

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ÓRGÃO ESPECIAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0036651-94.2021.8.19.0000

REPRESENTANTE: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REPRESENTADO 1: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE QUEIMADOS

REPRESENTADO 2: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE QUEIMADOS

RELATORA: DES. DENISE VACCARI MACHADO PAES

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 39, 40 E 41 DA LEI Nº 1.505/2019 DO MUNICÍPIO DE QUEIMADOS, QUE INSTITUÍRAM O “ADICIONAL POR MÉRITO”. VANTAGEM CONCEDIDA AOS SERVIDORES DA CÂMARA MUNICIPAL DE QUEIMADOS SEM QUALQUER MOTIVO DE INTERESSE PÚBLICO. PAGAMENTO EM RAZÃO DO SIMPLES EXERCÍCIO DAS ATRIBUIÇÕES INERENTES AO CARGO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E ISONOMIA (ARTIGOS 37 E 39, §1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E 77 E 82, §1º, DA CARTA FLUMINENSE). CONCESSÃO E RETIRADA POR ATO ADMINISTRATIVO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. VIOLAÇÃO À RESERVA LEGAL (ARTIGO 37, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. RESTITUIÇÃO DE VALORES PERCEBIDOS EM RAZÃO DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS. INEXIGIBILIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Os artigos 39, 40 e 41 da Lei nº 1.505/2019, do Município de Queimados, que cuidam do “adicional de mérito” devido aos servidores da Câmara Municipal, revelam-se inconstitucionais por afronta aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, constantes dos

artigos 37 da Constituição da República e 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem como o da isonomia de vencimentos (artigo 82, 1º, da Carta Fluminense), e a norma do artigo 39, §1º, da *Lex Legum*, ao prever o pagamento de vantagem pecuniária atrelada a critérios descritos na lei com extrema generalidade, sem parâmetros específicos e objetivos que os justifiquem, além de não descreverem nenhuma situação anormal ou extraordinária que justifique a concessão do adicional, possibilitando, via de regra, a percepção da vantagem pecuniária por servidores da Câmara Municipal de Queimados em razão do simples exercício das atividades inerentes a seus cargos, o que se mostra contrário ao interesse público e ao próprio sistema de mérito que a lei pretendeu instituir. Além disso, a outorga de discricionariedade ao Chefe do Executivo Municipal para conceder, por meio de ato administrativo, o adicional por mérito, assim como para retirá-lo, “a qualquer momento”, mediante simples “despacho”, como dispõe o artigo 41 da Lei inconstitucional, se afigura contrário ao princípio da reserva legal, previsto no artigo 37, inciso X, da Constituição da República, norma de reprodução obrigatória na Carta Fluminense. Por fim, necessária a modulação dos efeitos da presente declaração de inconstitucionalidade, nos termos dos artigos 27 da Lei nº 9.868/99 e 108, §2º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para assentar a inexigibilidade da devolução de valores percebidos pelos servidores com base nos dispositivos inconstitucionais, até a data de publicação deste acórdão, por se tratar de verba de caráter alimentar percebida de boa-fé.

**PROCEDÊNCIA DA AÇÃO COM MODULAÇÃO DOS
EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação por Inconstitucionalidade nº **0036651-94.2021.8.19.0000**, em que é Representante o **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e Representado o **PREFEITO DO MUNICÍPIO DE QUEIMADOS E O PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE QUEIMADOS**, **ACORDAM** os Desembargadores que compõem o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em **JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 39, 40 E 41 DA LEI MUNICIPAL Nº 1.505/2019, DO MUNICÍPIO DE QUEIMADOS, COM EFEITOS ERGA OMNES E EX NUNC, FICANDO ASSENTADA A INEXIGIBILIDADE DA RESTITUIÇÃO DE VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ COM BASE NOS DISPOSITIVOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS, ATÉ A DATA DA PUBLICAÇÃO DESTA ACÓRDÃO**, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, em face do **PREFEITO DO MUNICÍPIO DE QUEIMADOS** e do **PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE QUEIMADOS**, tendo por objeto os artigos 39, 40 e 41 da Lei Municipal nº 1.505, de 23 de setembro de 2019, que “dispõe sobre a revisão do plano de cargos e salários dos servidores e da reforma administrativa da câmara municipal de Queimados, instituído pela lei 1.292, de 14 de janeiro de 2016.”

