

23/11/2020

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.437 SÃO PAULO

RELATORA : **MIN. CÁRMEN LÚCIA**
REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES
DO ESTADO - ANAPE
ADV.(A/S) : VICENTE MARTINS PRATA BRAGA
ADV.(A/S) : CARLOS FREDERICO BRAGA MARTINS
ADV.(A/S) : YASMIM YOGO FERREIRA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO
PAULO
ADV.(A/S) : ALEXANDRE ISSA KIMURA E OUTRO(A/S)

EMENTA: *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. INC. V DO ART. 17, INC. V DO ART. 27 E AL. D DO INC. IV DO ART. 135 DA LEI COMPLEMENTAR N. 1.270 DO ESTADO DE SÃO PAULO (LEI ORGÂNICA DA PROCURADORIA DO ESTADO DE SÃO PAULO). PERDA DO CARGO PÚBLICO POR INEFICIÊNCIA. AVALIAÇÃO PERIÓDICA DE DESEMPENHO. ALEGADA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO. INC. III DO § 1º DO ART. 41 E ART. 247, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.*

1. A estabilidade no serviço público é instrumento posto no sistema como instrumento garantidor do exercício do cargo público de forma impessoal, técnica, moral e eficiente.

2. Pela interpretação sistemática do parágrafo único do art. 247 e do inc. III do § 1º do art. 41 da Constituição da República, a lei complementar pela qual se regulamenta o procedimento da avaliação periódica de desempenho, é aplicável aos ocupantes do cargo de procuradores do Estado e do Distrito Federal que exercem atividade típica de Estado.

3. Nas normas impugnadas estaduais não se disciplina procedimento autônomo de avaliação periódica de desempenho prevista no inc. III do § 1º do art. 41 da Constituição da República a contrariar a

ADI 5437 / SP

repartição de competências constitucionais.

4. É constitucional a norma legal pela qual se impõe demissão por ineficiência no serviço público, apurada em processo administrativo disciplinar, assegurada a ampla defesa. Hipótese prevista no inc. II do § 1º do art. 41 da Constituição da República que não equivale à perda de cargo público por avaliação de desempenho a que se refere o inc. III do § 1º do art. 41 da Constituição da República.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade, **em julgar improcedente o pedido formulado na ação direta para declarar constitucionais o inc. V do art. 17, o inc. V do art. 27 e a al. d do inc. IV do art. 135 da Lei Complementar n. 1.270 do Estado de São Paulo (Lei Orgânica da Procuradoria do Estado de São Paulo)**, nos termos do voto da Relatora. Falaram: pelo requerente, o Dr. Carlos Frederico Braga Martins; e, pelo interessado: Governador do Estado de São Paulo, a Dra. Natalia Kalil Chad Sombra. Sessão Virtual de 13.11.2020 a 20.11.2020.

Brasília, 23 de novembro de 2020.

Ministra CÁRMEN LÚCIA

Relatora

23/11/2020

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.437 SÃO PAULO

RELATORA : **MIN. CÁRMEN LÚCIA**
REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES
DO ESTADO - ANAPE
ADV.(A/S) : VICENTE MARTINS PRATA BRAGA
ADV.(A/S) : CARLOS FREDERICO BRAGA MARTINS
ADV.(A/S) : YASMIM YOGO FERREIRA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO
PAULO
ADV.(A/S) : ALEXANDRE ISSA KIMURA E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada por Associação Nacional dos Procuradores do Estado – ANAPE contra o inc. V do art. 17, o inc. V do art. 27 e a al. *d* do inc. IV do art. 135 da Lei Complementar n. 1.270 do Estado de São Paulo (Lei Orgânica da Procuradoria do Estado de São Paulo).

2. Nas normas impugnadas se estabelece:

“Art. 17 - A Corregedoria da Procuradoria Geral do Estado é o órgão orientador e fiscalizador das atividades funcionais e da conduta de seus membros, incumbindo-lhe, dentre outras atribuições: (...)

V - fornecer subsídios para a avaliação periódica dos Procuradores do Estado e verificar o atendimento aos padrões de desempenho profissional estabelecidos;

Art. 27 - Os órgãos de execução de que trata este capítulo serão integrados por um Procurador do Estado Chefe, respectivamente, com as seguintes atribuições: (...)

