

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2018.0000303371

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2198604-77.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor FEDERAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS MUNICIPAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO FUPESP, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ASSIS e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ASSIS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES E PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 25 de abril de 2018.

Evaristo dos Santos
RELATOR
Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADIn nº 2.198.604-77.2017.8.26.0000 – São Paulo

Voto nº **36.314**

Autora: FEDERAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS MUNICIPAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO – FUPESP

Réus: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ASSIS E OUTRO
(Lei Orgânica do Município de Assis)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Lei Orgânica do Município de Assis não dispendo sobre o afastamento remunerado de servidor público eleito para o cumprimento de mandato sindical.

Omissão. *Ocorrência. Legislação deve dispor sobre o referido direito. Norma de reprodução necessária na esfera legislativa municipal. Afronta aos arts. 125, § 1º e 144, ambos da CE. Precedentes.*

Modulação. *Necessidade. Fixação de prazo de 180 (cento e oitenta) dias para Executivo e Legislativo municipais suprirem omissão. Precedentes.*

Procedente a ação, com modulação.

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade por omissão** da Federação dos Funcionários Públicos Municipais do Estado de São Paulo – FUPESP, tendo por objeto os arts. 102 a 104 da **Lei Orgânica do Município de Assis**, os quais não preveem o direito de afastamento remunerado de servidor público eleito para o cumprimento de mandato sindical.

Sustentou, em resumo, a ocorrência de omissão normativa inconstitucional. Lei Orgânica não prevê o direito do servidor público de se afastar do cargo para o desempenho de mandato classista. Há afronta aos arts. 125, §1º e 144 da Constituição Estadual. Município deixa de cumprir sua competência para disciplinar assuntos de interesse da categoria. Há prejuízo à organização sindical. Necessário sanar a omissão no prazo de 180 dias, sob pena de aplicação supletiva do art. 125, §1º da CE. Citou precedentes. Daí a inconstitucionalidade (fls. 01/10).

Vieram informações da Prefeitura (fls. 180/184). Manifestou-se o D. Procurador Geral do Estado de São Paulo (fls. 188/196 e 198/206). Silenciou a Câmara Municipal (fls. 208). Opinou a D. Procuradoria pela procedência da ação (fls. 211/225).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É o relatório.

2. Procedente a ação, com modulação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade por omissão** da Federação dos Funcionários Públicos Municipais do Estado de São Paulo – FUPESP, tendo por objeto a omissão contida nos **arts. 102 a 104 da Lei Orgânica do Município de Assis** (fls. 43/109), no que diz respeito ao direito de afastamento de servidor público eleito para o cumprimento de mandato sindical.

Sustenta que a lei impugnada, no Capítulo III (“Dos Servidores Municipais”) de Seu Título III, omitiu-se quanto ao referido direito, afrontando os **arts. 125, §1º e 144 da Constituição Estadual**.

E com razão.

Efetivamente, há **omissão** a considerar.

Leciona **GILMAR FERREIA MENDES**:

“Não temos dúvida, portanto, em admitir que também a inercia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Assim, pode o Supremo Tribunal Federal reconhecer a mora do legislador em deliberar sobre questão, declarando, assim, a inconstitucionalidade da omissão.”

“A omissão inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação.” (grifei – “Controle de Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei nº 9.868/99” – Ed. Saraiva – 2012 – p.391).

O capítulo da **Lei Orgânica Municipal** relativo aos servidores públicos **nada** estabelece em relação ao afastamento do servidor para o exercício de mandato sindical sem prejuízo dos vencimentos.

E é justamente neste ponto que se encontra a **omissão inconstitucional**.

Disciplina o **artigo 125, § 1º da Constituição Bandeirante**:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“Artigo 125 - O exercício do mandato eletivo por servidor público far-se-á com observância do art. 38 da Constituição Federal.”

“§ 1º - Fica assegurado ao servidor público, eleito para ocupar cargo em sindicato de categoria, o direito de afastar-se de suas funções, durante o tempo em que durar o mandato, recebendo seus vencimentos e vantagens, nos termos da lei.” (grifei).

Ressalte-se ser necessária a observância no âmbito Municipal por imposição da **Carta Paulista (art. 144 da Constituição Estadual** – “*Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*”).

Assim, nada dispondo a **lei local** a respeito, resta configurada a **inconstitucionalidade**.

Finalmente, como aqui observado em recente caso idêntico:

“... é importante ressaltar que o reconhecimento da mora legislativa decorre unicamente da inexistência de norma geral definidora de direito previsto na própria Constituição Estadual (artigo 125, § 1º, da CESP), de reprodução compulsória pelos Municípios em razão do princípio da simetria.”

“Não se cuida, aqui, de proclamar eventual omissão legislativa quanto à edição de ato normativo específico, este sim de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, regulamentando e definindo os contornos precisos do exercício da garantia prevista no parágrafo 1º, do artigo 125, da Carta Paulista, como decorrência da expressão ‘nos termos da lei’, contida na parte final do referido dispositivo.” (grifei - ADIn nº 2.157.513-07.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 28.02.18 – Rel. Des. RENATO SARTORELLI).

Esse o entendimento deste **Colendo Órgão Especial** em casos como o dos autos:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Complementar nº 1.319, de 2 de janeiro de 2002, de Américo de Campos – Afastamento remunerado de servidor para exercício de mandato classista – Omissão de norma específica. A omissão do legislador municipal em relação à previsão de afastamento remunerado de servidor para o exercício de mandato classista caracteriza omissão inconstitucional porque afronta o disposto no parágrafo 1º do artigo 125 da Constituição do Estado de São Paulo, que é consectário do princípio da

PODER JUDICIÁRIO**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

liberdade sindical, e deve ser suprida no prazo de 180 dias. Ação procedente.” (grifei – ADIn nº 0.142.914-39.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 29.01.14 – Rel. Des. **ITAMAR GAINO**).

“Assim, nota-se que o afastamento remunerado do servidor para exercer cargo sindical é um direito assegurado, baseado inclusive na Constituição Federal (art. 8º, VIII), que garante o fortalecimento da associação sindical.”

“Tal direito deve ser estendido aos Municípios através de sua Lei Orgânica, que deve seguir os princípios da Constituição Federal e Estadual, e no presente caso foi omissa por não prevê-lo.” (grifei – ADIn nº 0.205.058-49.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 23.04.14 – Rel. Des. **ANTONIO CARLOS MALHEIROS**).

“Indubitável que o direito de afastamento do servidor público para exercício de mandato classista sem prejuízo de seus vencimentos afina-se ao espírito da Constituição da República, solidificando as relações trabalhistas e preservando a plena liberdade sindical, em nada colidindo com os preceitos da Lei Maior, embora apenas na Carta Bandeirante esteja, desta forma, assegurado tal afastamento.” (grifei – ADIn nº 2.156.457-41.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 25.02.15 – Rel. Des. **FRANCISCO CASCONI**).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO, DE AFASTAMENTO DO SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL PARA DESEMPENHO DE MANDATO CLASSISTA EM SINDICATO (ART. 125, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL) OMISSÃO RECONHECIDA - DETERMINADO O SANEAMENTO DA OMISSÃO NO PRAZO DE 180 DIAS. AÇÃO PROCEDENTE.”

(...)

“A questão debatida na presente demanda não é nova neste Colendo Órgão Especial, encontrando-se pacificado o entendimento no sentido de que a norma do artigo 125, §1º, da Constituição Estadual segundo a qual é garantido ao servidor público, eleito para ocupar cargo em sindicato de categoria, o direito ao afastamento remunerado de suas funções -, por constituir-se em consectário do princípio da liberdade sindical (inscrito no artigo 8º, inciso VIII, do Texto Magno), traduz-se em regra de reprodução obrigatória no ordenamento jurídico municipal.” (grifei – ADIn nº 2.160.412-80.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 25.02.15 – Rel. Des. **NEVES AMORIM**).

“Como se vê, o direito ao afastamento remunerado do servidor público

PODER JUDICIÁRIO**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

para assumir cargo em sindicato é previsto pela Constituição Estadual e decorre do princípio da livre associação sindical constante do art. 8º, inciso VIII da Constituição Federal, tornando-se norma de reprodução obrigatória na legislação municipal.”

“A inexistência de regulamentação da licença remunerada do servidor público para ocupar cargo sindical inviabiliza o pleno exercício desse direito.” (grifei – ADIn nº 2.217.944-12.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 13.05.15 – Rel. Des. **JOÃO NEGRINI FILHO**).

“AÇÃO DE DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. Ajuizamento para tornar efetiva a garantia do artigo 125, § 1º, da Constituição Estadual, que assegura ao servidor público, eleito para ocupar cargo em sindicato de categoria, o direito de afastar-se de suas funções, durante o tempo em que durar o mandato, recebendo seus vencimentos e vantagens, nos termos da lei. Reconhecimento de inconstitucionalidade em razão da inexistência de norma disciplinando a questão no âmbito do município de Coronel Macedo. Mora legislativa configurada. Ação procedente com fixação do prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que a omissão seja suprida.” (ADIn nº 2.028.038-32.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 31.08.16 – Rel. Des. **FERREIRA RODRIGUES**).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONTRA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE SALTO DE PIRAPORA, DE 12 DE MAIO DE 1990 – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE GENÉRICA CONTRA ART. 92 DA LEI COMPLEMENTAR N. 20 DE 10 DE NOVEMBRO DE 1994 – POSSIBILIDADE DE CUMULAR AÇÕES TÍPICAS DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE – AFASTAMENTO REMUNERADO DE SERVIDORES PARA EXERCÍCIO DE MANDATO CLASSISTA – PREVISÃO DO ARTIGO 125, §1º, DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE – OMISSÃO DE TAL PREVISÃO NA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO – LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL IMPUGNADA QUE VERSA SOBRE A QUESTÃO EM NÍTIDA AFRONTA À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – DIREITO À LIBERDADE SINDICAL QUE DEVE SER PLENAMENTE ASSEGURADO – NORMA, ALIÁS, DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA NO ÂMBITO MUNICIPAL POR FORÇA DO ARTIGO 144 DA CARTA PAULISTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE GENÉRICA JULGADAS PROCEDENTES” (ADIn nº 2.063.450-24.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 28.09.16 – Rel. Des. **FRANCISCO CASCONI**).

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (POR OMISSÃO). Lei Orgânica Municipal que não versou sobre o direito ao afastamento remunerado de servidores eleitos para o exercício de representação sindical. Prerrogativa decorrente do princípio da livre associação sindical, previsto pela Carta Bandeirante (art. 125, § 1º). Norma de reprodução necessária na esfera legislativa municipal, por força do art. 144 da Constituição Paulista. Lacuna verificada, com definição do prazo de 180 dias para que os Poderes Legislativo e Executivo Locais procedam à produção da norma necessária. Precedentes deste Colegiado. AÇÃO PROCEDENTE.” (grifei - ADIn nº 2.205.456-54.2016.8.26.0000 - v.u. j. de 19.04.17 - Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA).

“DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (POR OMISSÃO). Lei Orgânica do Município de Mogi Mirim, que não teria versado sobre o direito ao afastamento remunerado de servidores eleitos para o exercício de representação sindical. Afastamento da preliminar suscitada (atinente à ilegitimidade “ad causam” passiva do Prefeito Municipal), ante a especial natureza objetiva da ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, tem-se que a Lei Orgânica Municipal efetivamente não tratou do tema invocado. Prerrogativa decorrente do princípio da livre associação sindical, previsto pela Carta Bandeirante (art. 125, § 1º). Norma de reprodução necessária na esfera legislativa municipal, por força do art. 144 da Constituição Paulista, não suprimindo tal vazio a adoção, pela Edilidade, do regime jurídico único celetista (que prescreve tratamento jurídico para o afastamento remunerado do servidor público eleito para desempenhar a representação sindical classista). Lacuna verificada, com definição do prazo de 180 dias para que os Poderes Legislativo e Executivo Locais procedam à produção da norma necessária. Precedentes deste Colegiado. AÇÃO PROCEDENTE.” (ADIn nº 2.073.825-50.2017.8.26.0000 - v.u. j. de 16.08.17 - Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE GUAÍRA QUE OMITE REGRA GERAL RELATIVA AO DIREITO DE AFASTAMENTO DO SERVIDOR PÚBLICO ELEITO PARA O EXERCÍCIO DE MANDATO CLASSISTA, NOS TERMOS DO ARTIGO 125, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - NORMA DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA PELO MUNICÍPIO, EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA - AÇÃO PROCEDENTE, REJEITADA A PRELIMINAR - CONCESSÃO DE PRAZO DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS PARA EDIÇÃO DE ATO NORMATIVO REGULAMENTANDO A MATÉRIA. A garantia de licença remunerada para o exercício de mandato sindical, na forma

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prevista no artigo 125, § 1º, da Carta Bandeirante, é norma de observância obrigatória pelos Municípios. Precedentes do C. Órgão Especial'. 'O artigo 125, § 1º, da Carta Bandeirante assegura ao servidor a manutenção da remuneração quando do seu afastamento para ocupar cargo eletivo em sindicato de categoria, sendo defeso à lei local estabelecer regra que comporte diminuição ou exclusão desse direito'. (...)' (grifei - ADIn nº 2.157.513-07.2017.8.26.0000 - v.u. j. de 28.02.18 - Rel. Des. RENATO SARTORELLI).

Imprescindível que o Poder Executivo, juntamente com o Poder Legislativo, supram a mencionada lacuna legislativa.

A ausência da descrição quanto à possibilidade de afastamento do servidor para cumprimento do mandato eletivo sindical, sem prejuízo dos vencimentos, inviabiliza o cumprimento do previsto no art. 125, § 1º da Constituição Estadual.

Impõe-se a previsão e regulamentação expressa do referido direito, sendo **desnecessário**, de outra parte, determinar-se a “*aplicação supletiva*” (fls. 09/10) do art. 125, §1º da CE, uma vez que a regra já vincula os Municípios, restando caracterizada, bem por isso, a **mora legislativa**.

Dá o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade.

Inequívoca afronta aos preceitos invocados – **art. 125, § 1º e art. 144**, todos da **Constituição Bandeirante**.

Diante dessa **inércia legislativa**, impõe-se seja superada intolerável **omissão**, nos termos dos **arts. 90, da CE e 103, § 2º, da CF**.

Fixa-se o prazo de 180 (cento e oitenta) para que (1) o Prefeito do Município de Assis, a quem compete a iniciativa do processo legislativo, e (2) a Câmara Municipal, em cumprimento ao dever legiferante, **empreendam** as medidas necessárias para suplantar a mora inconstitucional, no âmbito de cada competência.

Observe-se, quanto ao prazo, a:

“... circunstância de o art. 103, § 2º, da CF ter fixado o prazo de 30 dias para o administrador e não ter estabelecido prazo para o Legislativo, não impede o autor e o Tribunal de, respectivamente, requerer e determinar prazo para o Legislativo atuar, atendendo-se as especificidades da situação.” (grifei – INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MITIDIERO – “Curso de Direito Constitucional” – ed. Revista dos Tribunais – 2012 – p. 1.105).

Reiteradamente, esse (180 dias) o prazo fixado, para tal fim, nas ações dessa natureza (ADIn nº 0.142.914-39.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 29.01.14 – Rel. Des. **ITAMAR GAINO**; ADIn nº 2.156.457-41.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 25.02.15 – Rel. Des. **FRANCISCO CASCONI**; ADIn nº 2.160.412-80.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 25.02.15 – Rel. Des. **NEVES AMORIM**; ADIn nº 2.217.944-12.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 13.05.15 – Rel. Des. **JOÃO NEGRINI FILHO**; ADIn nº 2.073.825-50.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 16.08.17 – Rel. Des. **BERETTA DA SILVEIRA**, dentre inúmeros outros arestos.

Plenamente caracterizada a **inconstitucionalidade por omissão**, (a) julgo procedente a ação. (b) Fixo o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para Executivo e Legislativo municipais adotarem as providências necessárias sanando a lacuna legislativa.

Procedente a ação para declarar a **inconstitucionalidade**, por **omissão** da **Lei Orgânica do Município de Assis**, por ofensa aos **artigos 125, § 1º e 144**, da **Constituição Bandeirante**, com a aludida **modulação** dos efeitos.

3. Julgo procedente a ação, com determinação.

EVARISTO DOS SANTOS
Relator
(assinado eletronicamente)