Segue o inteiro teor dos dispositivos impugnados:

Art. 39 - O adicional por mérito será concedido a todo servidor de cargo efetivo ou em comissão que demonstrar excepcional desempenho de suas funções, com sensível proveito para o exercício e se adequar aos seguintes fatores do exercício profissional:

I. Capacidade de trabalho e realização — será avaliada a produção ou quantidade de serviços executados, de acordo com a natureza das atribuições, complexidade e condições do serviço;

II. Responsabilidade — será avaliada a maneira como o servidor se dedica ao trabalho e executa o serviço no prazo estipulado, considerando-se sempre o volume de serviço que lhe for atribuído e a sua complexidade;

III. Conhecimento do trabalho — será avaliado o grau de conhecimento das tarefas e conhecimento das rotinas de trabalho, em razão do cargo que ocupa e a sua complexidade;

IV. Cooperação — será avaliada a capacidade de cooperar com a chefia e com os colegas na realização de trabalhos afetos à unidade em que tem exercício e a maneira de acatar ordens recebidas;

V. Iniciativa — será avaliado o bom senso das ações do servidor, na ausência de instruções detalhadas ou fora do comum;

VI. Criatividade — será avaliada a engenhosidade do servidor, a capacidade de criar ideias, projetos e trabalhos que contribuam para a melhoria e qualidade dos serviços prestados.

§1º - O adicional a que se refere este artigo poderá ser de até R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais).

§2º - O Processo administrativo para análise e decisão da concessão do adicional por mérito deverá ser instruído com:

I. Pedido formulado pelo Diretor-Geral de Administração dirigido ao Chefe do Poder Legislativo, acompanhado do Boletim de Avaliação de Desempenho constante no anexo X, para análise.

II. A decisão proferida pelo Chefe do Poder Legislativo concedendo ou não o adicional.

Art. 40 - O adicional por mérito será concedido através de Ato Administrativo do Chefe do Poder Legislativo.

Art. 41 - O adicional por mérito poderá ser retirado a qualquer momento, mediante novo despacho do Presidente, proferido no mesmo processo que o concedeu, desde que a administração considere que o servidor desempenhe suas funções normalmente, sem a excepcionalidade que justificou sua concessão.

Pois bem.

A Constituição da República assegura, nos seus artigos 1^o e 18², indistinta autonomia político-administrativa aos entes federados, no que se incluem os Municípios, cabendo-lhes instituir a organização de sua estrutura funcional para efetivo exercício da atividade estatal.

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

² Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Indigitada autonomia organizacional engloba a legislativa, embora ambas não ostentem caráter absoluto, devendo respeito às balizas constitucionais de âmbito estadual e federal, como preveem não só os artigos 29 e 30 da Magna Carta, mas, também, o artigo 343 da Constituição Estadual³.

Significa dizer, portanto, que a independência legislativa municipal, por força da norma estadual de caráter remissivo, deve agir dentro dos limites da competência constitucional atribuída ao ente federativo, observando, ainda, os princípios estabelecidos nas Constituições Estadual e Federal.

In casu, a impugnação do Procurador-Geral de Justiça se volta contra os artigos 39, 40 e 41 da Lei Municipal nº 1.505/2019, que preveem o pagamento, aos servidores ocupantes de cargos efetivos ou em comissão, de verba denominada “adicional por mérito”, no valor de até R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), em razão do “excepcional desempenho de suas funções”, sendo que a concessão do referido adicional dependerá de ato administrativo do Chefe do Poder Executivo, que disporá da prerrogativa de retirá-lo a qualquer tempo, desde que entenda que seu pagamento não mais se justifica.

Em que pese a anunciada finalidade da norma (incentivo e valorização do servidor), revela-se inconstitucional a instituição de tal vantagem pecuniária, notadamente, por afrontar os princípios da legalidade, moralidade e eficiência (artigos 37 da Constituição da República e 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro⁴), bem como o da isonomia de vencimentos (artigo 82, 1º, da Carta Fluminense⁵).

³ Art. 343. Os Municípios são unidades territoriais que integram a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, dotados de autonomia política, administrativa e financeira, nos termos assegurados pela Constituição da República, por esta Constituição e pela respectiva Lei Orgânica.

⁴ Art. 77. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, interesse coletivo e, também, ao seguinte: (...)

⁵ Art. 82. O Estado e os Municípios instituirão regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

§ 1º A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou semelhantes do mesmo Poder ou entre os de servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.

