



O APOSTILAMENTO - GRATIFICAÇÃO DE ESTABILIDADE FINANCEIRA - SOB A ÓTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL (PARECER)

DEMÉTRIUS AMARAL BELTRÃO

Professor Titular da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Poços de Caldas - PUC/MG. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBET. Procurador-Geral do Município de Pouso Alegre - MG. Advogado.

HENRIQUE CASSALHO GUIMARÃES

Mestre em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Subprocurador-Geral do Município de Pouso Alegre - MG. Advogado.

Resumo: Este parecer tem por objeto a análise, a partir do direito administrativo constitucional, do instituto do apostilamento (gratificação de estabilidade financeira) por servidores públicos ocupantes de cargos em comissão.

Palavras-chaves: apostilamento; gratificação de estabilidade; inconstitucionalidade.

Abstract: This opinion aims at analyzing, based on Constitutional and Administrative Law, the apostille (financial stability bonus) for public servants occupying temporary positions.

Keywords: apostile; stability bônus; unconstitutionality.

1. Da síntese dos fatos

1. O instituto jurídico do apostilamento (gratificação de estabilidade financeira) confere ao servidor público efetivo o direito de continuar, quando exonerado ou aposentado, recebendo a remuneração do cargo em comissão ocupado por dado lapso temporal.

2. No âmbito municipal o apostilamento estava previsto da Lei Orgânica do Município de Pouso Alegre, sendo regulamentado pela Lei Complementar nº 02/2006 e Lei Ordinária nº 3.528/1998¹:

Lei Orgânica do Município: O servidor público municipal, da Administração direta ou indireta, detentor de título declaratório que lhe assegure direito à continuidade de percepção da remuneração de cargo de provimento em comissão, tem direito aos vencimentos, às gratificações e demais vantagens inerentes ao cargo em relação ao qual tenha ocorrido o apostilamento, ainda que decorrente de transformação ou reclassificação posteriores (art. 115, § 2º).

Lei Complementar nº 02/2006 (estabelece normas para aplicação do disposto no art. 115, § 2º, da Lei Orgânica do Município, sobre a continuidade da percepção da remuneração de cargo de provimento em comissão, por servidor efetivo).

Lei Municipal nº 3.528/1998 (dispõe sobre remuneração de cargo de provimento em comissão para fins de apostilamento e aposentadoria e dá outras providências).

3. Com amparo nessa legislação, diversos foram os servidores municipais apostilados pelo Poder Público ao longo dos anos (que passaram a perceber acréscimo na respectiva remuneração por terem ocupado cargo em comissão, de nomeação e exoneração *ad nutum*).
4. Sem embargo, importa destacar que o instituto em questão não encontra abrigo na ordem constitucional vigente; havendo sido expurgado do mundo jurídico desde a Emenda à Constituição Federal nº 19/1998 (que deu nova redação ao inciso V do art. 37 – reproduzida no art. 23 da Constituição Estadual de Minas Gerais) e da Emenda à Constituição do Estado de Minas Gerais nº 57/2003.

Constituição Federal: Art. 37, inc. V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

Constituição do Estado de Minas Gerais (Emenda nº 57/2003): Art. 6º - Ficam revogados o art. 285 e os §§ 1º e 2º do art. 32 da Constituição do Estado. Dispositivos revogados:

§ 1º. O servidor público civil, incluído o das autarquias, fundações, detentor de título declaratório que lhe assegure direito à continuidade de percepção da remuneração de cargo de provimento em comissão, tem direito aos vencimentos, às gratificações e a todas as demais vantagens inerentes ao cargo em relação ao qual tenha ocorrido o apostilamento, ainda que decorrentes de transformação ou reclassificação posteriores.

§ 2º. O disposto no parágrafo anterior se aplica no que couber ao servidor público detentor de título declaratório que lhe assegure direito à continuidade de percepção de remuneração relativamente a funções.

¹ Essa legislação hoje se encontra revogada na ordem jurídica municipal.

