



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000001468

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0007693-21.2023.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante VIVIANE APARECIDA GUIDI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MUNICÍPIO DE ARARAQUARA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVIA MEIRELLES (Presidente sem voto), MARIA OLÍVIA ALVES E ALVES BRAGA JUNIOR.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

JOEL BIRELLO MANDELLI
Relator

Apelação nº 0007693-21.2023.8.26.0037
Apelante: Viviane Aparecida Guidi
Apelada: Municipalidade de Araraquara
Comarca: Araraquara
Juiz: Guilherme Stamillo Santarelli Zuliani
Voto nº 2798

Apelação – Direito administrativo – Reclamação trabalhista – Servidora pública municipal – Agente operacional – Promoção funcional - Sentença de improcedência – Efeito suspensivo – Indeferimento - Conforme entendimento consolidado do STF, inexistente direito adquirido em relação à regime jurídico - Incabível o suprimimento da falta da avaliação de desempenho pelo Judiciário, sob pena de indevida ingerência no âmbito administrativo - Avaliação que deve observar os critérios fixados pela lei Municipal – No entanto, mostra-se indevida a inércia da Administração na realização da avaliação, que é prevista em lei como requisito necessário à progressão funcional - Avaliações de desempenho que não estão sujeitas a juízo de conveniência e oportunidade, mas consistem em poder-dever da Administração, com previsão na lei municipal 6.251/05 – Sentença modificada – Determinação de que a ré realize a avaliação de desempenho funcional da apelante, no prazo de 60 dias a contar da intimação para cumprimento, sob pena de multa - Recurso parcialmente provido.

Vistos.

Apelação interposta contra a r. sentença (fls. 263/271) que julgou improcedente a reclamação trabalhista, em que se objetiva a condenação da Municipalidade ré na obrigação de fazer consistente na concessão da sua promoção funcional, com o reajuste de 16%, integrando-se o prêmio assiduidade, com os respectivos reflexos salariais, bem como a inclusão das horas extras no cálculo do

fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS).

Na origem, trata-se de demanda promovida por **Viviane Aparecida Guidi**, a qual relata, em resumo, ter ingressado nos quadros de servidores, mediante concurso, em 18/03/2008, para o cargo de Auxiliar de Serviços Públicos. Não foi submetida à avaliação de Desempenho Funcional, de modo que não foi beneficiada com a promoção e respectivo reajuste salarial previstos na Lei Municipal nº 6.251/2005, com redação dada pela Lei nº 7557/2011, na base de 16% sobre seu salário.

A r. sentença desacolheu os pedidos, ponderando-se que a servidora não possuía direito à promoção imediata sem prévia avaliação - sujeita à conveniência e oportunidade da Administração Pública. Além disso, por igual motivo, não caberia nem mesmo a condenação da requerida à obrigação de proceder à avaliação de desempenho. Quanto ao prêmio de assiduidade, consignou que a verba possui natureza transitória.

Inconformada, a autora requer, em preliminares, o recebimento do recurso no duplo efeito.

No mérito, alega, em síntese, que a Lei Municipal nº 6.251/05, regulamentada pelos Decretos nº 8.362/2005 e 8.591/2007, preveriam o pagamento de prêmio assiduidade a todo servidor municipal que preenchesse os requisitos legais, de modo que a supressão da integração das gratificações legais ao salário durante o período de junho/2018 a julho/2019 não poderia subsistir.

O prêmio como contraprestação ao labor realizado possuiria natureza salarial, embora vinculado à assiduidade do empregado e pago com habitualidade, periodicidade e uniformidade.

De acordo com os demonstrativos de pagamentos, até o mês de maio/2018, a ré integraria o adicional de insalubridade nos vencimentos para base de cálculo do recolhimento do FGTS e Previdência Social, motivo pelo qual não haveria se falar em necessidade de identidade para incidência ou não das verbas e das contribuições previdenciárias, porquanto referidas parcelas teriam legislação distinta.

A requerida teria reconhecido equívoco no recolhimento do FGTS, pois a partir de agosto de 2019 teria passado a considerar todas as parcelas pagas,

inclusive o prêmio assiduidade, na base de cálculo do FGTS.

Busca, assim, a procedência dos pedidos, considerando-se demonstrado o direito à integração do prêmio assiduidade e do adicional de insalubridade aos vencimentos, com a condenação da Municipalidade ao pagamento das diferenças e reflexos devidos, além das diferenças das horas extraordinárias e recolhimento de FGTS, haja vista a alteração da base de cálculo (fls. 276/280).

Recurso tempestivo, isento de preparo (gratuidade processual concedida a fls. 84), não respondido, embora a ré tenha sido devidamente intimada (fls. 285).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

De início, indefere-se o pedido tendente à concessão de efeito suspensivo (fls. 276).