Além disso, o pagamento do “adicional por mérito” arrosta a norma constante do artigo 39, §1º, da *Lex Legum*, ao assegurar aos servidores o pagamento da indigitada verba, sem que seja justificada por qualquer dos critérios previstos no dispositivo legal, quais sejam: a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade das tarefas cometidas, os requisitos para investidura, ou as peculiaridades do cargo.

O sistema remuneratório dos servidores públicos é lastreado em regras constitucionais gerais e uniformes, de caráter cogente, a serem observadas em todas as esferas da Administração Pública, inclusive em âmbito municipal. E, diversamente do que ocorre com determinados cargos, para os quais a Constituição da República assegurou - notadamente a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998 - o recebimento de subsídio, marcado preponderantemente pelo respeito ao teto remuneratório e pela composição em parcela única, a remuneração dos servidores públicos em geral é composta pelos vencimentos (ou vencimento-base, ou vencimento-padrão) fixados em lei e atrelados ao cargo, tendo como substrato fático o regular exercício pelo servidor de suas funções normais.

Além disso, usualmente, outras vantagens pecuniárias (que devem ser fixadas por lei), a exemplo de gratificações, adicionais, ou indenizações, compõem a remuneração do servidor, sendo seu valor, por vezes, superior àquele do vencimento-base.

Acerca do tema, dispõe Hely Lopes Meirelles: “As vantagens pecuniárias podem ser concedidas tendo-se em vista unicamente o tempo de serviço, como podem ficar condicionadas a determinados requisitos de duração, modo e forma da prestação de serviço (vantagens modais ou condicionais). As primeiras tornam-se devidas desde logo e para sempre com o só exercício do cargo pelo tempo fixado em lei; as últimas (modais ou condicionais) exigem, além do exercício do cargo, a ocorrência de certas situações, ou o preenchimento de determinadas condições ou encargos estabelecidos pela Administração. (...) as vantagens condicionais ou modais, mesmo que auferidas por longo tempo em razão do preenchimento dos requisitos exigidos para sua percepção, não se incorporam ao vencimento, a não ser quando essa integração for determinada por lei. E a razão dessa diferença de tratamento está em que as primeiras (por tempo de serviço) são vantagens pelo trabalho já feito (*pro labore facto*), ao passo que as outras (condicionais ou modais) são vantagens pelo trabalho que está sendo feito (*pro labore faciendo*), ou, por outras palavras, são adicionais de função (*ex facto officii*), ou são gratificações de serviço (*propter laborem*), ou, finalmente, são gratificações em razão de condições pessoais do servidor (*propter personam*)”⁶

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*, 37ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 532-533.

Daí podem integrar a remuneração do servidor público vantagens pecuniárias, previamente, estabelecidas na norma jurídica pertinente e denominadas adicionais ou gratificações, e que decorrem, *verbi gratia*, do desempenho de determinada função, por certo lapso temporal, grau de escolaridade, trabalho em condições anormais de dificuldade ou risco pessoal.

Tecendo breve distinção entre o adicional e a gratificação, pontua Meirelles que “o que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é ser aquele uma recompensa ao tempo de serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, **uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor**, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor”⁷. (grifo nosso)

Dito isto, em determinadas situações, embora fazendo expressa referência aos termos “adicional” ou “gratificação”, o legislador - em franco distanciamento da natureza jurídica de tais vantagens - prevê verdadeiro aumento salarial ou bonificação a determinados cargos ou funções públicas, de maneira indistinta.

É o que leciona o mestre José dos Santos Carvalho Filho⁸: “No caótico sistema remuneratório que reina na maioria das Administrações, **é comum encontrar-se, ao lado do vencimento-base do cargo, parcela da remuneração global com a nomenclatura de gratificação ou de adicional, que, na verdade, nada mais constitui do que parcela de acréscimo do vencimento, estabelecida de modo simulado. As verdadeiras gratificações e adicionais caracterizam-se por terem pressupostos certos e específicos e, por isso mesmo, são pagas somente aos servidores que as preenchem. As demais são vencimentos disfarçados sob a capa de vantagens pecuniárias.** É o caso da gratificação de encargos especiais, que, no Estado do Rio de Janeiro, é paga com o caráter de generalidade e nasceu realmente para elevar vencimentos. A respeito dessa gratificação, decidiu o TJ-RJ que tal vantagem, dada a sua feição genérica e indefinida, e a destinação vinculada à reposição de perdas inflacionárias, constitui verdadeiro reajuste salarial e, como tal, deve aproveitar a todos os servidores do ente público em referência, tanto os ativos como os aposentados”. Idêntica posição adotou o STF no que tange à gratificação de incentivo, de caráter genérico e impessoal, criada por lei do Estado de Pernambuco. Em outras palavras, cuida-se de vantagens pecuniárias que têm o título de gratificação, mas, na verdade, retratam parcelas incluídas no próprio vencimento do cargo”. (grifo nosso)

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 405.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 751-752.