5. É fato que os Poderes Constituintes – tanto o derivado quanto o decorrente – julgaram descabido que o Poder Público arque com o ônus de gratificar *ad aeternum* servidor exonerado de cargo em comissão, vez que inexistente contraprestação alguma à sociedade. Noutras palavras, não há interesse público que justifique tamanho dano ao erário.
6. Este anseio foi explicitado – inexistindo hoje margens para quaisquer dúvidas – com a publicação da Emenda à Constituição nº 103, de 13 de novembro de 2019 (Reforma da Previdência), que acrescenta § 9º ao art. 39 da Constituição, que trata dos servidores públicos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. *Ipsis litteris*:

§ 9º É vedada a incorporação de vantagens de caráter temporário ou vinculadas ao exercício de função de confiança ou de cargo em comissão à remuneração do cargo efetivo.

7. No âmbito do estado a Emenda à Constituição do Estado de Minas Gerais nº 57/2003 previu como direito adquirido dos servidores tal gratificação desde que preenchidos os requisitos para o apostilamento até sua entrada em vigor:

Art. 121 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: Ficam revogadas as legislações dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Tribunal de Contas e do Ministério Público referentes a apostilamento em cargo de provimento em comissão ou função gratificada.

§1º - Fica assegurado ao servidor ocupante de cargo de provimento efetivo o direito de continuar percebendo, nos termos da legislação vigente até a data de promulgação desta emenda à Constituição, a remuneração do cargo em comissão ou função gratificada que exerça nessa data, quando dele for exonerado sem ser a pedido ou por penalidade ou quando se aposentar, ficando garantido, para esse fim, o tempo exercido no referido cargo de provimento em comissão ou função gratificada até a data a ser fixada em lei.

§2º - Os Poderes e órgão a que se refere o caput deste artigo encaminharão, no prazo de sessenta dias contados da promulgação desta emenda à Constituição, projeto de lei contendo as regras de transição.

§3º - Para o Poder ou órgão que não cumprir o prazo previsto no §2º, a adotar-se-á a data de 29 de fevereiro de 2004 como limite para a contagem de tempo para efeito de apostilamento.

8. O marco temporal estabelecido possui grande relevância, pois se reputa inconstitucional a concessão do apostilamento após 29/02/2004. Diversos são os motivos dessa inconstitucionalidade, conforme se demonstrará, mas convém adiantar aqui o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais sobre o tema:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LIMINAR - SERVIDORA MUNICIPAL - APOSTILAMENTO - MUNICÍPIO DE CAPARAÓ - EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL 57/2003 - SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO - REQUISITOS PREENCHIDOS. A Emenda Constitucional Estadual

nº 57/2003 aboliu o apostilamento, estabelecendo como limite para a contagem do tempo para percepção do referido instituto a data de 29/02/2004. Conquanto o ente municipal possua autonomia para legislar sobre assuntos de interesse local, verifica-se, em um juízo de cognição sumária, que o direito dos apostilados deve se ater ao marco de 29/02/2004, isto é, apenas há se falar em direito adquirido se até a data os beneficiados tiverem somado pelo menos 05 anos no exercício de cargo em comissão. (TJMG - Agravo de Instrumento - Cv 1.0242.18.000326-9/001, Relator: Des. Oliveira Firmo, 7ª Câmara Cível, julgamento em 25/06/2019, publicação da súmula em 09/07/2019).