V - avaliar periodicamente o desempenho profissional de cada

ADI 5437 / SP

Procurador do Estado, comunicando o resultado à Corregedoria Geral, podendo propor ao Procurador Geral a anotação de elogio em prontuário;

Art. 135 - As sanções previstas no artigo 134 desta lei complementar serão aplicadas: (...)

IV – a de demissão, nos casos de: (...)

d) ineficiência no serviço”.

3. A autora alega que, “em leitura do parágrafo único do art. 132, constata-se que a determinação é clara no sentido de que somente no estágio probatório os Procuradores serão submetidos à avaliação de desempenho específica, referente aos três primeiros anos no cargo. Dessa maneira, como maneira de garantir a estabilidade da Carreira dos Procuradores do Estado e do DF, faz-se incabível a aplicação de avaliação periódica contida no art. 41, §1º, III. (...) Não há espaço, portanto, após o período de estágio probatório, para a aplicação da avaliação periódica dos Procuradores do Estado, à míngua da expressa previsão constitucional, haja vista que a norma especial contida no art. 132 prevalece sobre as normas gerais contidas no art. 41, §1º, III e art. 247, parágrafo único” (fls. 11-13, e-doc. 1).

Argumenta que “a estabilidade dos servidores públicos representa uma forma de preservação do funcionamento da máquina administrativa contra a descontinuidade do serviço público, ante as contínuas mudanças de grupos políticos. Ademais, representa independência funcional dos mesmos, em respeito ao dever servir bem aos administrados, ante a supremacia do interesse público” (fl. 14, e-doc. 1).

Ressalta que, “para regular a avaliação periódica de desempenho contida no art. 41, §1º, inciso III, dever-se-ia editar lei complementar federal e não estadual, haja vista que o objeto dos dispositivos ora impugnados não possuem qualquer relação com as hipóteses previstas nos arts. 25, §3º e 128, §5º” (sic), e defende que, “para que não haja desmandos e arbitrariedades, faz-se necessária a edição da lei complementar federal que venha a estabelecer, de forma objetiva, os limites e critérios para a avaliação prevista no art. 41, §1º, III da Constituição”

ADI 5437 / SP

(fls. 16-19, e-doc. 1).

Acrescenta que *“o ora impugnado art. 27, inciso V, da lei estadual em comento, confere uma inexplicável delegação dessas atribuições e competências para os Procuradores do Estado Chefe, os quais são nomeados ad nutum para o cargo em comissão, com grande afinidade, portando, com o chefe da instituição. Já o Corregedor Geral da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo é nomeado pelo Governador, após eleição de lista tríplice pelo Conselho da Procuradoria Geral do Estado, mediante votação secreta e uninominal, conforme consta do artigo 16 § 1º da Lei Complementar Estadual nº 1.270/2015. Tal delegação, além de absurda, revela-se inconstitucional, devido à afronta ao art. 132, parágrafo único da Lei Maior. Também reputa-se inconsistente com a própria lei que a instituiu, uma vez que os arts. 16 a 18 da Lei Complementar Estadual nº 1.270/2015, que regulamentam a Corregedoria da Procuradoria Geral do Estado, não autorizam ou preveem qualquer delegação. Daí porque essa delegação veiculada pelo artigo 27, inciso V da Lei Complementar Estadual nº 1.270/2015 transmuta-se, a rigor, em verdadeira usurpação”* (sic, fl. 28, e-doc. 1).

4. Requer a suspensão cautelar das normas impugnadas até o julgamento definitivo da presente ação e, no mérito, pede a procedência do pedido para serem declarados inconstitucionais o inc. V do art. 17, o inc. V do art. 27 e a al. *d* do inc. IV do art. 135 da Lei Complementar n. 1.270 do Estado de São Paulo (Lei Orgânica da Procuradoria do Estado de São Paulo).

5. Em 21.12.2015, o Ministro Dias Toffoli, então Relator, adotou o rito do art. 12 da Lei n. 12.868/1999 (e-doc. 9).

6. O Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, nas informações prestadas, defendeu a constitucionalidade da norma e assinalou que *“as normas questionadas se limitam a implementar o disposto no inciso III do § 1º do art. 41 da CF, dispositivo acrescentado à primitiva redação daquele comando pela EC 19/98, que adiciona às hipóteses de perda do cargo do*

ADI 5437 / SP

servidor estável que já se encontrava, previstas nos incisos I e II, também a perda por insuficiência de desempenho, desde que aferida mediante procedimento de avaliação periódica no qual esteja assegurada ampla defesa. (...) Por outro lado, a dicção do 'caput' e do parágrafo único do art. 247 da CF não deixa margem a dúvidas ao estender essa hipótese de perda de cargo ao servidor efetivo estável que desenvolva atividades exclusivas de Estado, o que é, à evidência, o caso do Procurador do Estado" (fls. 7-8, e-doc. 15).

