



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

Ofício nº 1522/2018

Vitória, 28 de Setembro de 2018.

Prezado(a) Senhor(a),

Pelo presente, expedido nos autos de INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº0002346-37.2015.8.08.0021 em que é suscitante a EXM^a. SR^a. DESEMBARGADORA ELIANA JUNQUEIRA MUNHÓS FERREIRA e os suscitados o MUNICÍPIO DE GUARAPARI e a CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI, fica Vossa Excelência **NOTIFICADO** para, no prazo de **10 (dez) dias**, se manifestar, especificamente, acerca da arguição de inconstitucionalidade do art. 126, inciso III, da Lei Municipal nº 1.278/91.

Para maiores esclarecimentos segue em anexo cópia do v. acórdão de fls.482/497, bem como do r. despacho de fls.505/506.

Cordiais Saudações,


JULIANA VIEIRA NEVES MIRANDA
Diretora do Tribunal Pleno
Resolução nº 29/2013 - D.J.E.S 28/06/2013

O
EXMO (A). SR(A).
PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI
Av. Getúlio Vargas, nº299 - Centro - Guarapari/ES
CEP 29200-180

CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI

EM: 03 OUT. 2018

PROTOCOLO Nº
2320





505
↑

Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo
Tribunal de Justiça
Gabinete do Desembargador Carlos Simões Fonseca

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº
0002346-37.2015.8.08.0021

SUSCITANTE: DES^a ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA

SUSCITADOS: MUNICIPIO DE GUARAPARI e CAMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI

PARTE ATIVA INTERESSADA: RENATO CROCE BARCELOS

RELATOR: DES. CARLOS SIMÕES FONSECA

DESPACHO

Trata-se de **incidente de arguição de inconstitucionalidade** suscitado pela e. Des^a Eliana Junqueira Munhos Ferreira, assim ementado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. TRÁFICO DE DROGAS COM A UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO OFICIAL. SERVIDOR PÚBLICO DEMITIDO APÓS PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. DESCONTO DE 1/3 (UM TERÇO) DA REMUNERAÇÃO ENQUANTO PERMANECEU PRESO PROVISORIAMENTE NO CURSO DE AÇÃO PENAL. ART. 126, INCISO III, DA LEI MUNICIPAL Nº 1.278/91. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E IRREDUTIBILIDADE DE REMUNERAÇÃO. OCORRÊNCIA. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO STF TRTANDO DE NORMA SEMELHANTE QUE NÃO AUTORIZA O AFASTAMENTO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO. REMESSA DOS AUTOS AO COLENDO TRIBUNAL PLENO. 1) O princípio da tipicidade no âmbito do poder disciplinar da Administração Pública representa uma garantia para o servidor, pois impede que a Administração pratique um ato, unilateral e coercitivo, sem prévia previsão legal, bem como afasta a possibilidade de ser realizado um ato sancionatório totalmente discricionário, já que a lei, ao estipular o ato, define os limites em que a discricionariedade poderá ser exercida. Entretanto, o ilícito administrativo é caracterizado pela ausência de rigidez em relação a sua tipicidade, competindo à autoridade administrativa a subsunção da conduta

Processo: 0002346-37.2015.8.08.0021

12

CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI

EM: 03 OUT. 2018

2320



Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo

Tribunal de Justiça

Gabinete do Desembargador Carlos Simões Fonseca

violadora dos deveres funcionais à infração disciplinar prevista em lei, a fim de impor a sanção de acordo com o grau de reprovabilidade da conduta perpetrada pelo servidor, sendo sempre observados os princípios do contraditório, ampla defesa e proporcionalidade. 2) A conduta imputada ao autor utilização de bem público para a prática de crime, além de violar os deveres do servidor público e atentar contra o princípio constitucional da moralidade administrativa (art. 37, caput, da CF/88), enquadra-se indubitavelmente nas infrações disciplinares previstas no art. 161, inciso III, alíneas j e t, da Lei Municipal nº 1.278/91, não havendo necessidade alguma de utilização de qualquer tipo de interpretação para tanto, o que atende o princípio da tipicidade que norteia o ilícito administrativo, sendo, portanto, desnecessária a sua análise pelo Tribunal Pleno, ante a constitucionalidade de tal norma. 3) O servidor público afastado do exercício de suas atividades junto à Administração Pública, em decorrência de prisão provisória determinada em processo criminal, não pode sofrer qualquer tipo de restrição patrimonial até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, em respeito aos princípios da presunção de inocência (art. 3º, caput, da Constituição do Estado do Espírito Santo c/c art. 5º, inciso LVII, da CF/88) e da irredutibilidade de vencimento (art. 32, inciso XV, da Constituição do Estado do Espírito Santo c/c art. 37, inciso XV, da CF/88). 4) A despeito de ser flagrante a inconstitucionalidade do art. 126, inciso III, da Lei Municipal nº 1.278/91, considerando a necessidade de se observar o princípio da reserva de plenário (art. 97 da CF/88, art. 949, inciso II, do CPC/2015, art. 165 do RITJES e Súmula Vinculante nº 10 do STF), a matéria constitucional deve ser submetida ao Plenário desta Corte. 5) A existência de precedente do plenário do Supremo Tribunal Federal em caso similar que levou em consideração a legislação de outro ente, por si só, não é suficiente para afastar a cláusula de reserva de plenário. Precedentes do STJ. 6) Incidente de inconstitucionalidade instaurado.

(TJES, Classe: Apelação / Remessa Necessária, 021150022750, Relator: ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 08/05/2018, Data da Publicação no Diário: 18/05/2018)

O processamento do referido incidente deve observar os artigos 948 a 950 do CPC.



505

8

Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo
Tribunal de Justiça
Gabinete do Desembargador Carlos Simões Fonseca

Assim, entendo necessária a prévia oitiva dos suscitados, da parte interessada e da Procuradoria de Justiça.

Portanto, notifique-se o MUNICIPIO DE GUARAPARI e CAMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI para que se manifestem, **especificamente, acerca da arguição de inconstitucionalidade do art. 126, inciso III, da Lei Municipal nº 1.278/91**, prazo de (10) dez dias.

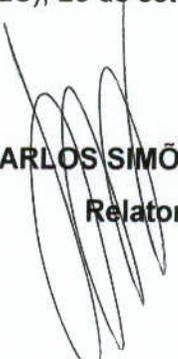
Intime-se, ainda, **a parte ativa interessada**, na pessoa de seu advogado, para se manifeste acerca deste incidente, também no prazo de (10) dez dias.

Após, remetam-se os autos à Procuradoria Geral da Justiça.