Sob tais premissas, possível aferir, desde logo, que o denominado “adicional por mérito” não está ligado a nenhuma exigência excepcional de serviço, ou desempenho de funções em circunstâncias peculiares a justificar sua concessão, distanciando-se, assim, do interesse público.

E isso, porque os seis critérios elencados pelo artigo 39 da Lei nº 1.505/2019 para análise do desempenho do servidor - “capacidade de trabalho”, “responsabilidade”, “conhecimento do trabalho”, “cooperação”, “iniciativa” e “criatividade” - são descritos na lei com extrema generalidade, sem parâmetros específicos e objetivos que os justifiquem, além de não descreverem nenhuma situação anormal ou extraordinária que justifique a concessão do adicional, possibilitando, via de regra, a percepção da vantagem pecuniária por servidores da Câmara Municipal de Queimados em razão do simples exercício das atividades inerentes a seus cargos, o que se mostra diametralmente oposto ao próprio sistema de mérito que a lei quis instituir, já que não é exigida do servidor qualquer contrapartida no que diz respeito ao atendimento do interesse público.

Frise-se que, como bem apontado pelo Representante, aspectos como dedicação ao trabalho e conhecimento das respectivas funções, cooperação com a chefia, bom senso e criação de ideias que contribuam para a melhoria dos serviços prestados, nada representam além daquilo que, ordinariamente, se espera do servidor público, ou seja, fatores elementares ao desempenho de qualquer função pública, corolários do princípio constitucional da eficiência.

Por este motivo, não podem ser adotados como critério distintivo para fins de evolução salarial, sob pena de frontal violação à isonomia.

Importante gizar, também, que a instituição de qualquer vantagem pecuniária, ou outra espécie de retribuição ao servidor, reclama prudência na delimitação legal das hipóteses que legitimam a sua percepção, sob pena de se prestigiar interesse de caráter, exclusivamente, privado, ou premiar, como neste caso, aspectos intrínsecos ao exercício da função pública, caracterizando desvio de finalidade e propiciando verdadeiros aumentos disfarçados de remuneração de algumas categorias em detrimento de outras.

Neste sentido, já teve oportunidade de decidir este Órgão Especial quando do julgamento da Direta de Inconstitucionalidade nº 0070301-74.2017.8.19.0000, citada pelo *Parquet* na exordial desta Representação, extraindo-se do voto da Relatora, Desembargadora Odete Knaack, o seguinte passo:

Da leitura atenta do teor da Lei nº 1.649/2015 do Município de Silva Jardim, observa-se que **a gratificação é para beneficiar o servidor que cumpre com sua obrigação, nada mais do que isso. Ou seja, é para privilegiar aquele que faz, exatamente, o que se propôs, quando assumiu o serviço público.**

Estabelece o artigo 2º da mencionada lei, com a regulamentação elencada no artigo 2º do Decreto nº 1.738/2015, que faz jus ao benefício o servidor que realizar suas tarefas com qualidade, pontualidade, assiduidade, dedicação, urbanidade no tratamento com o público e servidores, bem como participar em ações institucionais.

Não há que se privilegiar um servidor que está cumprindo com o dever inerente à própria função pública. Se as atribuições são iguais ou assemelhadas, deve-se assegurar a isonomia de vencimentos, como estabelece o artigo 82, §1º, da Constituição Estadual.

(...)

Por certo, a gratificação instituída na Lei Municipal nº 1.649/2015 pretende estimular o servidor a cumprir sua obrigação e, em contrapartida, desestimula aquele que não recebe o benefício. (...) Se o objetivo do Município é aumentar a produtividade, poderia se valer de avaliações periódicas de desempenho ou, diante da quantia oferecida pelo benefício, que é o aumento remuneratório de até 100% do vencimento, realizar novo concurso público para preencher novos cargos efetivos.