7. O Governador do Estado de São Paulo asseverou a constitucionalidade das normas impugnadas ao argumento de que *"os dispositivos da Lei Complementar n. 1.270/2015 (Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo) que tratam da avaliação periódica dos Procuradores do Estado não guardam qualquer relação com o que está previsto no artigo 41, § 1º, III, da CF/88. A avaliação periódica em comento busca, além de dar concretude ao princípio da eficiência administrativa, insculpido no caput do artigo 37 da Federal e artigo 111 da Constituição Bandeirante, servir de baliza para fins outros, como a promoção por merecimento dos Procuradores do Estado e, inclusive, o registro da eficiência no prontuário desses advogados públicos. (...) Por outro lado, é meridianamente razoável que, uma vez constatada a ineficiência de algum Procurador do Estado, seja tal fato relatado ao órgão correcional da Instituição, para que, então, seja deflagrada apuração preliminar que, ao final, poderá apontar indícios de ilícito disciplinar, sendo que, somente então será instaurado o processo administrativo disciplinar" (sic, fl. 4, e-doc. 21).*

8. A Advocacia-Geral da União se manifestou pela improcedência da ação:

"Administrativo. Artigos 17, inciso V; 27, inciso V; e 135, inciso IV, alínea "d", da Lei Complementar estadual n° 1.270/15, que dispõe sobre a 'Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo'. Avaliação periódica de desempenho dos Procuradores do Estado. Alegação de que as normas atacadas regulamentariam o disposto no artigo 41, § 1º, inciso III, da Constituição, em afronta à competência da União para legislar sobre o assunto. Suposta afronta ao artigo 132 da Lei Maior, que vedaria a avaliação de desempenho dos

ADI 5437 / SP

Procuradores após o estágio probatório. Afirmação de que a avaliação exclusiva dos Procuradores vulneraria o princípio da isonomia. Insubsistência das alegações da autora. A avaliação de desempenho disciplinada pelos artigos em questão serve para fins diversos do previsto no artigo 41, § 1º, inciso UI, da Constituição, que não é objeto de regulamentação pelas normas legais referidas. A hipótese de demissão por ineficiência no serviço contemplada na lei hostilizada enquadra-se na modalidade de perda de cargo prevista pelo inciso II do §1º do artigo 41 da Carta, bem como não é exclusivamente aplicável aos Procuradores do Estado de São Paulo. Manifestação pela improcedência do pedido” (e-doc. 23).

9. A Procuradoria-Geral da República também opinou pela improcedência do pedido:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR 1.270/2015 (LEI ORGÂNICA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO). EXONERAÇÃO POR INEFICÊNCIA NO SERVIÇO. PERDA DE CARGO PÚBLICO POR AVALIAÇÃO NEGATIVA DE DESEMPENHO FUNCIONAL A SER REGULAMENTADA POR LEI COMPLEMENTAR DOS ENTES DA FEDERAÇÃO (ARTS. 41, § 1º, III, E 247, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO). APLICABILIDADE A SERVIDORES QUE DESENVOLVAM ATIVIDADE DE ESTADO.

1. Demissão por ineficiência no serviço, apurada em procedimento administrativo disciplinar em que assegurada a ampla defesa (art. 41, § 1º, II), não equivale à perda de cargo público por avaliação de desempenho a que se refere o art. 41, § 1º, III, ambos da Constituição da República. Esta depende de lei complementar que estabeleça procedimento próprio, critérios de avaliação delimitados no conteúdo jurídico do princípio da eficiência e desligamento sem caráter sancionador.

2. A matéria a que se refere o art. 41, § 1º, III, da CR diz respeito a regime jurídico-administrativo de servidores públicos, cuja

ADI 5437 / SP

competência legislativa pertence a cada um dos entes da Federação (art. 39, caput, da CR).

3. A reserva de lei complementar do art. 41, § 1º, III, da CR não atribui competência legislativa à União para disciplinar matéria afeta a outros entes da federação, tampouco reveste a lei complementar a ser editada em cada um desses entes o caráter de lei nacional de normas gerais.