Cumpra-se e diligencie-se.

Decorrido o prazo, voltem-me os autos conclusos.

Vitória (ES), 25 de setembro de 2018.


DES. CARLOS SIMÕES FONSECA
Relator

CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI

EM: 03 OUT. 2018

PROTOCOLO Nº

2320



181

482
Q

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete da Desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002346-37.2015.8.08.0021

REMTE : JUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA DE GUARAPARI-ES
APTE/APDO : RENATO CROCE BARCELOS
APDO/APTE : MUNICÍPIO DE GUARAPARI-ES
JUIZ : DR. GUSTAVO MARÇAL DA SILVA E SILVA
RELATORA : DES^a. ELIANA JUNQUEIRA MUNHÓS FERREIRA

ACÓRDÃO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. TRÁFICO DE DROGAS COM A UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO OFICIAL. SERVIDOR PÚBLICO DEMITIDO APÓS PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. DESCONTO DE 1/3 (UM TERÇO) DA REMUNERAÇÃO ENQUANTO PERMANECEU PRESO PROVISORIAMENTE NO CURSO DE AÇÃO PENAL. ART. 126, INCISO III, DA LEI MUNICIPAL Nº 1.278/91. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E IRREDUTIBILIDADE DE REMUNERAÇÃO. OCORRÊNCIA. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO STF TRTANDO DE NORMA SEMELHANTE QUE NÃO AUTORIZA O AFASTAMENTO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO. REMESSA DOS AUTOS AO COLENDO TRIBUNAL PLENO.

1) O princípio da tipicidade no âmbito do poder disciplinar da Administração Pública representa uma garantia para o servidor, pois impede que a Administração pratique um ato, unilateral e coercitivo, sem prévia previsão legal, bem como afasta a possibilidade de ser realizado um ato sancionatório totalmente discricionário, já que a lei, ao estipular o ato, define os limites em que a discricionariedade poderá ser exercida. Entretanto, o ilícito administrativo é caracterizado pela ausência de rigidez em relação a sua tipicidade, competindo à autoridade administrativa a subsunção da conduta violadora dos deveres funcionais à infração disciplinar prevista em lei, a fim de impor a sanção de acordo com o grau de reprovabilidade da conduta perpetrada pelo servidor, sendo sempre observados os princípios do contraditório, ampla defesa e proporcionalidade.

2) A conduta imputada ao autor – utilização de bem público para a prática de crime –, além de violar os deveres do servidor público e atentar contra o princípio constitucional da moralidade administrativa (art. 37, caput, da CF/88), enquadra-se indubitavelmente nas infrações disciplinares previstas no art. 161, inciso III, alíneas “j” e “t”, da Lei

CAMARÁ MUNICIPAL DE GUARAPARI

EM. 03 OUT. 2018

PROTOCOLO Nº

2320



483

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete da Desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002346-37.2015.8.08.0021

Municipal nº 1.278/91, não havendo necessidade alguma de utilização de qualquer tipo de interpretação para tanto, o que atende o princípio da tipicidade que norteia o ilícito administrativo, sendo, portanto, desnecessária a sua análise pelo Tribunal Pleno, ante a constitucionalidade de tal norma.

3) O servidor público afastado do exercício de suas atividades junto à Administração Pública, em decorrência de prisão provisória determinada em processo criminal, não pode sofrer qualquer tipo de restrição patrimonial até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, em respeito aos princípios da presunção de inocência (art. 3º, *caput*, da Constituição do Estado do Espírito Santo c/c art. 5º, inciso LVII, da CF/88) e da irredutibilidade de vencimento (art. 32, inciso XV, da Constituição do Estado do Espírito Santo c/c art. 37, inciso XV, da CF/88).

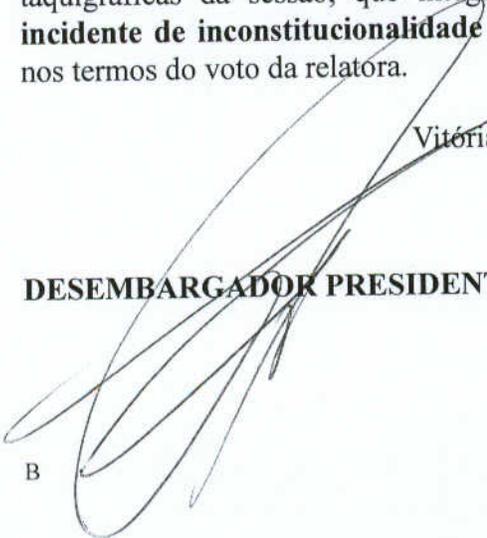
4) A despeito de ser flagrante a inconstitucionalidade do art. 126, inciso III, da Lei Municipal nº 1.278/91, considerando a necessidade de se observar o princípio da reserva de plenário (art. 97 da CF/88, art. 949, inciso II, do CPC/2015, art. 165 do RITJES e Súmula Vinculante nº 10 do STF), a matéria constitucional deve ser submetida ao Plenário desta Corte.

5) A existência de precedente do plenário do Supremo Tribunal Federal em caso similar – que levou em consideração a legislação de outro ente –, por si só, não é suficiente para afastar a cláusula de reserva de plenário. Precedentes do STJ.

6) Incidente de inconstitucionalidade instaurado.

ACORDA esta **Egrégia Terceira Câmara Cível**, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, **à unanimidade, instaurar o incidente de inconstitucionalidade e remeter os autos ao Egrégio Tribunal Pleno**, nos termos do voto da relatora.

Vitória/ES, 08 de maio de 2018.


DESEMBARGADOR PRESIDENTE


DESEMBARGADORA RELATORA

CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI

EM: 03 OUT. 2018

PROCOLO Nº

2320 1



181

484
A

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete da Desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002346-37.2015.8.08.0021

REMTE : JUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA DE GUARAPARI-ES
APTE/APDO : RENATO CROCE BARCELOS
APDO/APTE : MUNICÍPIO DE GUARAPARI-ES
JUIZ : DR. GUSTAVO MARÇAL DA SILVA E SILVA
RELATORA : DES^a. ELIANA JUNQUEIRA MUNHÓS FERREIRA

VOTO

Conforme anteriormente relatado, trata-se de **remessa necessária** e de **apelações cíveis** interpostas por **Renato Croce Barcelos**, autor da **ação declaratória de nulidade de ato administrativo**, e pelo **Município de Guarapari-ES**, demandado no processo, em face da r. sentença prolatada pelo d. Juízo da Vara da Fazenda Pública Estadual, Municipal, de Registros Públicos e do Meio Ambiente de Guarapari-ES (fls. 409/415v), integrada pela decisão proferida em sede de embargos de declaração (427/428), que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, em relação ao pedido de pensionamento em prol da filha do requerente, por ilegitimidade passiva *ad causam*, e parcialmente procedentes os pleitos autorais, apenas para condenar o ente municipal a restituir ao demandante os valores correspondentes aos descontos efetuados em seus vencimentos, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora.