9. Embora seja claro este posicionamento jurisprudencial, o Município de Pouso Alegre – incorrendo em séria violação à ordem jurídico-constitucional – apostilou 89 servidores após 29/02/2004.
10. Além de aumentar as despesas com pessoal, o apostilamento também causa nefasto efeito ao Instituto de Previdência Municipal de Pouso Alegre – IPREM, que já se encontra com suas finanças bastante comprometidas, como se constatou na intervenção havida naquela autarquia.
11. Deveras, é imoral que servidores percebam eternamente vantagem pecuniária pelo mero fato de terem ocupado cargo em comissão (de livre nomeação e exoneração); mas pior que isso é que foram apostilados agentes políticos (CC1) e, ainda, que percebem tal vantagem mesmo laborando em carga horária reduzida (do cargo de provimento efetivo).
12. Desta forma se verifica que o apostilamento, da maneira que vem sendo aplicado no Município de Pouso Alegre, representa uma majoração exponencial na remuneração dos servidores, pois o cargo em comissão exige a jornada de 40 (quarenta) horas semanais, diferentemente dos cargos de provimento efetivo (que variam de 5 a 30 horas semanais).
13. Outro ponto a se considerar nesse introito é que não há prazo prescricional que obste a reanálise do apostilamento. Diz-se isso, a uma, porque se trata de relação jurídica de trato sucessivo; a duas, pois ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis (cf. art. 37, § 5º, da Constituição Federal e RE 852475, que evidenciam o zelo do Poder Constituinte na proteção do erário).

2. Do apostilamento e a ordem jurídica posta

Primeiro ponto que merece atenção é que o instituto do apostilamento viola frontalmente o art. 37, inciso V, da Constituição Federal, vez que remunera servidor como se ocupante de cargo de chefia, direção e assessoramento mesmo deixando ele de ocupar tal

posto (que é provido tão somente por existir uma relação de fidúcia com algum agente político).

Sublinha-se: a interpretação constitucionalmente adequada (conforme à Constituição) desse dispositivo é aquela pela qual é inviável o recebimento de vantagem pecuniária por servidor público relativa ao cargo comissionado quando não sejam mais exercidas as atribuições constitucionais inerentes a esse cargo.

Deste modo, apenas se pode considerar o § 9º do art. 39 da Constituição Federal como uma norma interpretativa, cujo intento é escancarar a inconstitucionalidade do apostilamento, pondo fim de vez à discussão havida quanto a este instituto.

Também se nota afronta aos seguintes princípios insculpidos no art. 37, caput, da Constituição Federal e no art. 13, caput, da Constituição do Estado de Minas Gerais:

(i) Moralidade: O princípio da moralidade impõe que o gestor público e o legislador observem os preceitos éticos que devem estar presentes no pautar da Administração. Sobre este princípio, Maria Sylvania Zanella Di Pietro preleciona que:

Transpondo-se o mesmo ensinamento para a moral administrativa, pode-se dizer que ela corresponde àquele tipo de comportamento que os administrados esperam da Administração Pública para a consecução de fins de interesse coletivo, segundo *uma comunidade de valores*, expressos por meio de *standards*, modelos ou pautas de conduta [...] A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis (*Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 116).

Logo: o apostilamento fere a moralidade por possibilitar que determinados servidores auferam remuneração incompatível com a complexidade e a responsabilidade das atribuições do cargo efetivo, em inobservância aos valores éticos e de justiça, atribuindo-lhe um benefício pago pela sociedade sem que haja nenhuma contraprestação de interesse público.

(ii) Impessoalidade: Este princípio objetiva a igualdade de tratamento que deve ser dispensado pela Administração aos administrados e, também, aos servidores. Segundo José dos Santos Carvalho Filho “para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado” (*Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 20).

O princípio da impessoalidade, desta feita, também se associa ao da isonomia, que inadmite tratamento diferenciado entre sujeitos na mesma situação jurídica. Este princípio assegura aos servidores tratamento igualitário sempre que houver as mesmas condições de

trabalho, de tempo de serviço, de habilitação profissional etc. O apostilamento, contudo, possibilita remuneração diferenciada.

Logo: o apostilamento fere a impessoalidade por favorecer o interesse privado – de servidores nomeados para cargo de nomeação e exoneração ad nutum – em detrimento do interesse da coletividade; estabelecendo vantagem pecuniária que é inextensível a todo o servidorismo, que, por consequência, cria classes privilegiadas entre cargos de mesma natureza e atribuições.

(iii) Eficiência: “O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 30).

Como se vê, o princípio da eficiência recomenda ao gestor que aperfeiçoe o serviço público, implementando melhorias para maior rapidez, racionalidade e qualidade dos serviços prestados, objetivando melhores resultados à toda população (satisfazendo as necessidades públicas) e isso com o menor custo.