4. O art. 247, parágrafo único, da CR é expresso quanto à aplicabilidade da hipótese de perda de cargo do art. 41, § 1º, III, da CR a servidores públicos estáveis que desenvolvam atividade própria de estado.

5. Parecer por improcedência do pedido.” (e-doc. 24)

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada aos Ministros do Supremo Tribunal Federal (inc. I do art. 87 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

23/11/2020

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.437 SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados contra o inc. V do art. 17, o inc. V do art. 27 e a al. *d* do inc. IV do art. 135 da Lei Complementar n. 1.270 do Estado de São Paulo (Lei Orgânica da Procuradoria do Estado de São Paulo) pela alegada usurpação de competência na regulação da avaliação de desempenho prevista no § 1º do inc. III do art. 41 da Constituição da República.

2. Nas normas impugnadas se estabelece:

“Art. 17 - A Corregedoria da Procuradoria Geral do Estado é o órgão orientador e fiscalizador das atividades funcionais e da conduta de seus membros, incumbindo-lhe, dentre outras atribuições: (...)

V - fornecer subsídios para a avaliação periódica dos Procuradores do Estado e verificar o atendimento aos padrões de desempenho profissional estabelecidos;

Art. 27 - Os órgãos de execução de que trata este capítulo serão integrados por um Procurador do Estado Chefe, respectivamente, com as seguintes atribuições: (...)

V - avaliar periodicamente o desempenho profissional de cada Procurador do Estado, comunicando o resultado à Corregedoria Geral, podendo propor ao Procurador Geral a anotação de elogio em prontuário;

Art. 135 - As sanções previstas no artigo 134 desta lei complementar serão aplicadas: (...)

IV a de demissão, nos casos de: (...)

d) ineficiência no serviço”.

Do mérito

ADI 5437 / SP

3. Na norma originária do art. 41 da Constituição da República se previa:

"Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

§ 1º. O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa".

4. A estabilidade no serviço público, conferida àqueles nomeados por concurso público após o período do estágio probatório ou nas hipóteses de estabilidade excepcional previstas na Constituição, assegura ao servidor estável a permanência no serviço público, ressalvada a perda do cargo nas estritas previsões constitucionais.

Aquela estabilidade constitui instrumento para evitar-se a influência política que comprometa o bem servir ao público. Não se constitui privilégio, mas prerrogativa que garante o exercício do cargo público de forma impessoal, técnica, moral e eficiente.

5. Na Emenda Constitucional n. 19/1998 se alterou o art. 41 da Constituição de 1988 para incluir, entre as hipóteses de perda do cargo do servidor público, aquela prevista no inc. III do § 1º do art. 41 da Constituição da República. Nela se prevê que o servidor estável poderá perder seu cargo pelo procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, assegurada a ampla defesa.

Cuidou o constituinte derivado, na Emenda Constitucional n. 19, objetivando a reforma do Estado, de acrescentar às hipóteses de perda do cargo público pelo servidor público estável, após avaliação funcional, aquela referente aos casos nos quais se comprove insuficiência de desempenho, em processo administrativo, e assegurada a ampla defesa:

"Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os

ADI 5437 / SP

servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º. O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa”.

6. O constituinte reformador também acresceu o § 4º ao art. 41 da Constituição da República:

“§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade”.

7. Quanto à possibilidade da perda do cargo público, há previsão constitucional de duas avaliações: a) avaliação especial de desempenho exercida para os servidores nomeados por concurso público, nos primeiros três anos de exercício do cargo, período do estágio probatório; b) avaliação periódica de desempenho funcional do servidor estável, na forma da lei complementar.

8. Ainda na Emenda Constitucional n. 19/1998, acrescentou-se à Constituição da República o art. 247, pelo qual se prescreve:

“Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

Parágrafo único. Na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa”.