De acordo com os elementos que instruem o feito, o autor era servidor efetivo do município de Guarapari-ES, ocupando o cargo de Operador de Equipamento Leve – OEL, na função de motorista, até sofrer a pena de demissão, em 08/01/2015, por agir com deslealdade à instituição a que servia ao usar bem do ente municipal (automóvel) para a prática de uma infração penal (tráfico de drogas), incorrendo, assim, nas condutas infracionais descritas no art. 161, inciso III, alíneas “j” e “t”, da Lei Municipal nº 1.278/91.

Enquanto o demandante esteve preso provisoriamente respondendo a ação penal pela prática do crime de tráfico de drogas (AP nº 0002392-94.2013.8.08.0021), o que ocorreu a partir do dia 15/03/2013, obviamente deixou de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



489
[Handwritten signature]

Gabinete da Desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002346-37.2015.8.08.0021

comparecer ao seu local de trabalho, o que ensejou a determinação por parte do ente municipal do desconto de 1/3 (um terço) de sua remuneração, em atenção ao disposto no art. 126, inciso III, da Lei Municipal nº 1.278/91.

Diante deste cenário, o autor ajuizou ação declaratória de nulidade do ato administrativo, postulando a sua reintegração ao cargo público municipal anteriormente ocupado, o ressarcimento do valor descontado de sua remuneração e a condenação do ente municipal ao pagamento de indenização por danos morais e de pensão em favor de sua filha, tendo alegado para tanto, dentre outras coisas, a inconstitucionalidade dos arts. 126, inciso III, e 161, inciso III, alínea “j”, ambos da Lei Municipal nº 1.278/91.

Ao julgar parcialmente procedentes os pedidos autorais, o magistrado *a quo* reconheceu a constitucionalidade do art. 161, inciso III, alínea “j”, da Lei Municipal nº 1.278/91, preservando, assim, a validade da penalidade de demissão imposta ao demandante, entretanto considerou inconstitucional o art. 126, inciso III, da Lei Municipal nº 1.278/91, o qual estabelece a possibilidade de o ente municipal efetuar o desconto de 1/3 (um terço) da remuneração do servidor que se encontra preso provisoriamente, tendo determinado, então, que o município de Guarapari-ES restitua ao requerente os valores correspondentes aos descontos efetuados de seus vencimentos.

Inconformados com esta decisão, tanto o autor quanto o ente municipal interpuseram recursos de apelação cível, os quais voltam-se à **análise da (in)constitucionalidade, por via difusa, dos arts. 126, inciso III, e 161, inciso III, alínea “j”, ambos da Lei Municipal nº 1.278/91.**

No bojo dos processos que estão em andamento, é possível que o julgador decida pela inconstitucionalidade de uma norma, incidentalmente, para decidir o caso concreto que lhe foi apresentado. É o intitulado **controle difuso de constitucionalidade.**

CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI

EM: 03 OUT. 2015

23 20
PROCOLO Nº [Handwritten signature]



486

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete da Desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002346-37.2015.8.08.0021

Nos Tribunais, quando há a arguição de inconstitucionalidade de uma lei como matéria prejudicial, seu reconhecimento não pode ser feito diretamente pelo órgão fracionário responsável pelo julgamento do recurso. É necessário que seja suscitado um incidente para que haja um pronunciamento prévio do tribunal pleno ou de seu órgão especial, onde houver, a respeito da questão, em consonância com o **princípio da reserva de plenário**, positivado nos arts. 948 a 950 do Código de Processo Civil.

Apenas não haverá necessidade de submeter a questão ao plenário ou ao órgão especial se já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (art. 949, parágrafo único, do CPC/2015), bem como quando o órgão fracionário rejeitar a arguição de inconstitucionalidade (art. 949, inciso I, do CPC/2015).

Ciente desta premissa, o compulsar dos autos revela que o requerente foi penalmente condenado pela prática do crime de tráfico ilegal de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06), tendo o juízo criminal concluído que o veículo oficial do município de Guarapari-ES foi utilizado para o transporte de parte da substância entorpecente, de maneira que, após o regular processo administrativo disciplinar, foi demitido do seu cargo público efetivo ao ter a sua conduta amoldada ao art. 161, inciso III, alíneas “j” e “t”, do Estatuto dos Servidores Públicos do município de Guarapari-ES (Lei Municipal nº 1.278/1991), *in verbis*:

Art. 161. São infrações disciplinares:

I – (...);

III – Punível com demissão:

a) (...);

j) agir com deslealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servir;

CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI

EM: 03 OUT. 2018

PROTOCOLO Nº

2320



487

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete da Desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002346-37.2015.8.08.0021

i) (...);

t) usar materiais e bens do município em serviço particular; (...).”.

De acordo com a tese do autor, o art. 161, inciso III, alínea “j”, da Lei Municipal nº 1.278/91, seria inconstitucional por violar o princípio da tipicidade, corolário dos princípios da legalidade e da reserva legal, ao prever conduta subjetiva, que dependeria de interpretações discricionárias, ampliativas e analógicas, para poder ser aplicado ao caso concreto.

Segundo a renomada doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da tipicidade no âmbito do poder disciplinar da Administração Pública representa uma garantia para o servidor, pois impede que a Administração pratique um ato, unilateral e coercitivo, sem prévia previsão legal, bem como afasta a possibilidade de ser realizado um ato sancionatório totalmente discricionário, já que a lei, ao estipular o ato, define os limites em que a discricionariedade poderá ser exercida¹.

Entretanto, ao contrário do ilícito penal, em que o princípio da tipicidade irradia seus efeitos de forma ampla, notadamente diante da gravidade das sanções que podem ser aplicadas naquela seara, em relação às sanções administrativas, decorrentes do cometimento de faltas disciplinares, o princípio da tipicidade incide de modo mais comedido, a fim de possibilitar que qualquer conduta que implique em violação aos deveres funcionais seja passível da punição adequada, primando-se pela prestação do serviço público eficiente e esmerado, mediante exercício da função de forma responsável.