O dosador da eficiência, evidentemente, é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado (que é inerente à atuação estatal e deve dominá-la). Nas palavras de Hely Lopes Meirelles este princípio: “justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do Estado” (*Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 113).

Neste sentido, apenas o interesse público deve ser perseguido e ele não pertence à Administração nem aos seus agentes. Cabe a estes apenas utilizar os recursos públicos de maneira a melhor beneficiar a coletividade, que é a verdadeira titular dos direitos a serem efetivados pelo Estado.

Logo: o apostilamento fere a eficiência por causar significativo impacto nos gastos públicos com pessoal, sem qualquer exigência de resultados do servidor, violando também a supremacia do interesse público, já que coloca em primeiro plano os interesses de restrita classe de servidores.

Dando continuidade ao tema, é mais do que oportuna a seguinte lição de Carlos Ayres Britto:

O Direito ainda se manifesta em cada qual dos modos obrigatórios de aplicar a lei, que são os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Princípios, então, de rigorosa compostura jurídico-positiva, e, nessa medida, também expressivos do Direito como sistema normativo. O chamado Direito Objetivo.

Cuida-se, em rigor de apreensão cognitiva, de uma nova dualidade básica. Dualidade expressa no princípio-continente da legitimidade administrativa e nos princípios-conteúdos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. É como dizer: a administração pública somente alcança o patamar da legitimidade plena quanto aos seus meios ou meios de atuação, se, impulsionada pela lei, a esta consegue imprimir o selo dos outros quatro princípios. Operando, estes, como fatores de legitimação conjunta da própria lei, do Direito como um todo e da atividade administrativa em especial (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 822).

O instituto do apostilamento também viola o princípio da razoabilidade, pois onera o Município – em virtude de situação que não se relaciona diretamente com aspectos meritórios – independentemente do trabalho desempenhado, favorecendo unicamente interesses privados.

Ademais, tem-se que o Município deve obediência aos princípios fundamentais e às regras de organização existentes nas Constituições Federal e Estadual, pois no ordenamento jurídico pátrio as normas inferiores buscam sua validade nas normas hierárquicas imediatamente superiores. Assim determina o princípio da simetria, que confere harmonia ao federalismo brasileiro. A previsão deste princípio também está no plano constitucional:

Art. 165 da Constituição do Estado de Minas Gerais: Os Municípios do Estado de Minas Gerais integram a República Federativa do Brasil.

§ 1º – O Município, dotado de autonomia política, administrativa e financeira, organiza-se e rege-se por sua Lei Orgânica e demais leis que adotar, observados os princípios da Constituição da República e os desta Constituição.

Deste modo, “ainda que invocada a autonomia municipal para legislar sobre os direitos e deveres dos servidores que lhe são afetos, resta evidente que as leis municipais devem ser elaboradas em compatibilidade com os comandos orientadores da administração pública previstos nos textos constitucionais” (TJMG - Apelação Cível nº 1.0452.17.003698-5/001, Relator: Des. Renato Dresch, 4ª Câmara Cível, julgamento em 31/01/2019, publicação da súmula em 05/02/2019).

O princípio da simetria foi inobservado pelo Município de Pouso Alegre. Assim como aqueles outros acima mencionados, como bem demonstra a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE CARMO DA CACHOEIRA - ARTIGO 40, §§ 4º, 5º E 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 05/2011 - DIFERENÇA ENTRE O VENCIMENTO DO CARGO EFETIVO E DO CARGO COMISSIONADO ANTERIORMENTE EXERCIDO - INCORPORAÇÃO - PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA MORALIDADE - VIOLAÇÃO - REPRESENTAÇÃO ACOLHIDA. A continuidade da percepção dos valores correspondentes ao exercício de cargo de provimento em comissão em virtude do preenchimento de critério meramente temporal não se harmoniza com o princípio da eficiência, porquanto causa significativo impacto nos gastos do setor público com pessoal, sem qualquer exigência de resultados do agente público, bem

como viola o princípio da moralidade e as regras da boa administração, pois se autoriza por meio dele que servidores auferam remuneração incompatível com a complexidade e a responsabilidade das atribuições do cargo efetivo e com a escolaridade exigida para o seu desempenho, em inobservância aos valores éticos e de justiça, contrariando os anseios da coletividade (TJMG - Ação Direta Inconst. 1.0000.18.004198-0/000, Relator: Des. Moreira Diniz, Relator para o acórdão: Des. Edilson Olímpio Fernandes, Órgão Especial, julgamento em 08/08/2018, publicação da súmula em 10/08/2018).

2. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO MUNICÍPIO DE ARAXÁ. PREVISÃO DE APOSTILAMENTO. INSTITUTO ABOLIDO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ISONOMIA, IMPESSOALIDADE, EFICIÊNCIA E MORALIDADE. CONSTITUCIONALISMO. SIMETRIA. INCONSTITUCIONALIDADE. Declara-se inconstitucional lei municipal que prevê concessão de apostilamento a servidores públicos efetivos, por vulnerar princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, da razoabilidade consagrados à Administração Pública (Art. 13, caput, da CEMG). Lei municipal editada em violação ao princípio da simetria com o centro, após o instituto do apostilamento ter sido extirpado do ordenamento jurídico pelas Emendas Constitucionais nº 19/1998 (Constituição Federal) e nº 57/2003 (Constituição Estadual), que também produziram efeitos nos contextos político, jurídico e administrativo dos municípios, na parte em que veda a concessão ao servidor efetivo do direito à incorporação de parcela remuneratória inerente ao exercício das funções de direção, chefia e assessoramento, após a cessação do exercício de atividades dessa natureza (Ação Direta Inconst. 1.0000.16.026319-0/000, Órgão Especial, Relator Des. Armando Freire, j. em 23.08.2017, in DJe de 01.09.2017).

3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO MUNICÍPIO DE PINGO D'ÁGUA. CONCESSÃO DE ADICIONAL DE APOSTILAMENTO. PERCEPÇÃO, POR SERVIDOR EFETIVO, DE REMUNERAÇÃO PRÓPRIA DE CARGO DE COMISSÃO. REMUNERAÇÃO PRÓPRIA DE ATIVIDADES DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO. CONFRONTO COM O ART. 23, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. A previsão do apostilamento ou de institutos essencialmente similares - cuja finalidade é resguardar ao servidor efetivo o recebimento da remuneração própria do cargo em comissão exercido durante determinado interstício, pelos municípios, encontra óbice na atual redação do art. 23, caput, da Constituição Estadual. É que os parâmetros constitucionais delineados com a promulgação das Emendas nº. 19/1998 à Constituição da República e nº 49/2001 e 57/2003 à Constituição Estadual não autorizam a percepção, pelo servidor efetivo, de verba essencialmente dirigida à remuneração específica ao exercício das funções de direção, chefia e assessoramento, após a cessação do exercício de atividades dessa natureza. Precedente do TJMG, proferido pelo Órgão Especial (Ac. na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.13.068207-3/000, Órgão Especial, Relatora Des^a. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. em 14.05.2014, in DJe de 23.05.2014).

Visto isso, convém observar dois pontos: (i) o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 563.965-RG/RN, Rel. Min. Carmen Lúcia, confirmou a sua jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido à forma de cálculo de remuneração; (ii) a Emenda à Constituição do Estado de Minas Gerais nº 57/2003, ao abolir o apostilamento, teve como intuito se adequar à ordem constitucional federal e limitar o período para contagem de tempo para fins de apostilamento:

O que fez a Emenda Constitucional ao extinguir o instituto do apostilamento foi apenas garantir a contagem do tempo de exercício no cargo em comissão para fins de apostilamento até a data de 29 de fevereiro de 2004 estabelecida nas disposições transitórias, e condiciona a percepção do benefício ao ato de exoneração ou da aposentadoria. Isto quer dizer que a partir da data, não mais seria computado o tempo do cargo em comissão para recebimento do benefício (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0024.09.598458-9/001, Relator: Des. Duarte de Paula, 4ª Câmara Cível, julgamento em 28/08/2014, publicação da súmula em 03/09/2014).