ADI 5437 / SP

Sobre o art. 247 da Constituição, Maria Sylvia Zanela Di Pietro anotou:

“A lei terá, certamente, que enfrentar a difícil tarefa de definir quais sejam as atividades exclusivas de Estado, podendo-se adiantar que abrangerão, certamente, pelo menos, as carreiras institucionalizadas pela Constituição (Magistratura, Ministério Público, Advocacia Pública, Defensoria Pública, Polícia), além de outras atividades inerentes ao próprio conceito de Estado, como diplomacia, polícia, controle, fiscalização. A Lei n. 9.801, de 14.6.99, que dispõe sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa, contém dois dispositivos que se referem à perda do cargo pelo servidor que exerce atividade exclusiva de Estado: o o artigo 2º, § 1º, inciso IV, pelo qual o ato normativo a que se refere o artigo 169, § 4º, da Constituição, entre outros requisitos, deverá especificar “os critérios e as garantias especiais escolhidos para identificação dos servidores estáveis que, em decorrência das atribuições do cargo efetivo, desenvolvam atividades exclusivas de Estado”; e o artigo 3º determina que “a exoneração de servidor estável que desenvolva atividade exclusiva de Estado, assim definida em lei, observará as seguintes condições: I - somente será admitida quando a exoneração de servidores dos demais cargos do órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal tenha alcançado, pelo menos, trinta por cento do total desses cargos; II – cada ato reduzirá em no máximo trinta por cento o número de servidores que desenvolvam atividades exclusivas de Estado”. Como se vê, o dispositivo estabelece os requisitos, mas não define as atividades exclusivas de Estado. Para conciliar os dois dispositivos, tem-se que entender que, ao baixar o ato normativo, o Chefe de Poder indicará os critérios para identificação dos servidores que exercem atividade exclusiva de Estado, devendo, para esse fim, extrair do ordenamento jurídico vigente as normas legais que permitam a identificação desse tipo de atividade, já que não existe lei específica que contenha essa definição” (Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Editora Forense, p. 774)

9. O Procurador do Estado exerce atividade exclusiva do Estado. Por isso a avaliação de seu desempenho é regulada em lei complementar,

ADI 5437 / SP

mencionada no inc. III do § 1º do art. 41 da Constituição. Nesse sentido, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 230, DJ 30.10.2014, de minha relatoria:

“Com o advento da Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.1998, o art. 41 e respectivos parágrafos foram alterados, passando a prever que:

‘Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo: I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. ‘ (...)

O dispositivo concernente à matéria prevista na Constituição da Republica há de ser aplicado indistintamente a todos os servidores públicos, inclusive aos defensores públicos do Estado do Rio de Janeiro, ocupantes que são de cargos efetivos”.

O procurador de Estado e do Distrito Federal desempenha atividade típica de Estado, havendo de atuar com independência técnica no exercício de suas atribuições, destinadas à defesa dos interesses institucionais do Estado, não se confundindo eles com interesses dos governantes, submetendo-se ao controle de legalidade dos atos estatais.

Sobre a advocacia pública na Constituição de 1988, José Anacleto Abduch Santos anotou:

“Pela acepção constitucional, quando estiver em causa o interesse público na dimensão da atuação das pessoas jurídicas de direito público, notadamente os entes federados, a justiça – no âmbito administrativo ou judicial – somente será legitimamente obtida mediante participação e contribuição efetiva da advocacia pública. Por participação e contribuição efetiva entende-se aquela situação jurídica na qual as funções de advogado público possam ser exercidas com independência e autonomia intelectual e funcional, sem influência do

ADI 5437 / SP

caráter coercitivo, seja de que natureza for, tendo por objeto tão somente o interesse público insito no plexo de competências da entidade pública” (In: Direito Constitucional brasileiro: organização do estado e dos poderes. CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 903)

10. Quanto às normas impugnadas, põe-se em questão a validade constitucional de regras do ordenamento estadual paulista sobre os ocupantes do cargo de Procurador do Estado. Alega-se indevida intervenção legislativa estadual na competência da União para edição da lei complementar referente à regulação do procedimento da avaliação periódica de desempenho.

11. No parágrafo único do art. 247 da Constituição da República se prevê, expressamente, a aplicação de perda de cargo do inc. III do § 1º do art. 41 da Constituição, quando insuficiente a avaliação periódica de desempenho, aos servidores estáveis ocupantes de atividade exclusiva do Estado, em processo administrativo, assegurada a ampla defesa e o contraditório.

12. A interpretação sistemática das normas constitucionais (art. 132, parágrafo único do art. 247 e inc. III do § 1º do art. 41 da Constituição da República), conduz à interpretação de incidir a lei complementar prevista no inc. III do § 1º do art. 41 da Constituição, pela qual será regulamentado o procedimento da avaliação periódica de desempenho, aos ocupantes do cargo de Procuradores do Estado.

Entretanto, até o presente momento não foi editada aquela lei.