Sobre o tema, leciona o multicitado José Carvalho dos Santos Filho²:

¹ Direito Administrativo, pgs. 201/202.
² Manual de Direito Administrativo. 31ª ed. 2017. pg. 78.

CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI

EM: 03 OUT. 2015

PROCOLO Nº

2326



488
[Signature]

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete da Desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002346-37.2015.8.08.0021

“Ilicitude penal e administrativo-funcional – São diversos os ilícitos penal, civil e administrativo, o que vai redundar na diversidade também da sua configuração.

No Direito Penal, o legislador utilizou o sistema da rígida tipicidade, delineando cada conduta ilícita e a sanção respectiva. O mesmo não sucede no campo disciplinar. Aqui a lei limita-se, como regra, a enumerar os deveres e as obrigações funcionais e, ainda, as sanções, sem, contudo, uni-los de forma discriminada, o que afasta o sistema da rígida tipicidade.

Nada impede, todavia, que o legislador estabeleça conduta dotada de tipicidade específica como caracterizadora de ilícito administrativo. Nesse caso, nenhum problema haverá quanto à punibilidade: esta ocorrerá ou não conforme tenha ou não ocorrido a conduta. **Mas não é essa a regra do ilícito administrativo, como sucede em relação à ilicitude penal. Esta não admite os denominados tipos abertos, aceitos normalmente na esfera da Administração.”**

No mesmo sentido segue a lição de José Cretella Júnior³:

“Ao contrário do ilícito penal, de configuração precisa, fixado por texto legislativo que se interpreta restritivamente, o ilícito administrativo é capitulado em dispositivos deliberadamente imprecisos, para que o administrador tenha ampla faixa discricionária e, consultando a oportunidade e a conveniência, possa coibir todo comportamento do funcionário faltoso, no serviço ou fora do serviço, desde que tal conduta seja suscetível, pela repercussão que possa ter, de afetar ou prejudicar a função pública.

Há catálogos rígidos de ilícitos penais e catálogos flexíveis de ilícitos administrativos: os primeiros recebem nomes e definições precisas, ao passo que os segundos são designados de maneira genérica. Os ilícitos penais são típicos, os ilícitos administrativos são atípicos.”

³ Prática de Processo Administrativo. 8ª ed. 2010. pg.117.

CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI

EM:

03 OUT. 2015

PROCOLO Nº

2320



489

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete da Desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002346-37.2015.8.08.0021

Em harmonia com este entendimento, emana a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“APELAÇÃO CÍVEL - SERVIDOR PÚBLICO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - LEI Nº 5.406/69 - PRINCÍPIO DA TIPICIDADE - INAPLICABILIDADE - DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA - (...). - **No âmbito do processo administrativo disciplinar impera o princípio da discricionariedade na definição da falta disciplinar e na escolha da pena cabível, dentre as diversas previstas em lei, sendo inaplicável o princípio da tipicidade que rege o direito penal.** - (...).” (TJMG - Apelação Cível 1.0024.13.245259-0/002, Relator(a): Des.(a) Ana Paula Caixeta, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/10/2015, publicação da súmula em 13/10/2015).

“DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. LEGALIDADE E TIPICIDADE DA CONDUTA IMPUTADA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE REVELAM A PRÁTICA DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. - **Se na apuração da falta cometida pelo servidor foi observado o disposto no estatuto pertinente, sobretudo no tocante à previsão da conduta e da pena respectiva, tendo sido, ademais, ao longo das investigações prestigiado o contraditório e a oportunidade de defesa, não há falar na nulidade do ato sancionador sob o argumento de ofensa ao devido processo legal, à legalidade ou tampouco à tipicidade.**” (TJMG - Apelação Cível 1.0024.11.004869-1/003, Relator(a): Des.(a) Selma Marques, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/02/2013, publicação da súmula em 08/03/2013).

CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI

EM: 03 OUT. 2018

PROTOCOLO Nº

2320

Assim, o ilícito administrativo é caracterizado pela ausência de rigidez em relação a sua tipicidade, competindo à autoridade administrativa a subsunção da conduta violadora dos deveres funcionais à infração disciplinar prevista em lei, a fim de impor a sanção de acordo com o grau de reprovabilidade da conduta perpetrada pelo



490

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete da Desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002346-37.2015.8.08.0021

servidor, sendo sempre observados os princípios do contraditório, ampla defesa e proporcionalidade.

Na hipótese, ao contrário do asseverado pelo autor, a conduta a ele imputada – utilização de bem público para a prática de crime –, além de violar os deveres do servidor público e atentar contra o princípio constitucional da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF/88), enquadra-se indubitavelmente nas infrações disciplinares previstas no art. 161, inciso III, alíneas “j” e “t”, da Lei Municipal nº 1.278/91, não havendo necessidade alguma de utilização de qualquer tipo de interpretação para tanto, o que atende o princípio da tipicidade que norteia o ilícito administrativo.

De fato, não há como cogitar que a conduta de utilizar um automóvel oficial do município de Guarapari-ES para a prática do comércio clandestino de drogas não se amolde às infrações disciplinares consistentes em “*agir com deslealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servir*” e “*usar materiais e bens do Município em serviço particular*”, na medida em que o autor recebeu a confiança do ente municipal para permanecer com o veículo fora do horário de serviço e, violando-a, supostamente acabou por utilizá-lo para o cometimento de um ilícito penal.

Portanto, ainda que a infração disciplinar prevista no art. 161, inciso III, alínea “j”, da Lei Municipal nº 1.278/91, possua conceitos jurídicos abertos, é certo que a conduta imputada ao requerente se subsume a este ilícito administrativo e a eventual manutenção da penalidade de demissão guarda proporcionalidade com a gravidade dos fatos, restando indevida a alegação de ofensa ao princípio da tipicidade, o que atrai, conseqüentemente, a constitucionalidade do mencionado dispositivo legal, sendo, portanto, **desnecessária a sua análise pelo Tribunal Pleno desta Corte de Justiça, nos termos do art. 949, inciso I, do Código de Processo Civil.** CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI

EM: 03 OUT 2018

PROTOCOLO Nº

2320



497

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete da Desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002346-37.2015.8.08.0021

Por outro lado, é **manifesta a inconstitucionalidade do art. 126, inciso III, da Lei Municipal nº 1.278/91**, o qual prevê que o servidor público municipal perderá “1/3 (um terço) do vencimento ou remuneração durante o afastamento de prisão um flagrante, preventiva, administrativa, suspensão preventiva, pronúncia ou denúncia por crime funcional ou ainda condenação por crime inafiançável no qual haja pronúncia, com direito a diferença, se inocentado ao final”.

