

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

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 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”.

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, 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 República 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 caráter coercitivo, seja de que natureza for, tendo por objeto tão somente o interesse público ínsito 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 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 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 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 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 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 Virtual - minuta de voto - 13/11/2020 00:00