Noutro giro, deve ser reconhecida como, também, aponta o Representante, a inconstitucionalidade na outorga de discricionariedade ao Chefe do Executivo Municipal para conceder, por meio de ato administrativo, o adicional por mérito, assim como para retirá-lo, “a qualquer momento”, mediante simples “despacho”, como dispõe o artigo 41 da Lei invecivada.

Com efeito, impende destacar que a fixação de vencimentos e demais vantagens pecuniárias, observada a reserva de iniciativa prevista na Constituição, deve respeito ao princípio da reserva legal, consoante o artigo 37, inciso X, da Constituição da

República⁹, norma de reprodução obrigatória na Constituição Estadual.

Trata-se de entendimento sedimentado, de longa data, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se observa do seguinte trecho do voto proferido pela Ministra Rosa Weber, no julgamento do RE 735.788/GO:

Emerge do acórdão que ensejou o manejo do recurso extraordinário que o Tribunal a quo julgou inconstitucional a legislação municipal em virtude da necessidade de edição de lei formal para a fixação do montante das gratificações criadas pela lei impugnada, bem como em razão da ausência de definição das atribuições, das especialidades e do vínculo de confiança de cada cargo ou função, que pudesse justificar a excepcional dispensa do concurso público. Esse entendimento não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados. Nesse sentido, cito os seguintes julgados:

(...)

Por seu turno, na esteira da jurisprudência da Suprema Corte a fixação do montante da remuneração de servidores públicos exige a adoção de lei formal e específica. Nesse sentido:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: REMUNERAÇÃO: RESERVA DE LEI. CF, ART. 37, X; ART. 51, IV, ART. 52, XIII. ATO CONJUNTO Nº 01, DE 05.11.2004, DAS MESAS DO SENADO FEDERAL E DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. I. - Em tema de remuneração dos servidores públicos, estabelece a Constituição o princípio da reserva de lei. É dizer, em tema de remuneração dos servidores públicos, nada será feito senão mediante lei, lei específica. CF, art. 37, X, art. 51, IV, art. 52, XIII. II. - Inconstitucionalidade formal do Ato Conjunto nº 01, de 05.11.2004, das Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. III. - Cautelar deferida.” (ADI 3369 MC, Rel. Min. Carlos Veloso, Tribunal Pleno, DJ 18.02.2005)

O aresto ficou, assim, ementado:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI MUNICIPAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO.

⁹ 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:

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

AUSÊNCIA DE CARÁTER DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA OU DIREÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE SERVIDOR NOMEADO E SUPERIOR HIERÁRQUICO. IMPOSSIBILIDADE. **SERVIDOR PÚBLICO. FIXAÇÃO DO MONTANTE DA REMUNERAÇÃO. RESERVA LEGAL.** PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 05.3.2012. Esta Corte entende que é inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuam caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandem relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico. Precedentes. **Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a fixação do montante da remuneração de servidores públicos exige a adoção de lei formal e específica.** As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à conformidade entre o que decidido no acórdão recorrido e a jurisprudência desta Corte . Agravo regimental conhecido e não provido.¹⁰

No mesmo sentido, o julgamento pela Suprema Corte da ADI 1147/MG:

Ementa: Direito administrativo. Ação direta de inconstitucionalidade. Resoluções do TRT-3ª Região. Transformação de cargos em comissão, criação de funções comissionadas e instituição de gratificações sem previsão legal. 1. Ação direta contra resoluções do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região que transformaram cargos em comissão, criaram funções comissionadas e instituíram gratificações sem amparo legal. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que a revogação ou alteração substancial, que implique exaurimento da eficácia dos dispositivos questionados, resulta na perda de objeto da ação (ADI 3.416-AgR, Rel. Min. Edson Fachin). Tendo havido a revogação das Resoluções Administrativas nº 95/1991, 16/1989, 190/1991, 56/1992 e 68/1992, a ação está parcialmente prejudicada. 3. Quanto às resoluções ainda vigentes, apenas a de nº 44/1993 é constitucional. A criação de cargos, empregos e funções na Administração Pública depende de previsão legal (RE 577.025, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). A transformação operada pelas resoluções impugnadas, com exceção da 44/1993, consiste, na realidade, na extinção de um cargo ou função para a criação de outro(a) em seu lugar, ao qual corresponde o pagamento de remuneração distinta. Dessa forma, por gerar aumento de despesa, não prescinde de autorização legislativa. Ademais, alguns dos atos impugnados vão além para acrescentar novas funções comissionadas. Assim, também por esse motivo, ofendem o princípio da reserva legal (CF/1988, art. 96, II, b). **4. O STF tem entendimento assente no sentido de que a**

¹⁰ BRASIL. TJRJ. RE 735.788/GO. Relatora Ministra ROSA WEBER. PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento: 12/08/2014. Publicação: 29/08/2014.

instituição de vantagens pecuniárias e o aumento de remuneração em favor de servidores públicos exigem a edição de lei. Não se admite, assim, a criação de gratificações por ato infralegal, como as resoluções de tribunais. Nesse sentido: ADI 1.732, Rel. Min. Néri da Silveira, e Súmula Vinculante nº 37. **5. Ação conhecida em parte para julgar parcialmente procedente o pedido, com a fixação da seguinte tese: “É inconstitucional ato normativo infralegal de tribunal que cria cargo ou função pública, transforma cargo em comissão com aumento de despesa e institui gratificação em favor de servidores públicos”.**¹¹

Diante desse panorama, e inexistindo, na hipótese em tela, causa jurídica razoável a justificar a concessão do adicional de mérito instituído pela Lei nº 1.505/2019, do Município de Queimados, sobretudo, diante da ausência de interesse público em sua instituição, como visto, é de rigor a procedência da presente Representação de Inconstitucionalidade, tendo em vista a ofensa aos princípios da legalidade, moralidade, eficiência e isonomia.

Por derradeiro, aplicáveis ao caso os artigos 27 da Lei nº 9.868/99¹², e 108, §2º, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça¹³, no que respeita à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, diante da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de afastar a possibilidade de devolução de valores recebidos de boa-fé pelos servidores, com fundamento em dispositivos, ou expressões declaradas inconstitucionais, diante de seu caráter alimentar.

Sobre o tema, importante destacar as lições do Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes:

¹¹ BRASIL. STF. ADI 1147/MG. Relator Ministro ROBERTO BARROSO. TRIBUNAL PLENO. Data do Julgamento: 23/08/2019. Publicação: 06/09/2019.

¹² Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹³ Art. 108 - Julgada a ação, far-se-á comunicação ao representante e à autoridade ou órgão responsável pela expedição do ato.

§2º- Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Órgão Especial, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A Lei nº 9.868/99 inovou em relação à ação direta, permitindo ao Supremo Tribunal Federal a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (modulação dos efeitos).

Assim, o art. 27 prevê que “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que “o sistema pátrio comporta a modulação de efeitos, sem que isso signifique violação ao texto constitucional”, afirmando que “a sua adoção decorreria da ponderação entre o Estado de Direito na sua expressão legalidade e na sua vertente segurança jurídica”. Ressaltou, ainda, “que o procedimento da modulação seria bifásico, escalonado e progressivo: o julgamento que se faz sobre o mérito da constitucionalidade e aquele referente à modulação de efeitos”, ou seja, “ocorreriam duas apreciações autônomas e distintas, sendo que a segunda – a qual envolveria a questão da modulação – tem como pressuposto a declaração prévia de inconstitucionalidade”.

Dessa forma, permitiu-se ao STF a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade denominada de modulação, ou limitação temporal pela Corte, seja em relação à sua amplitude, seja em relação aos seus efeitos temporais, desde que presentes os dois requisitos constitucionais:

requisito formal: decisão da maioria de dois terços dos membros do Tribunal;

requisito material: presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.¹⁴

Assim, no caso *sub examine*, necessário ponderar que a imposição de efeitos *ex nunc* à presente declaração de inconstitucionalidade objetiva trazer segurança jurídica, eficiência e igualdade na prestação jurisdicional, e afastar as repercussões negativas advindas da decretação da nulidade *ex tunc*, mormente, porque os servidores públicos municipais poderiam ter seu sustento e o de suas famílias comprometido, caso fossem instados a restituir aos cofres públicos os valores recebidos, referentes ao “adicional por mérito”.