Com efeito, o servidor público afastado do exercício de suas atividades junto à Administração Pública, em decorrência de prisão provisória determinada em processo criminal, não pode sofrer qualquer tipo de restrição patrimonial até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, em respeito aos princípios da presunção de inocência (art. 3º, *caput*, da Constituição do Estado do Espírito Santo c/c art. 5º, inciso LVII, da CF/88) e da irredutibilidade de vencimento (art. 32, inciso XV, da Constituição do Estado do Espírito Santo c/c art. 37, inciso XV, da CF/88).

Se as Constituições Estadual e Federal não possuem nenhum tipo de restrição, não pode a Lei efetuar-la, reduzindo a remuneração do servidor público que é submetido a prisão provisória no curso de uma ação penal, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade material. As exceções aos princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de remuneração se encontram elencadas exclusivamente nas Constituições Estadual e Federal, não podendo o legislador municipal agregar novas hipóteses.

Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já tiveram a oportunidade de assim também concluir, senão vejamos:

CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI

EM: 03 OUT. 2018

PROCOLO Nº

2320

“ART. 2º DA LEI ESTADUAL 2.364/61 DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE DEU NOVA REDAÇÃO À LEI ESTADUAL 869/52, AUTORIZANDO A REDUÇÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS PROCESSADOS CRIMINALMENTE.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
 PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA



Gabinete da Desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002346-37.2015.8.08.0021

DISPOSITIVO NÃO-RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. I - A redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da Constituição, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos. II - Norma estadual não-recepcionada pela atual Carta Magna, sendo irrelevante a previsão que nela se contém de devolução dos valores descontados em caso de absolvição. III - (...)." (RE 482006, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2007, STF).

CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI

EM: 03 OUT. 2018

PROTOCOLO Nº

2320

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DENÚNCIA. CRIME. TRÂNSITO EM JULGADO. INEXISTÊNCIA. AFASTAMENTO PROVISÓRIO. REDUÇÃO. VENCIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. ANTECIPAÇÃO DA PENA. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. A jurisprudência é pacífica quanto a impossibilidade de redução salarial em casos de afastamento de servidor público denunciado pela prática de crime. (...)." (RMS 13.467/PR, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2004, DJ 16/08/2004, p. 282, STJ).

Portanto, é flagrante a inconstitucionalidade do art. 126, inciso III, da Lei Municipal nº 1.278/91, a qual deve ser declarada, *incidenter tantum*, para solucionar a demanda proposta, o que atrai a necessidade de remeter a questão para o Tribunal Pleno deste Sodalício, em respeito ao princípio da reserva de plenário, insculpido no art. 97 da Constituição da República⁴, no art. 949, inciso II, do Código de Processo Civil⁵, e na Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal⁶.

4 Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

5 Art. 949. Se a arguição for: (...); II – acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

6 Súmula Vinculante nº 10 – Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato

EM: 03 OUT. 2018

PROTOCOLO Nº

2329



493

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete da Desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002346-37.2015.8.08.0021

Muito embora o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal já tenha apreciado caso extremamente similar, envolvendo legislação de outro ente federativo que possuía redação praticamente idêntica ao do mencionado art. 126, inciso III, da Lei Municipal nº 1.278/91, isto, por si só, não é suficiente para afastar a cláusula de reserva de plenário.

Não desconheço que em situações semelhantes alguns Egrégios Tribunais pátrios têm reputado desnecessário observar o princípio da reserva de plenário⁷, todavia o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente anulado acórdãos que seguem essa linha, indicando a necessidade que haja prévio pronunciamento do plenário do Excelso Pretório sobre a mesma norma que está sendo objeto da arguição de inconstitucionalidade no caso concreto, senão vejamos:

normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

7 "APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C DANOS MORAIS. POLICIAL CIVIL. PRISÃO PREVENTIVA. DESCONTO DE 1/3 NOS VENCIMENTOS, COM BASE NA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 14/82 (ART. 79, INC. I). NORMA INCONSTITUCIONAL, NÃO RECEPCIONADA PELA CARTA MAGNA DE 1988. IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. QUESTÃO IDÊNTICA JÁ DIRIMIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APLICAÇÃO DO PAR. ÚNICO DO ART. 948 DO NCPC (RESERVA DE PLENÁRIO ATENDIDA). (...)" (TJPR - 5ª C. Cível - ACR - 1638254-2 - Curitiba - Rel.: Rogério Ribas - Unânime - J. 02.05.2017).

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAL CIVIL PROCESSADO CRIMINALMENTE. PRISÃO PREVENTIVA. DESCONTO DE UM TERÇO EM SUA REMUNERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. (...). No curso do processo penal, foi suspenso do exercício da função pública, sendo sua prisão em flagrante convertida em prisão preventiva, no dia 25/01/2014. A partir de fevereiro/2014, passou a sofrer descontos em seus vencimentos no valor correspondente a 1/3 (um terço). O Eg. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 482.006/MG, consagrou o entendimento de que a "redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da Constituição, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos". Decisão do Plenário do STF desobrigando seja suscitado incidente de inconstitucionalidade, nos termos do § único do artigo 949 do CPC. Diante da ofensa ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), porquanto ausente trânsito em julgado da ação criminal condenatória, deve ser julgada procedente a ação para determinar a cessação do desconto de um terço dos vencimentos do servidor, enquanto não confirmada e transitada em julgado a condenação penal. Possível, ainda, a restituição dos valores descontados indevidamente dos vencimentos do servidor. (...). (Apelação Cível Nº 70072217961, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 09/03/2017).



494

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete da Desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002346-37.2015.8.08.0021

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TRANSPORTE URBANO COLETIVO DE PASSAGEIROS. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. CABIMENTO DA AÇÃO POPULAR. PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA. ADMITIDA A DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL. VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DO PLENÁRIO. OFENSA AOS ARTIGOS 480 E 481 DO CPC. SÚMULA VINCULANTE 10/STF. 1. (...). 4. A jurisprudência do STJ é de que, "nos termos do art. 481, parágrafo único, do CPC, 'os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão'. Conforme se verifica, a regra exceptiva exige o prévio pronunciamento sobre a questão pelo plenário (ou órgão especial) do respectivo tribunal ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, de modo que a existência de precedentes em casos similares que levaram em consideração a legislação de outros entes federativos, por si só, não é suficiente para afastar a cláusula de reserva de plenário" (REsp 1.076.299/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/10/2010, DJe 27/10/2010.) 5. In casu, não podia o órgão fracionário declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal 5.432/2001 sem observar as regras contidas nos arts. 480 a 482 do CPC, ou seja, sem suscitar o incidente de declaração de inconstitucionalidade. 6. Recursos Especiais parcialmente providos para anular o acórdão recorrido e determinar que seja observado o procedimento previsto nos artigos 480 e seguintes do CPC." (REsp 1559292/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 23/05/2016, STJ).