Na esteira dessa decisão, foi editada a Lei Estadual nº 14.683/2003, que buscou dar cumprimento à Constituição Estadual, prevendo a consideração do tempo de serviço para apostilamento até 29/02/2004 (art. 1º, § 4º). Também previu que a remuneração percebida a título de apostilamento passaria a ter natureza pessoal nominalmente identificada, sujeita exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores estaduais (art. 1º, § 4º).

Para que não parem dúvidas, importa observar que este ato normativo em nada fere os direitos dos servidores. Ao revés. Há de se considerar que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou reconhecendo a impossibilidade de manutenção do pagamento de gratificações quando cessada a realização da função que a originou:

Direito adquirido. Gratificação extraordinária. Incorporação. Servidora estatutária. Cessada a atividade que deu origem à gratificação extraordinária, cessa igualmente a gratificação, não havendo falar em direito adquirido, tampouco, em princípio da irredutibilidade dos vencimentos. Recurso extraordinário a que se nega provimento (RE 338436, Relator: Min. Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 02/09/2008).

Avançando, caracterizada a inconstitucionalidade da legislação municipal – que ignora a força normativa das Constituições Federal e Estadual –, resta-nos observar que as verbas pagas aos servidores a título de apostilamento possuem natureza alimentar e foram percebidas de boa-fé. Por essa razão, de acordo com a jurisprudência, não devem ser devolvidas ao erário. Nesse sentido:

1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE PRATA - ARTIGO 103 E SEUS RESPECTIVOS PARÁGRAFOS, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 002/2006 - APOSTILAMENTO - CONFRONTO COM O ART. 23, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. A previsão do apostilamento ou de institutos essencialmente similares, cuja finalidade é resguardar ao servidor efetivo o recebimento da remuneração própria do cargo em comissão exercido durante determinado interstício, pelos Municípios, encontra óbice na atual redação do art. 23, caput, da Constituição Estadual. É que os parâmetros constitucionais delineados com a promulgação da Emenda n.º 57/2003 à Constituição Estadual não autoriza a percepção, pelo servidor efetivo, de verba essencialmente dirigida à remuneração específica ao exercício das funções de direção, chefia e assessoramento, após a cessação do exercício de atividades dessa natureza. Considerando a natureza alimentar das verbas instituídas pelas normas declaradas

inconstitucionais e a presunção de boa-fé daqueles que as recebem, atribui-se efeitos prospectivos a presente declaração como medida a preservar a segurança jurídica (TJMG - Ação Direta Inconst. 1.0000.18.089806-6/000, Relator: Des. Paulo César Dias, Órgão Especial, julgamento em 08/05/0019, publicação da súmula em 15/05/2019).

2. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRELIMINAR - DECADÊNCIA - REJEIÇÃO - APOSTILAMENTO - EMENDA CONSTITUCIONAL N. 57/2003 - EXPRESSA VEDAÇÃO - LEI MUNICIPAL - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - SENTENÇA MANTIDA. Não há que se falar em decadência para administração rever os atos eivados de ilegalidade, em busca do ressarcimento ao erário, nos termos do artigo 37, §5º da Constituição Federal. Consiste o instituto do apostilamento no benefício concedido ao servidor público, detentor de cargo efetivo, que após exercer cargo comissionado por um determinado período de tempo estabelecido em lei, retorna ao cargo de origem ou aposenta-se, com a prerrogativa de permanecer recebendo a remuneração equivalente ao cargo em comissão por ele antes ocupado. O apostilamento foi extirpado do nosso ordenamento jurídico, por força da Emenda à Constituição da República n. 19 de 1998, assim como pela Emenda à Constituição Estadual n. 57 de 2003. Ainda que invocada a autonomia municipal para legislar sobre os direitos e deveres dos servidores que lhe são afetos, resta evidente que as leis municipais devem ser elaboradas em compatibilidade com os comandos orientadores da administração pública previstos nos textos constitucionais, cabendo aos municípios afastar a possibilidade de restabelecimento de benefícios controvertidos, sob pena de violação aos princípios previstos no artigo 37, da Constituição da República, assim como do artigo 13, da Constituição Estadual. A continuidade da situação posta nos autos, com o pagamento dos vencimentos correspondentes ao cargo comissionado aos servidores do Município de Veríssimo indevidamente apostilados, implica em ofensa à Constituição Federal e ao princípio da simetria (TJMG - Apelação Cível 1.0701.15.023826-2/001, Relator: Des. Paulo Balbino, 8ª Câmara Cível, julgamento em 07/12/2017, publicação da súmula em 23/01/2018).