Além disso, como, anteriormente, assinalado, a Corte Suprema, em mais de uma oportunidade, asseverou que a

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 33ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 544 (versão digital).

irrepetibilidade de valores auferidos de boa-fé por servidor consiste no reconhecimento da natureza alimentar dos valores remuneratórios e da segurança jurídica que o Poder Judiciário deve assegurar à cidadania em suas decisões, como se depreende da leitura dos seguintes julgados:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OMISSÃO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 27 DA LEI Nº 9.868/1999. VANTAGEM REMUNERATÓRIA RECEBIDA DE BOA-FÉ POR SIGNIFICATIVO LAPSO TEMPORAL. PRECEDENTES. 1. Verificadas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, nos moldes do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, cumpre ao Supremo Tribunal Federal harmonizar o princípio da nulidade da norma inconstitucional com a exigência de preservação, considerado o aspecto temporal, histórico e irreversível da realidade, de preceitos outros da Lei Maior que, sem essa providência, seriam feridos caso atribuída eficácia retroativa ou plena à decisão: notadamente a segurança jurídica, a confiança legítima e a boa-fé objetiva. **2. O caráter alimentar da vantagem remuneratória recebida de boa-fé, por significativo lapso temporal, impõe a incidência do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 64, parágrafo único, da Lei nº 13.417/2010 do Estado do Rio Grande do Sul, assentando a inexigibilidade de devolução dos valores recebidos, a título de adicional de dedicação exclusiva, pelos servidores extranumerários em exercício na Secretaria de Saúde estadual, até a data da publicação do acórdão embargado (31.5.2017).** Precedentes. 3. Embargos de declaração acolhidos em parte para fins de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. ¹⁵

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO.

1. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 19.929/2017 do Estado de Goiás, tão somente para dispensar a restituição de valores efetivamente recebidos de boa-fé com base na norma inconstitucional, até a data de publicação da ata de julgamento da presente ação direta.

2. Embargos de declaração acolhidos. ¹⁶

Importante destacar o seguinte trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento dos embargos de declaração na ADI 6185/GO, cuja ementa está, então, transcrita:

¹⁵ BRASIL. STF. ADI 4884 ED/RS. Relatora Ministra ROSA WEBER. Data do Julgamento: 20/09/2018. Publicação: 08/10/2018.

¹⁶ BRASIL. STF. ADI 6185 ED/GO. Relator Ministro ROBERTO BARROSO. TRIBUNAL PLENO. Data do julgamento: 13/04/2021. Data da publicação: 16/06/2021.

Nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, compete ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, decidir a respeito da modulação dos efeitos da decisão, fugindo da regra da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais, que reza pela aplicação de efeitos *ex tunc* ao decisum. Assim, o dispositivo legal permite à CORTE adotar efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, para garantia da segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Quando assim não o faz, a jurisprudência desta CORTE ainda reconhece o cabimento de embargos declaratórios para a finalidade de apurar a necessidade de modular a eficácia das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI 3.601-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 15/12/2010). Para viabilizar esse tipo de avaliação, contudo, é necessário que o embargante se desincumba do ônus de comprovar, concretamente, a presença de elementos excepcionais que justifiquem a retração, no tempo, dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, que de regra operam *ex tunc* (ADI 3.794-ED, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 25/2/2015; ADI 4.876-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 18/8/2015).

No caso em análise, existem fundadas razões para modular a eficácia da declarada inconstitucionalidade pronunciada na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade. **De fato, as verbas percebidas pelos agentes públicos contemplados pelo objeto impugnado ostentam claro caráter alimentar, impondo, portanto, a inexigibilidade de quaisquer medidas de ressarcimento** (ADI 3.791, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 27/8/2010; ADI 4.884-ED, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 8/10/2018; ADI 5.114, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA, DJe de 4/9/2020; ADPF 590, Rel. Min. LUIZ FUX, Pleno, DJe de 24/9/2020).

DISPOSITIVO

VOTO, ASSIM, NO SENTIDO DE JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 39, 40 E 41 DA LEI MUNICIPAL Nº 1.505/2019, DO MUNICÍPIO DE QUEIMADOS, COM EFEITOS *ERGA OMNES* E *EX NUNC*, FICANDO ASSENTADA A INEXIGIBILIDADE DA RESTITUIÇÃO DE VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ COM BASE NOS DISPOSITIVOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS, ATÉ A DATA DA PUBLICAÇÃO DESTA ACÓRDÃO.

Rio de Janeiro, 11 de abril de 2022.

DENISE VACCARI MACHADO PAES
DESEMBARGADORA RELATORA