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DECRETO ESTADUAL. INOBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. 1. Os arts. 480 a 482 do CPC devem ser interpretados na forma da Súmula Vinculante 10/STF, segundo a qual "viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora

CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI

EM: 03 OUT. 2018

PROTOCOLO Nº

2320



495
Ⓞ

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete da Desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002346-37.2015.8.08.0021

não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte". 2. Na hipótese, não podia o órgão fracionário declarar a inconstitucionalidade do Decreto Estadual 2.460/89, sem observar as regras contidas nos arts. 480 a 482 do CPC, ou seja, sem suscitar o incidente de declaração de inconstitucionalidade. 3. **Cumpra esclarecer que, nos termos do art. 481, parágrafo único, do CPC, "os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão".** Conforme se verifica, a regra exceptiva exige o prévio pronunciamento sobre a questão pelo plenário (ou órgão especial) do respectivo tribunal ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, de modo que a existência de precedentes em casos similares — que levaram em consideração a legislação de outros entes federativos —, por si só, não é suficiente para afastar a cláusula de reserva de plenário. 4. Recurso especial provido." (REsp 1076299/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 27/10/2010, STJ).

“PROCESSUAL CIVIL. ADMISSIBILIDADE. SÚMULAS N.ºS 282 E 284 DO STF E 211 DO STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO E DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. RESERVA DE PLENÁRIO. NULIDADE 1. A inconstitucionalidade apreciada incidenter tantum para justificar a procedência do pedido de anulação de atos administrativos autorizados pela regra acoimada de vício, reclama a obediência à cláusula de plenário pro força da Súmula Vinculante n.º 10, do E. STF, que assim dispõe: 'Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte'. 2. A declaração de inconstitucionalidade exercida por meio difuso pelos Tribunais deve seguir o procedimento disposto nos arts.

CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI

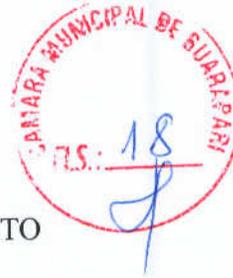
EM: 03 OUT. 2018

PROCOLO Nº

2320

Ⓞ

Ⓞ



496
D

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete da Desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002346-37.2015.8.08.0021

480 e 482 do CPC, em respeito ao princípio da reserva de plenário, sendo autorizado somente ao Órgão Especial ou Plenário da Corte a emissão do juízo de incompatibilidade do preceito normativo com a Magna Carta Brasileira, restando os órgãos fracionários dispensados dessa obrigação apenas se a respeito da questão constitucional já houver pronunciamento do Órgão competente do Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal. 3. A dispensa da reserva de plenário reclama que o Tribunal ou o próprio STF tenham se pronunciado sobre a norma em tese, vedada a equiparação analógica de *thema iudicandum*. 4. In casu, os pedidos sucessivos, formulados pelo Parquet, em sede de ação civil pública, tinham como pressuposto o pleito primeiro assim deduzido: "a) anular as nomeações efetuadas pelo Município de Nova Iguaçu ao exercício de cargos em comissão de agentes de trânsito, declarando-se, neste particular, a inconstitucionalidade das Leis Municipais n.º 2.884, de 12 de fevereiro de 1998, 2.956, de 18 de dezembro de 1998 e 3.012, de 14 de outubro de 1999;" 5. Consectariamente, houve violação da cláusula de reserva de plenário, por isso que merecedor de anulação o aresto recorrido para que se proceda, preliminarmente, o incidente no Tribunal a quo. 6. Recurso especial provido para, reconhecendo a violação à cláusula de plenário, declarar nulo o processo, nos termos da fundamentação, prejudicada a análise das demais questões suscitadas." (REsp 931.373/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 18/11/2010, STJ).

CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI

EM: 03 OUT. 2018

PROTOCOLO Nº
2320

J

Assim, considerando a necessidade de se observar o princípio da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF/88, art. 949, inciso II, do CPC/2015, art. 165 do RITJES e Súmula Vinculante nº 10 do STF), suscito **INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE** para que o Colendo Tribunal Pleno analise a (in)constitucionalidade do art. 126, inciso III, da Lei do Município de Guarapari-ES nº 1.278/1991.

Por consectário lógico, revela-se imprescindível sobrestar o julgamento dos presentes recursos de apelação cível no aguardo da deliberação daquele órgão

M



497



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete da Desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002346-37.2015.8.08.0021

plenário acerca da suscitada questão. A despeito da arguição de inconstitucionalidade não interferir diretamente na análise dos demais pedidos formulados nos apelos, estes deverão ser objeto de apreciação por ocasião do desfecho da questão constitucional, quando toda a matéria meritória será devidamente examinada.

É como voto.

B

CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI

EM: 03 OUT. 2013

PROCOLO Nº
2320



CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI
PROCURADORIA-GERAL
"Construindo Uma Nova História"

CÓPIA

AO JUÍZO DO TRIBUNAL PLENO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
ESPIRITO SANTO

Ref.: ofício nº 1522/2018

Incidente de Inconstitucionalidade nº 0002346-37.2015.8.08.0021



WENDEL SANTANA LIMA, Presidente da CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI, vem perante Vossa Excelência, em atendimento ao ofício nº 1522/2018 expedido nos autos em epígrafe, por meio de seu Procurador *in fine* assinado, portaria anexa, **MANIFESTAR-SE** acerca da arguição de inconstitucionalidade do art. 126, inciso III, da Lei Municipal nº 1.278/1991, nos seguintes termos.

I - RELATÓRIO

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade do art. 126, inciso III, da Lei Municipal 1.278/1991, instaurado pela Colenda Terceira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, fundamentando-se em presumível desrespeito aos princípios constitucionais da Presunção de Inocência e da Irredutibilidade de Vencimentos por norma que regulamenta situações em que o servidor da Administração Pública Municipal de Guarapari sofrerá perdas em sua remuneração.

A norma que tem sua constitucionalidade questionada assim dispõe:

Art. 126 O funcionário perderá:

[...]