Nas lições de José Afonso da Silva:

“Os critérios e garantias especiais que o dispositivo manda que lei complementar estabeleça não são para os servidores efetivos em geral, mas apenas para aqueles que, ‘em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado’ – vale

ADI 5437 / SP

dizer, servidores que desempenhem atividades essenciais do Estado, aquelas que não podem ser exercidas senão por ele, aqueles que lhe dão a própria razão de ser: funções de polícia, função jurisdicional, por exemplo” (Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 908).

13. Cuida, portanto, o inc. III do § 1º do art. 41 da Constituição da República de norma de eficácia limitada, pela qual vinculados os servidores ocupantes de cargos públicos efetivos ao compromisso constante da eficiência, permitindo-se ao legislador estabelecer critérios de aferição relacionados ao desempenho do servidor no exercício do cargo, autorizando, em caso de desempenho insuficiente, a perda do cargo.

Sobre a proposta de emenda constitucional que resultou na Emenda Constitucional n. 19/1998, José Souto Maior Borges ressaltou que a perda do cargo do servidor estável decorrente de procedimento de avaliação periódica de desempenho *“não decorre de falta grave, mas de desempenho insatisfatório do servidor”* (Reflexões sobre a aposentadoria e a estabilidade. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 93, jan/mar. 1996, p. 46-53).

Sobre o tema, Francisco Gérson Marques Lima distingue as duas hipóteses de perda do cargo pelo servidor estável:

“A falta de desempenho é periódica, verificável através de procedimento de avaliação, acarreta a exoneração do servidor e é regulada por lei complementar. As faltas cometidas pelo servidor são apuradas em processo administrativo, que normalmente não é periódico, podendo concluir pela absolvição do servidor ou pela aplicação de sanção (inclusive demissão), e é regulado por lei ordinária (o Estatuto do Servidor ou outra lei específica, que trate da matéria)” (A Emenda Constitucional 19/98 e o servidor público. *Revista dos tribunais*, vol. 762, abr./1999, p. 106-117)

14. Não tratou a lei estadual em análise de regular o procedimento

ADI 5437 / SP

de avaliação periódica de desempenho. A avaliação periódica de desempenho de que trata a Lei Complementar n. 1.270/2015 (Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo), não se confunde com a avaliação prevista no inc. III do § 1º do art. 41 da Constituição da República.

15. Na Lei Complementar estadual n. 1.270/2015 não se disciplina procedimento autônomo destinado a aferir gestão de desempenho pautada em critérios de eficiência e com finalidade de exclusão ou permanência no serviço público.

A avaliação de desempenho prevista nas normas impugnadas pode resultar na anotação de elogio em prontuário, aferição do mérito dos integrantes da carreira para fins de promoção e demissão por ineficiência decorrente de descumprimento de dever funcional que, no caso, subsume-se à hipótese do inc. II do § 1º do art. 41 da Constituição (perda do cargo por processo administrativo disciplinar, assegurada a ampla defesa).

A demissão por ineficiência no serviço público, na hipótese em tela, caracteriza falta funcional, de conteúdo sancionatório, que depende de processo administrativo disciplinar, assegurada a ampla defesa, nos termos do inc. II do § 1º do art. 41 da Constituição da República.

A avaliação de desempenho do servidor público não constitui etapa de procedimento destinado a concluir pela demissão ou não do servidor público. Pode ser utilizada para fins diversos que não se relacionam diretamente com o procedimento previsto no inc. III do § 1º do art. 41 da Constituição da República.

16. Pela jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se possível a utilização da avaliação de desempenho como elemento fixador do valor a ser pago aos servidores remunerados por gratificações de natureza “*pro*

ADI 5437 / SP

labore faciendo”:

“Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDORA PÚBLICA APOSENTADA. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE DO SEGURO SOCIAL (GDASS). PARIDADE ENTRE ATIVOS E INATIVOS. TERMO FINAL. PROCESSAMENTO DOS RESULTADOS DA PRIMEIRA AVALIAÇÃO INDIVIDUAL DE DESEMPENHO. DIMINUIÇÃO DO VALOR PAGO EM RAZÃO DA SUPERVENIÊNCIA DA AVALIAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Os servidores inativos fazem jus à Gratificação de Desempenho de Atividade do Seguro Social (GDASS), no mesmo índice pago aos ativos, até o processamento dos resultados da primeira avaliação de desempenho. Daí em diante, a gratificação perde o caráter genérico e adquire o natureza pro labore faciendo. 2. A redução, após a homologação do resultado das avaliações, do valor da gratificação de desempenho paga aos inativos e pensionistas não configura ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos. ARE 1.052.570-RG (Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tema 983) 3. Agravo interno a que se nega provimento” (ARE n. 962.134 AgR, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJ 12.6.2018).

“EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo. Gratificação de Desempenho de Atividade Médico-Pericial (GDAMP). Manutenção da pontuação após a adoção dos critérios de avaliação. Impossibilidade. Ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos. Não ocorrência. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte assentou que o direito à paridade dos servidores inativos ocorre somente até que sejam processados os resultados das primeiras avaliações de desempenho. 2. A partir da conclusão do primeiro ciclo das avaliações, a gratificação assume a natureza pro labore faciendo, não havendo falar em ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos. 3. Agravo regimental não provido” (ARE n. 925.318 AgR, Relator o Ministro Dias

ADI 5437 / SP

Toffoli, Segunda Turma, DJ 18.5.2016).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINARIO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE TÉCNICO-ADMINISTRATIVA E DE SUPORTE (GDPGTAS). EXTENSÃO A SERVIDORES APOSENTADOS NO PERCENTUAL PAGO A SERVIDORES EM ATIVIDADE. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, não obstante o caráter pro labore faciendo de uma determinada gratificação (a ser calculada com base em avaliações de desempenho), a ausência de regulamentação do processo de avaliação, tal como previsto em lei, confere à parcela caráter de generalidade. Pelo que é de ser estendida aos servidores aposentados em paridade de condições com os ativos (REs 476.279, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; e 572.052, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski). Entendimento, esse, reafirmado sob a sistemática da Repercussão Geral (RE 633.933, da relatoria do ministro Cezar Peluso). 2. Agravo regimental desprovido” (RE n. 591790 AgR, Relator o Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, DJ 26.9.2011).

17. É de se anotar ainda, à semelhança das normas impugnadas na presente ação direta, o disposto no art. 100 do Decreto-Lei n. 200/1967, pelo qual se dispõe sobre a organização da Administração Federal, pelo qual se prescreve: *“instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres.”*

De igual modo, a possibilidade de demissão por ineficiência no serviço está prevista no inc. III do art. 256 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo (Lei n. 10.261/1968).

18. As normas impugnadas estaduais não cuidaram do procedimento autônomo de avaliação periódica de desempenho prevista

ADI 5437 / SP

no inc. III do § 1º do art. 41 da Constituição da República a contrariar a repartição de competências constitucionais, tampouco geram insegurança à estabilidade do cargo público ocupado, por serem hipóteses abrigadas no inc. II do § 1º do art. 41 da Constituição da República.

19. De se realçar que, quanto à lei complementar prevista no inc. III do § 1º do art. 41 da Constituição da República, há Projeto de Lei Complementar nacional n. 51/2019 em trâmite no Congresso Nacional, pelo qual se disciplinam normas gerais sobre o procedimento de avaliação periódica da perda de cargo público por insuficiência de desempenho do servidor público estável, aplicável a todos entes federados.

20. Pelo exposto, **julgo improcedente a presente ação direta para declarar constitucionais o inc. V do art. 17, o inc. V do art. 27 e a al. d do inc. IV do art. 135 da Lei Complementar n. 1.270 do Estado de São Paulo (Lei Orgânica da Procuradoria do Estado de São Paulo).**

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.437

PROCED. : SÃO PAULO

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO ESTADO - ANAPE

ADV.(A/S) : VICENTE MARTINS PRATA BRAGA (19309/CE, 51599/DF, 43637/PE)

ADV.(A/S) : CARLOS FREDERICO BRAGA MARTINS (48750/DF)

ADV.(A/S) : YASMIM YOGO FERREIRA (0044864/DF) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S) : ALEXANDRE ISSA KIMURA (123101/SP) E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta, para declarar constitucionais o inc. V do art. 17, o inc. V do art. 27 e a al. d do inc. IV do art. 135 da Lei Complementar nº 1.270 do Estado de São Paulo (Lei Orgânica da Procuradoria do Estado de São Paulo), nos termos do voto da Relatora. Falaram: pela requerente, o Dr. Carlos Frederico Braga Martins; e, pelo interessado Governador do Estado de São Paulo, a Dra. Natalia Kalil Chad Sombra, Procuradora do Estado. Plenário, Sessão Virtual de 13.11.2020 a 20.11.2020.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário