaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

TC-2206/026/12

Trata os autos das **CONTAS DO LEGISLATIVO MUNICIPAL DE MACEDÔNIA**, exercício de 2012.

[...]

Por outro lado, o pagamento de 14º salário, ou “gratificação aniversário” aos servidores municipais, embora previsto em Lei, não pode ser aceito, pois, como bem disse o Ministério Público de Contas, afronta o princípio da razoabilidade, além de contrariar a jurisprudência citada (Ação Direta de Inconstitucionalidade). (g.n.)

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também se reconhece a inconstitucionalidade:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE São Manuel. Lei nº 1.946, de 02.07.93 concedendo gratificação especial aos servidores municipais, no mês do respectivo aniversário e Lei nº 972, de 08.02.12, renumerada para Lei nº 3.546, de 08.02.12, estendendo o benefício aos servidores do Poder Legislativo. Inconstitucionalidade material. Benefício genérico. Fixação de abono natalício sem qualquer critério objetivo para a concessão. Descabimento. Vantagem não atende ao interesse público ou às exigências do serviço. Ofensa a princípios constitucionais, mormente os da moralidade, razoabilidade, interesse público e eficiência. Configurada violação aos arts. 111 e 128 da Constituição Estadual. Precedentes. Efeitos. Invalidação das normas ex tunc, ressalvada a não repetição dos valores percebidos de boa-fé até a data do presente julgamento. Ação procedente, com observação. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2237884-50.2020.8.26.0000; Relator (a): Evaristo dos Santos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 04/08/2021; Data de Registro: 16/08/2021)

S: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI Nº 3.301, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1995, E DECRETO Nº 6.207, DE 06 DE FEVEREIRO DE 1998, AMBOS DO MUNICÍPIO DE INDAIATUBA –



'GRATIFICAÇÃO NATALÍCIA' CONCEDIDA AOS SERVIDORES MUNICIPAIS - AUMENTO INDIRETO E DISSIMULADO DE REMUNERAÇÃO - AUSÊNCIA DE CAUSA RAZOÁVEL PARA SUA INSTITUIÇÃO - AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, DA FINALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DO INTERESSE PÚBLICO - DESRESPEITO AOS ARTIGOS 111 E 128 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA - DESNECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS - AÇÃO PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO". "Em que pese a autonomia dos Municípios para editar normas locais e se autoadministrar, a competência que lhes foi outorgada não é absoluta, sujeitando-se aos limites e contornos definidos pela Lei Maior e pela respectiva Constituição Estadual, inclusive no que diz respeito à remuneração de seus servidores, em razão do princípio da simetria e da regra contida no artigo 144 da Carta Bandeirante". "As vantagens pecuniárias devem estar sempre associadas ao interesse público e às exigências do serviço, nos termos do artigo 128 da Constituição Estadual, não podendo ser utilizadas como forma de aumento dissimulado da remuneração dos servidores, sob pena de violação aos princípios da moralidade e da razoabilidade consagrados pelo artigo 111 da mesma Carta". (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2211132-41.2020.8.26.0000; Relator (a): Renato Sartorelli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 07/04/2021; Data de Registro: 08/04/2021)

Ação direta de inconstitucionalidade - Impugnação às Leis nºs 1.818/1992, 2.630/2009, 2.794/2013 e 3.012/2018, do Município de Álvares Machado - "Gratificação natalícia" paga por ocasião do aniversário do servidor público, e dispensa de suas atividades laborais no dia do seu aniversário - Benefícios que não atendem ao interesse público, bem como às exigências do serviço - Ofensa aos princípios da moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, finalidade e interesse público - Violação aos artigos 111 e 128 da Carta Estadual - Precedentes deste C. Órgão Especial - Ação parcialmente procedente, ressalvada a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé até a data da concessão da medida liminar. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2060958-20.2020.8.26.0000; Relator (a): Ademir Benedito; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 02/12/2020; Data de Registro: 04/12/2020).



No caso do Município da Estância Turística de São Roque está em curso a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2237840-31.2020.8.26.0000.

De todo modo, até que ocorra a declaração de inconstitucionalidade, entende-se possível que o Chefe do Poder Legislativo deixe de aplicar a norma em comento porque manifestamente inconstitucional, como de fato fez no ano de 2020.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de o CNJ deixar de aplicar lei que considere inconstitucional, conforme notícia abaixo:

CNJ pode deixar de aplicar leis que considere inconstitucionais, decide STF

Por terem a obrigação de cumprir a Constituição, “órgãos administrativos autônomos” podem deixar de aplicar leis que considerem inconstitucionais. A tese foi definida pelo Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, na última sessão do Plenário de 2016, mas o [acórdão](#) só foi publicado em dezembro de 2017.

A ministra Cármen Lúcia, relatora do caso analisado, permitiu que o Conselho Nacional de Justiça reconheça inconstitucionalidade de leis ao analisar situações específicas. Em seu voto, ela disse que deixar de aplicar uma norma por entendê-la inconstitucional é diferente de declará-la inconstitucional, algo que só pode ser feito pelo Judiciário.