Isso porque, a apelação, como sugere o “*caput*” do art. 1.012 do Código de Processo Civil de 2015, é dotada, como regra, de efeito suspensivo; os demais recursos (e também a apelação, no caso do § 1º do art. 1.012 do CPC), diversamente, podem ser recebidos com efeito suspensivo, se presentes os requisitos indicados no parágrafo único do art. 995 do CPC, isso é, “*se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso*”.

No caso em exame, porém, a teor do disposto no § 4º, do art. 1.012, bem como do que prevê o parágrafo único do art. 995, ambos do CPC, não está caracterizada a presença dos requisitos autorizadores à suspensão da eficácia da sentença, pois não se evidencia risco de dano grave ou de difícil reparação.

Recebe-se o presente recurso apenas no efeito devolutivo.

Quanto ao mérito, cinge-se se a controvérsia à promoção da autora, servidora pública municipal, com os respectivos reajustes com base na Lei Municipal nº 6.251/2005.

Imperioso delinear, de antemão, ser incabível a adoção pura e simples da CLT, que veda alterações lesivas no contrato de trabalho.

A progressão com base nos triênios tem nítida natureza estatutária, afastando-se a aplicação de disposições afetas ao regime celetista, pena de adoção de regime híbrido, o que não se admite.

Além disso, conquanto a autora tenha ingressado¹ no serviço público antes da entrada em vigor da Lei Municipal nº 7.842/12, as modificações por ela realizadas não se lhe aplicariam.

Primeiro, porque quando da superveniência da lei nova a apelante sequer havia preenchido os requisitos da lei anterior.

Segundo, porque o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o servidor público não tem direito adquirido a um dado regime jurídico, que pode ser alterado, unilateralmente, pela Administração Pública, a teor do quanto decidido pelo no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 24 (RE 563.708).

No caso, a Lei Municipal nº 7.557/2011, que previa promoção automaticamente, após avaliação, a cada 03 (três) anos, foi superada pela Lei Municipal nº 7.842/12, que prevê uma única promoção funcional, sendo o seu regime o aplicável:

“Art. 43. Promoção é a passagem do servidor público titular de emprego público de provimento efetivo de uma classe para outra classe da carreira a que pertence, podendo ocorrer:

I - Uma única vez, automaticamente, depois de cumprido o estágio probatório de três anos de efetivo exercício, mediante resultado obtido em Avaliação de Desempenho Funcional, segundo o que estabelece o regulamento desta Lei, excluídas as hipóteses dos incisos II e III. (...)”.

Após essa progressão, a lei ainda prevê a possibilidade de progressão por processo seletivo:

“Art. 44 Após a promoção automática prevista no artigo anterior, a promoção ocorrerá através de processo seletivo, na vacância na classe superior, segundo o que estabelece o regulamento desta Lei, devendo ocorrer, alternadamente:

¹ Admissão em 18/03/2008 (fls. 15).

I - Por mérito, quando o servidor público estiver no mínimo há 12 (doze) meses em sua classe atual, for habilitado em avaliação de desempenho funcional conforme disposto no art. 49 e aprovado em processo seletivo;

II - Por antiguidade, quando o servidor público, tendo alcançado a última referência de sua classe atual e estando nela há no mínimo 12 (doze) meses, for habilitado em avaliação de desempenho funcional conforme disposto no art. 49."

Resulta incontroverso que a autora conta com mais de dez anos de exercício e, nesse ínterim, não foi submetida à avaliação de desempenho funcional.

Incabível que o Poder Judiciário realize a avaliação de desempenho, que deve observar os critérios fixados pela lei Municipal e pela Administração.

Consistiria indevida ingerência no âmbito administrativo a avaliação, por parte de outro Poder, quanto ao fato de determinado funcionário apresentar ou não desempenho satisfatório.

Tampouco caberia equiparar a não realização da avaliação à aprovação do servidor ou se utilizar de uma regra processual (a autora diz que é fato incontroverso que preenche os requisitos) para substituir avaliação que se baseia em critérios técnicos.

Esse fundamento se mostra contraditório em si mesmo: se a requerente reconhece que é necessária a avaliação de desempenho para progressão e alega nunca ter se submetido a tal, não há dúvida que não preenche os requisitos.

Ainda que assim não fosse, entendo que há que ter em vista a supremacia do interesse público e o princípio da eficiência, que não se contentam com a manutenção nos quadros da Administração e tampouco promoção de agentes que apresentem desempenho insatisfatório.

A avaliação possui previsão em lei e não pode ser meramente desprezada.

Por outro lado, sua não realização imotivada e por longo período constitui óbice a possível progressão funcional da servidora, em flagrante descumprimento da lei.