Rua Getúlio Vargas, 299 – Centro – Guarapari – Estado do Espírito Santo – CEP.: 29.200-180
Telefax.: (27)3361-1715-1730 - E-mail: cmg@cmg.es.gov.br - www.cmg.es.gov.br



CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI
PROCURADORIA-GERAL
“Construindo Uma Nova História”

flagrante, preventiva, administrativa, suspensão preventiva, pronúncia ou denúncia por crime funcional ou ainda condenação por crime inafiançável no qual haja pronúncia, com direito a diferença, se inocentado ao final.

No caso concreto, o servidor público ficou afastado de suas atividades funcionais em razão da decretação de sua prisão preventiva, decretada em processo criminal por tráfico de drogas. Dessa forma, a partir de seu recolhimento ao cárcere, passaram a ser descontados de seus vencimentos 1/3 de sua remuneração.

O mencionado incidente de arguição de inconstitucionalidade foi instaurado nos autos da Remessa Necessária e Apelação Cível nº 0002346-37.2015.8.08.0021, interpostas por Renato Croce Barcelos, autor da Ação de Declaratória de Nulidade de Ato Administrativo, e pelo Município de Guarapari, demandado no processo que proferiu a r. sentença recorrida.

Por entender manifesta a inconstitucionalidade do art. 126, inciso III, da Lei Municipal 1.278/1991, a Douta Desembargadora Eliane Junqueira Munhós Ferreira suscitou em seu voto o incidente de inconstitucionalidade para que o Tribunal Pleno analise a inconstitucionalidade da mencionada norma, respeitando, assim, o Princípio da Cláusula de Reserva de Plenário.

É o relatório necessário.



CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI
PROCURADORIA-GERAL
“Construindo Uma Nova História”

II - FUNDAMENTAÇÃO

2.1 DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Inicialmente, cumpre afirmar o Princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, como direito e garantia fundamental expressamente previsto no topo do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988. A Nossa Carta Maior dispõe que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. A Constituição do Estado do Espírito Santo ratifica este direito fundamental, prevendo que o *“Estado assegurará, pela lei e demais atos de seus órgãos e agentes, a imediata e plena efetividade dos direitos e garantias individuais e coletivos mencionados na Constituição Federal e dela decorrentes, além dos constantes nos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte”*.

No presente caso, em que pese o crime haver sido praticado com um veículo da Administração Municipal utilizado para o exercício das atividades funcionais do servidor, frisa-se que sua prisão era de caráter provisório, não havendo ainda condenação por sentença transitada em julgado. Assim, é imprescindível lembrar que valem para o Direito Administrativo, aplicando-se aos processos administrativos disciplinares, todos os princípios constitucionais, inclusive o Princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência.

Percebe-se que, de fato, a hipótese de afastamento de servidor público em razão da determinação de prisão preventiva em processo criminal, não encontra correspondência com as hipóteses excepcionais que autorizam eventual inobservância ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência.

É sabido, por exemplo, que atualmente há entendimento consolidado pelo Supremo no sentido de que a condenação em segundo grau autoriza a



CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI
PROCURADORIA-GERAL
“Construindo Uma Nova História”

determinação do início do cumprimento da pena, ainda que inesgotadas as vias recursais. Porém, em regra, a perda de direitos típica de condenação penal somente pode ser efetivada diante do trânsito em julgado.

No presente caso, o servidor cometeu crime de tráfico de drogas utilizando-se de veículo de propriedade da Administração Pública Municipal, praticando, assim, além de ilícito penal, também ilícito administrativo. E conforme prevê o art. 161, inciso III, alínea “j”, da Lei Municipal 1.278/91, configura infração disciplinar punível com demissão:

Art. 161 São infrações disciplinares:

[...]

III – Punível com demissão:

[...]

j) agir com deslealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servir.

A norma municipal prevê a demissão como punição ao servidor que agir com deslealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servir, que no presente caso se trata da Prefeitura Municipal de Guarapari, mas não menciona penalidades outras além dessa.

Dessa forma, há de se convir, que a norma do art. 126, inciso III, se caracteriza autêntica penalidade ao servidor que ainda nem poderia ser considerado culpado e, portanto, nem mesmo seria, ainda, passível da legítima reprimenda a ser aplicada, a demissão. Pode-se dizer que trata-se de verdadeira antecipação do julgamento, condenação e aplicação de pena em razão de ilícito administrativo proveniente de um crime pelo qual, até o trânsito em julgado de sentença condenatória, o indivíduo não pode ser considerado culpado.

O princípio da não culpabilidade é garantia, originalmente restrita ao direito penal e processual penal, mas é aplicável à esfera disciplinar, bem como a todos os



CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI
PROCURADORIA-GERAL
“Construindo Uma Nova História”

processos sancionadores estatais. Garantia esta que assegura que ninguém há de ser considerado culpado antes de proferida a decisão aplicadora de penalidade, após o devido processo. Quer-se dizer que na esfera disciplinar, não se pode infligir ao servidor reprimenda punitiva sem o esgotamento da via processual administrativa. A presunção de inocência constitui, nos bem lançados termos de decisão do Tribunal Supremo espanhol, o “limite mais rigoroso ao poder sancionador estatal” (Rodríguez, 1993, p. 217).

Entende-se que o esgotamento da via processual administrativa culminaria, em caso de condenação, já na penalidade de demissão, não havendo previsão nem espaço para nenhuma outra penalidade, de forma que o desconto na remuneração do servidor antes mesmo de uma condenação em âmbito administrativo se mostra abusiva por não encontrar fundamento no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 DO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS

O Princípio Constitucional da Irredutibilidade de Vencimentos não guarda uma relação direta com o Direito Penal e Processual Penal, por outro lado, se relaciona diretamente ao Direito Administrativo.

Mencionado princípio deve ser observado em todos os âmbitos da Administração Pública, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988:

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:

[...]

XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Rua Getúlio Vargas, 299 – Centro – Guarapari – Estado do Espírito Santo – CEP.: 29.200-180
Telefax.: (27)3361-1715-1730 - E-mail: cmg@cmg.es.gov.br - www.cmg.es.gov.br



CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI
PROCURADORIA-GERAL
“Construindo Uma Nova História”

No mesmo sentido, a Constituição Estadual do Estado do Espírito Santo:

Art. 32 [...]

XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XII deste artigo e no Art. 38, § 3º e sujeitos aos impostos gerais; Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 29 de junho de 1999.

O Supremo Tribunal Federal já afirmou e reafirmou jurisprudência sobre a impossibilidade de reduzir salários de servidores públicos presos preventivamente, deixando claro que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou norma que permita essa redução, como é o caso do art. 126, inciso III, da Lei Municipal 1.278/91.