Órgãos de controle administrativo, conforme a ministra, têm o “poder implicitamente atribuído” de adotar essa prática. Cármen citou o CNJ, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Tribunal de Contas da União, todos com a possibilidade de “apreciar a constitucionalidade” de leis pela Súmula 347 do STF.

“Se o órgão de controle concluir fundar-se o ato objeto de análise em norma legal contrária à Constituição da República, afastar-lhe-á a aplicação na espécie em foco”, escreveu. “Afinal, quem dá os fins, dá os meios.”

A ministra já era, na época, presidente do STF e do CNJ. O caso concreto envolvia pedido para suspender decisão do conselho que

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - Fone: (11) 4784-8444 - Fax: (11) 4784-8447

Site: www.camarasaoroque.sp.gov.br | E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

impediu a nomeação de cem comissionados pelo Tribunal de Justiça da Paraíba. O fundamento do CNJ foi que a lei que deu origem às nomeações era inconstitucional — a norma autorizou o TJ-PB a contratar comissionados para “atos típicos” de servidores públicos, o que o Supremo já declarou inconstitucional em diversas ocasiões.

Embora o entendimento do Supremo já tenha mais de um ano, o acórdão só existe há um mês. No fim de 2017, o ministro Luiz Edson Fachin já aplicou o entendimento por analogia ao reconhecer conduta semelhante do CNMP e negar liminar num mandado de segurança (MS 34.987).

O próprio CNMP tem uma [resolução](#), editada em março de 2017, que permite ao órgão deixar de aplicar leis que considera inconstitucionais. Para justificar a medida, o conselho cita dois precedentes do Supremo: a decisão de dezembro de 2016, relatada pela ministra Cármen, e um mandado de segurança que autoriza o CNJ a avaliar a legalidade dos atos administrativos do Judiciário.

Entrelinhas

Para justificar seu argumento, a ministra Cármen Lúcia citou o livro *Direito Municipal Brasileiro*, de Hely Lopes Meirelles. **Nele, o doutrinador diz que leis inconstitucionais não podem ser aplicadas pelo Executivo, justamente por seu conflito com uma “lei maior”. “Entre o mandamento da lei ordinária e o da Constituição deve ser atendido o deste e não o daquela, que lhe é subordinada”, escreveu o autor.**

Para Cármen, embora a doutrina se refira a chefes do Executivo, o entendimento pode ser aplicado aos órgãos administrativos. Para ela, a construção faz parte do “ideal de sociedade aberta de intérpretes” descrito pelo professor alemão Peter Häberle: “A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta, que envolve todas as potências públicas, participantes materiais do processo social”.

O ministro Gilmar Mendes explicou que esse entendimento não é novo no tribunal e deriva de precedente do ministro Moreira Alves, ainda dos anos 1990. Naquela ocasião, Moreira Alves declarou constitucional ato administrativo do governador de São Paulo orientando os órgãos do governo a deixar de aplicar leis inconstitucionais.

Segundo o ministro Gilmar, esse tipo de situação “tradicionalmente ocorre quando o governo perde o controle nas assembleias

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970
CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - Fone: (11) 4784-8444 - Fax: (11) 4784-8447
Site: www.camarasaoroque.sp.gov.br | E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

legislativas". No caso paulista, o governador havia vetado diversas leis por entendê-las inconstitucionais, mas deputados estaduais derrubaram os vetos, promulgando as leis.

"Desde então, parte da doutrina tem lido que, se a autoridade dispõe da alternativa de arguir a inconstitucionalidade, não precisa de se socorrer desse elemento extremo", concluiu Gilmar.

O ministro Luís Roberto Barroso também se declarou a favor dessa interpretação. "Quem quer que tenha que aplicar lei, sem ser um órgão subalterno, deve interpretar a Constituição e, se entender que a lei é incompatível com a Constituição, tem que ter o poder de não a aplicar, sob pena de estar violando a Constituição."

**Texto editado às 13h59 para acréscimo de informação*

Clique [aqui](#) para ler o acórdão.

PET 4.656 (g.n.)

Do exposto, concluo que o Chefe do Poder Legislativo tem o **PODER DEVER** de não aplicar o inciso XII e § 2º do artigo 39 da Lei nº 2.209, de 1º de fevereiro de 1994, conforme redação dada pelo artigo 3º e o parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 2.353, de 20 de fevereiro de 1997, tendo em vista a inconstitucionalidade material evidente, servindo a jurisprudência acostada como fundamento para a inconstitucionalidade capaz de justificar a não aplicação da norma.

Corroborando o entendimento acima e o advento da Lei Complementar 173 de 2020, que estabeleceu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19) no ano de 2020, em razão do momento de pandemia, a Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque optou por suspender o pagamento da gratificação natalícia.

Em que pese a não existência de vedação expressa da gratificação natalícia na Lei Complementar 173 de 2020, a suspensão do pagamento foi uma das ações de contingenciamento de recursos públicos estabelecida pela Câmara Municipal no momento de pandemia, que deverá ser mantida uma vez que o Poder Legislativo Municipal local entende que tal gratificação é inconstitucional.

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

Site: www.camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

São Roque, 18 de janeiro de 2021

VIRGINIA COCCHI WINTER

OAB/SP 251.991

DE ACORDO
20/10/2021

Julio Antonio Mariani
Presidente