Se o mérito da avaliação traz consigo alguma margem de discricionariedade, o mesmo não se pode dizer da necessidade de sua realização, que é ato que não decorre de mero juízo de conveniência e oportunidade.

Não é dado ao Município decidir se pretende cumprir a determinação legal e vigente, que é imperativa.

Nesse passo, como já se destacou em julgado dessa Câmara de Direito Público, **“a Administração tem o poder-dever de realizar as avaliações periódicas, a fim de viabilizar o disposto na legislação e permitir eventual progressão funcional do servidor. (...) Frise-se que não se está a determinar o reenquadramento automático dos associados da autora, medida que cabe exclusivamente à municipalidade, e sim a realização das avaliações de desempenho, nos termos da legislação local, a fim de que tenham a oportunidade de, se o caso, conquistar a evolução funcional”**. (Apelação Cível nº 1004762-30.2019.8.26.0114, da Comarca de Campinas, relatora Maria Olívia Alves).

É o caso, portanto, de se determinar à ré que, observando o disposto no art. 43 da Lei nº 6.251/05 na redação dada pela Lei Municipal nº 7.842, de 2012, realize a avaliação de desempenho funcional da apelante, no prazo de 60 dias a contar da intimação para cumprimento, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 por dia de descumprimento, limitada a 30 dias.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO RECLAMAÇÃO TRABALHISTA – SERVIDOR CELETISTA DO MUNICÍPIO - MOTORISTA Demanda na qual o servidor busca aplicação do art. 468 do CLT, o qual determina que o contrato de trabalho não pode ser alterado e lesionar direitos obtidos pelos trabalhadores, como no caso da promoção automática a cada 03 anos (triênio) - Não basta o transcurso de prazo trienal para a promoção automática do servidor. Era necessária, também, a avaliação de desempenho, nos termos do que estabelecia a regra da Lei Municipal nº 7.842, de 05 de dezembro de 2012, que alterou os artigos 43 e 44 do PCCV. E não poderia o juízo, fazendo as vezes de administrador público, substituí-lo na avaliação, ato administrativo que tem acentuada margem de discricionariedade. Sentença mantida, com fundamento

no art. 252, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça **RECURSO IMPROVIDO**” (TJSP: Ap nº 0007774-67.2023.8.26.0037, Des. Antonio Celso Faria; j.: 15.5.2024).

“AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COLETIVA. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. AUDITORES FISCAIS E AGENTES DO TESOIRO MUNICIPAL. Pretensão de submissão de avaliação de desempenho dos seus associados (Grupos “E” e “H”), para fins de evolução funcional, dos anos 2016 em diante. Avaliações que não estão sujeitas a juízo de conveniência e oportunidade, mas consistem em poder-dever da Administração. Avaliação de desempenho que está prevista na Lei Municipal nº 12.985/07, segundo os critérios fixados nos Decretos 17.074/2010 e 17.794/2012. Precedentes. Prazo fixado para realização das avaliações se mostra suficiente. Multa diária foi bem fixada. RECURSO DESPROVIDO” (Apelação Cível nº 1050223-25.2019.8.26.0114, da Comarca de Campinas, relator Alves Braga Junior, julgado em 20/09/2022).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA Decisão que determinou a realização da avaliação da autora, ora agravada, para fins de evolução funcional - **Insurgência Descabimento Matérias impugnadas que já foram devidamente debatidas nos autos originários Ademais, a inatividade não inviabiliza o reconhecimento do direito - Decisão mantida - Recurso improvido.**” (TJSP; Agravo de Instrumento 2226397-20.2019.8.26.0000; Relator (a): Silvia Meirelles; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 05/12/2019; Data de Registro: 05/12/2019).

Impõe-se o parcial provimento do recurso, que acarreta parcial procedência da ação, com modificação da sucumbência fixada em Primeira Instância.

A ré deverá reembolsar à autora 50% das despesas processuais eventualmente adiantadas e devidamente comprovadas.

Deverá, ainda, arcar com honorários em favor do patrono da autora, ora fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

A autora, por seu turno, arcará com honorários em favor do patrono

do réu, também fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), observando-se a suspensão da exigibilidade prevista no art. 98, §3º, do CPC.

O presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando clara as razões de decidir, e rebatendo todas as teses levantadas pelas partes capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgado, em observação ao que dispõe o artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil (STJ. Embargos de Declaração no MS 21.315-DF, julgado em 8/6/2016 – Info 585).

Todavia, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria suscitada, observando-se que não houve afronta a nenhum dispositivo infraconstitucional e constitucional.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso interposto para determinar que a Municipalidade proceda a avaliação de desempenho funcional da autora, no prazo de 60 dias, a contar da intimação para cumprimento, pena de multa de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por dia de descumprimento, limitada a 30 dias, nos termos consignados neste acórdão.

JOEL BIRELLO MANDELLI

Relator