O Ministro Dias Tofoli, relator no julgamento do ARE 705.174-AgR, na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que por unanimidade decidiu que “*o fato de o servidor público estar preso preventivamente não legitima a Administração a proceder a descontos em seus proventos*”, disse, ainda, em trecho do voto:

“Referido desconto também se afigura ilegal em vista das referidas faltas ao serviço decorrentes da prisão cautelar, pois atenta contra o princípio da irredutibilidade dos vencimentos do servidor público, o qual, apenas depois de regular processo administrativo, em que deve ser-lhe assegurada a ampla defesa, pode vir a ser privado de seus vencimentos, ainda que somente de uma parte de seu montante”.

Caso semelhante ao que ora se discute é o que foi julgado no Recurso Extraordinário 482.006, cuja relatoria foi do Ministro Ricardo Lewandowski, em que se analisou a validade da Lei 2.364/61 de Minas Gerais, que previa a redução salarial de servidores réus em processos criminais. No referido julgamento



CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI
PROCURADORIA-GERAL
“Construindo Uma Nova História”

manifestou-se que a prática fere os artigos 5º e 37 da Constituição, que normatizam a presunção de inocência e a irredutibilidade de vencimentos. Mencionado julgamento foi, inclusive, citado pela Relatora do recurso que ensejou o incidente de arguição de inconstitucionalidade que ora se discute.

Outro exemplo da jurisprudência é o Recurso Extraordinário com Agravo 969.447, no qual o relator, Ministro Roberto Barroso, explicou que a Constituição Federal não recepcionou norma que permita a redução, pois tal regra violaria princípios constitucionais:

RECURSO INOMINADO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAL CIVIL. PRISÃO PREVENTIVA. DESCONTOS NOS VENCIMENTOS DURANTE O AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 79 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 14/82 NÃO RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ E DAS CORTES SUPERIORES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de o servidor público preso preventivamente ter redução de 1/3 em seus vencimentos. 2. Após detida análise dos autos, especialmente dos documentos que instruíram a inicial, infere-se que o autor policial civil da ativa teve contra si prisão preventiva decretada e devidamente cumprida em 26.01.2016 (seq. 1.5) e que em decorrência do afastamento de suas atividades teve sua remuneração reduzida na proporção de 1/3, conforme conta no demonstrativo de pagamento (evento 1.6). 3. O sentenciante entendeu que o desconto nos vencimentos do servidor público preso preventivamente está previsto no art. 79, inciso I, da Lei Complementar nº 14/82 (Estatuto da Polícia Civil do Estado do Paraná), que estabelece que o policial civil perderá um terço do vencimento ou remuneração, durante o afastamento por motivo de prisão preventiva ou flagrante, pronúncia por crime comum, denúncia por crime funcional ou que pela natureza e configuração sejam consideradas infames? 4. Contudo, o Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que tal norma não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, já que seu artigo 37, inciso XV, prevê a irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos. 5. Neste sentido: Decisão Monocrática. ARE 969447. (...). O recurso deve ser provido, tendo em vista que a decisão proferida pelo Tribunal de origem contrária a jurisprudência desta

7



CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI
PROCURADORIA-GERAL
“Construindo Uma Nova História”

Corte, que, ao analisar caso semelhante (RE 482.006, julgado sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski), assentou não ser recepcionada pela Constituição Federal norma legal que consigna a redução de vencimentos de servidores públicos que respondam a processo criminal, uma vez que tal norma viola os princípios constitucionais da presunção de inocência e da . No julgamento do ARE 705.174-AgR, irredutibilidade de vencimentos sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, a Primeira Turma deste Tribunal decidiu, por unanimidade de votos, que o fato de o servidor público estar preso preventivamente não legitima a Administração a . Diante do exposto, com base proceder a descontos em seus proventos? no art. 21, § 2º, do RI/STF, dou provimento ao recuso. Invertidos os ônus da sucumbência, ressalvada eventual concessão do benefício da justiça gratuita, sem prejuízo do disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/1950. Sem condenação em honorários advocatícios (Súmula 512/STF). (Recurso Extraordinário Com Agravo 969.447, Rel. Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento 31/05/2016; DJe 02/06/2016) Ante o exposto, esta 4ª Turma Recursal - DM92 resolve, por unanimidade dos votos, em relação ao recurso de MALCOM LEONARDO KRUG FIGUEIRA, julgar pelo (a) Com Resolução do Mérito - Provimento nos exatos termos do vot (TJPR - 4ª Turma Recursal - DM92 - 0031145-36.2016.8.16.0182/0 - Curitiba - Rel.: Renata Ribeiro Bau - - J. 17.03.2017)
(TJ-PR - RI: 003114536201681601820 PR 0031145-36.2016.8.16.0182/0 (Acórdão), Relator: Renata Ribeiro Bau, Data de Julgamento: 17/03/2017, 4ª Turma Recursal - DM92, Data de Publicação: 21/03/2017)

Apenas a letra da Constituição seria suficiente para afirmar a inconstitucionalidade do art. 126, inciso III, da Lei Municipal 1.278/1991, contudo o que se percebe é que a jurisprudência precisou confirmar a autoridade da Carta Magna, uma vez que, mesmo após 1988, alguns entes da Federação insistiram na prática inconstitucional de reduzir os proventos de seus servidores afastados em razão de medidas cautelares de natureza criminal.

2.3 DO PRINCÍPIO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

Como sabiamente explicitou a Desembargadora relatora, ainda que seja flagrante a inconstitucionalidade da norma e que o tema tenha sido amplamente discutido



CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI
PROCURADORIA-GERAL
“Construindo Uma Nova História”

em outros julgados, inclusive levada ao Pleno do STF, há a necessidade de que a norma objeto da arguição de inconstitucionalidade ora discutida seja especificamente apreciada pelo Plenária do Pretório Excelso, sob pena de inobservância do Princípio da Reserva de Plenário.

III - CONCLUSÃO

Em face do exposto, opinamos, nos limites da análise jurídica do pleito em comento pela manifestação conforme ao voto da Douta Relatora, visto que não há saída possível em nosso ordenamento jurídico para sustentar a constitucionalidade do art. 126, inciso III, da Lei Municipal 1.278/1991, diante da explícita violação aos Princípios Constitucionais da Presunção de Inocência e da Irredutibilidade de Vencimentos.

Nesses termos,
pede deferimento.

Guarapari-ES, 11 de Outubro de 2018.

RAFAEL MONTEIRO ZOUAIN
Procurador-Geral
Câmara Municipal de Guarapari



CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI
PROCURADORIA-GERAL
“Construindo Uma Nova História”

Doc. 01