Por tudo, dúvida alguma resta acerca da inconstitucionalidade do instituto do apostilamento, que viola frontalmente as Constituições Federal e Estadual. Mais grave ainda, diga-se, é a concessão desse imoral benefício a agentes políticos.

3. Da proibição de apostilamento para agente político

Agentes políticos são, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, “os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos cargos que integram o arcabouço constitucional do Estado, do esquema fundamental do Poder” (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 231).

Esta categoria de agentes, juntamente dos “servidores públicos” (nestes incluídos efetivos e comissionados), integra o gênero “agentes públicos”. Os agentes de natureza política, todavia, são distintos dos servidores públicos. O exercício das funções inerentes aos

agentes políticos é eminentemente voltado ao estabelecimento de políticas públicas do Município (delineamento de metas, diretrizes e planos governamentais).

Numa assertiva: agentes políticos exercem atividade típica de governo, ao lado do Chefe do Executivo ou como vereadores no Legislativo; servidores comissionados estão restritos às funções de direção, chefia e assessoramento – cf. Emenda Constitucional nº 19/1998 e art. 37, inc. V, da Constituição Federal – que não se confundem com o auxílio direto do Prefeito Municipal (art. 72 da Lei Orgânica do Município).

Prova cabal da distinção entre comissionados e agentes políticos é encontrada no art. 39, § 4º, da Constituição Federal, que fixa uma política remuneratória distinta a estes (remunerados mediante “subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória”).

A legislação do Município de Pouso Alegre – em que pese inconstitucional – é restrita a servidores efetivos que ocuparam cargo de provimento em comissão (e não cargo político). Vejamos:

Lei Orgânica do Município: O servidor público municipal, da Administração direta ou indireta, detentor de título declaratório que lhe assegure direito à continuidade de percepção da remuneração de cargo de provimento em comissão, tem direito aos vencimentos, às gratificações e demais vantagens inerentes ao cargo em relação ao qual tenha ocorrido o apostilamento, ainda que decorrente de transformação ou reclassificação posteriores (art. 115, § 2º).

Lei Complementar nº 02/2006 (estabelece normas para aplicação do disposto no art. 115, § 2º, da Lei Orgânica do Município, sobre a continuidade da percepção da remuneração de cargo de provimento em comissão, por servidor efetivo).

Lei Municipal nº 3.528/1998 (dispõe sobre remuneração de cargo de provimento em comissão para fins de apostilamento e aposentadoria e dá outras providências).

Desta forma, reforça-se a ilegalidade praticada pela Administração Pública Municipal no que concerne ao apostilamento de cargos de natureza política (CC1). Informa-se que foram apostilados ilegalmente diversos servidores ativos (que ocuparam o cargo de Secretários Municipais).

A jurisprudência do honorável Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais é uníssona no sentido da ilegalidade do apostilamento de servidores efetivos que ocuparam cargo de agente político:

1. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO - SERVIDOR MUNICIPAL - AGRAVO RETIDO - INDEFERIMENTO DE PROVAS - DESPROVIDO - APOSTILAMENTO - CARGO POLÍTICO - IMPOSSIBILIDADE - EC 19/98 - PRECEDENTES - MULTA EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS. 1- Sendo o Juiz o destinatário das provas, se antevista a

ineficácia do pleito probatório em questão exclusivamente de direito, não acarreta violação ao devido processo legal o indeferimento das provas pleiteadas pela parte. 2- OS CARGOS DE SECRETÁRIO MUNICIPAL E CORRELATOS, POR SE TRATAREM DE CARGOS CONSIDERADOS POLÍTICOS, NÃO SE CONFUNDEM COM CARGOS COMISSIONADOS E, PORTANTO, NÃO SÃO PASSÍVEIS DE APOSTILAMENTO. 3- A partir da EC nº 19/98, os cargos comissionados são apenas os destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento, conforme o permissivo contido no art. 37, V, CR, estando o cargo de Secretário Municipal equiparado a de agente político (§ 4º, art. 39, CR/88). 4- Lei municipal posterior não tem o condão de convalidar ato administrativo eivado de nulidade absoluta. 5- Mostra-se devida a anulação do ato que concedeu o apostilamento à servidora. 6- Mostrando-se protelatórios os embargos de declaração opostos, é devida a multa aplicada. (TJMG - Apelação Cível 1.0023.11.001267-3/001, Relatora: Des. Hilda Teixeira da Costa, 2ª Câmara Cível, julgamento em 29/09/2015, publicação da súmula em 06/10/2015).

2. APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR DO MUNICÍPIO DE MANHUMIRIM - APOSTILAMENTO - REQUISITO LEGAL - EFETIVIDADE - OCUPAÇÃO DO CARGO DE SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SAÚDE - CARGO POLÍTICO - APOSTILAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES - RECURSO NÃO PROVIDO. A Lei Municipal nº1.442/08, de Manhumirim, extinguiu o art. 48 da Lei nº1.131/99, que previa a concessão de apostilamento aos servidores efetivos que ocupassem ou que tivessem ocupado um ou mais cargos em comissão, por 06 (seis) anos contínuos ou 10 (dez) intercalados, ressalvando, contudo, os casos dos servidores que, na data da sua publicação, já contassem com 50% (cinquenta por cento) do tempo exigido, para fins de apostilamento. Não há direito líquido e certo para o servidor manter o apostilamento, outrora concedido, quando verificado que, à época da publicação da Lei nº1.442/08 e do o exercício do cargo "comissionado", ainda não era servidor efetivo do Município, vindo a ser aprovado em concurso público anos depois. Conforme precedentes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, os cargos de secretário municipal, por se tratarem de cargos considerados políticos, não se confundem com cargos comissionados e, portanto, não são passíveis de apostilamento. (TJMG - Apelação Cível 1.0395.13.001288-7/001, Relator: Des. Luís Carlos Gambogi, 5ª Câmara Cível, julgamento em 15/05/2014, publicação da súmula em 23/05/2014).
3. APELAÇÃO CÍVEL - SERVIDOR PÚBLICO EFETIVO - APOSTILAMENTO NO CARGO DE SECRETÁRIO MUNICIPAL - FALTA DE PREVISÃO LEGAL. O exercente do cargo de Secretário Municipal caracteriza-se como agente político, não se confundindo com o servidor efetivo que exerça cargo em comissão, para fins de apostilamento.[...] (TJMG - Apelação Cível 1.0479.06.119407-8/001, Relato: Des. Edivaldo George dos Santos, 7ª Câmara Cível, julgamento em 18/12/2007, publicação da súmula em 04/03/2008).

Conclusão inexorável, portanto, é pela inconstitucionalidade dos apostilamentos concedidos aos servidores públicos municipais após 29/02/2004; agravada pela ilegalidade daqueles destinados aos aliados políticos dos ex-gestores que vieram a ocupar cargo de Secretário Municipal (que não se enquadra na categoria de cargo comissionado).

Ante o exposto, a opinião desta Procuradoria-Geral do Município, salvo melhor juízo, é pela inconstitucionalidade do instituto do apostilamento, que deve ser extirpado da ordem jurídica local, nos termos do que apregoa a Constituição Federal e a Constituição do Estado de Minas.

É o entendimento, s.m.j.

Data da submissão: 19/11/2020

Data da aprovação: 11/12/2020