

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): A questão posta em debate nesta ação direta por omissão cinge-se a saber se há omissão legislativa, por parte do legislador ordinário, quanto à edição de norma que regulamente as condições e percentuais mínimos dos cargos em comissão que devem ser preenchidos por servidores de carreira, como determinado pela norma em apreço, inciso V do art. 37 Constituição Federal.

Inicialmente, registro que a existência de projeto de lei em tramitação visando à regulamentação da matéria não é suficiente para desqualificar o interesse processual de agir em ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O fato de haver projeto de lei em trâmite não descaracteriza a situação de omissão legislativa inconstitucional. Nesse sentido, cito a ADO 24-MC, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 1º.8.2013; e a ADI 3.682/MT, de minha relatoria, DJe 6.9.2017.

A Constituição Federal estabelece três formas básicas de ingresso na Administração Pública: por meio de concurso público (art. 37, inciso II); por provimento de cargo em comissão (art. 37, incisos II e V); e por meio de contratação temporária (art. 37, inciso IX).

Em atenção aos princípios do concurso público (art. 37, II, CF), da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF), da isonomia (art. 5, *caput*, da CF), do interesse público, da proporcionalidade e ao princípio republicano (art. 1º, parágrafo único, da CF), o constituinte vedou a possibilidade de cargos em comissão serem preenchidos indistintamente por particulares.

Diante disso, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB aduz que, apesar de a Constituição Federal estabelecer, no inciso V, art. 37, mandamento constitucional para que legislador ordinário discipline as condições e percentuais mínimos dos cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira, o Poder Legislativo se apresentou inerte. Confira-se a redação do dispositivo:

“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:

(...)

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;”

A redação anterior da norma estabelecia o seguinte: “ *os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei* ”. Parte da doutrina interpretava o dispositivo como faculdade, e não como determinação de reserva prioritária de cargos em comissão e funções de confiança a servidores de carreira. Por conta disso, os abusos na convocação para esses cargos e funções eram muito comuns.

Objetivando unificar o entendimento, a Emenda Constitucional 19/1988 sistematizou a redação do dispositivo questionado para dar fim aos abusos cometidos na convocação por recrutamento amplo para cargos e funções comissionados. Determinou a exclusividade do exercício das funções de confiança e reservou ao domínio normativo de lei o estabelecimento dos casos, condições e percentuais mínimos dos cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira.

A partir da análise da nova redação da norma, verifica-se que a disposição constitucional representa mandamento constitucional para regulamentar os casos, condições e percentuais mínimos dos cargos em comissão a serem preenchidos por servidores efetivos. Contudo, mantém a liberdade do legislador, pois, no caso em questão, a inexistência de lei ordinária não impede o exercício de nenhum direito fundamental. Apesar de haver exigência de disposição em lei, a falta dela não impede a designação dos servidores para preencherem os cargos em comissão.

Além disso, o inciso II do art. 37 da Constituição permite ocupação de cargo em comissão por servidores não efetivos, ou seja, não há que se falar na dependência de regulamentação para que a norma constitucional produza efeitos, pois não há impedimento nenhum para o que o disposto no art. 37, inciso V, tenha efeitos, sendo uma norma constitucional de eficácia contida, conforme reconhecido pela jurisprudência desta Corte.

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.
COLÉGIO PEDRO II. NOMEAÇÃO DO DIRETOR-GERAL. GESTÃO

DEMOCRÁTICA NO ENSINO PÚBLICO. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 20 DA LEI 5758/71. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 37, INCISO V: REGRA NÃO AUTO-APLICÁVEL. RECONDUÇÃO AO CARGO POR UMA VEZ. DIREITO ADQUIRIDO: INEXISTÊNCIA. 1. A Constituição Federal, ao preconizar a gestão democrática no ensino público, remeteu à lei ordinária a forma, as condições e os limites acerca do seu cumprimento. 2. A Congregação tem o dever de sugerir ao Presidente da República seis candidatos ao cargo de Diretor-Geral do Colégio Pedro II, não estando o Chefe do Poder Executivo adstrito à lista sêxtupla. Inteligência da expressão "de preferência" contida no § 1º do artigo 20 da Lei 5758/71. 3. **Cargos em comissão a serem preenchidos por servidores efetivos. A norma inscrita no artigo 37, V, da Carta da República é de eficácia contida, pendente de regulamentação por lei ordinária**. 4. Compatibilidade do ato impugnado com o § 2º do artigo 20 da Lei 5758/71, que veda a recondução sucessiva e não a manutenção do Diretor-Geral no cargo por mais uma vez. Segurança denegada." (RMS 24.287, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 26.11.2002, DJ 1º.8.2003 PP-00135 EMENT VOL-02117-40 PP-08641)

"Agravos regimentais em recurso extraordinário. 2. Direito Constitucional e Administrativo. 3. **Cargos em comissão. Percentual mínimo de cargos ocupados por servidores efetivos. 4. Art. 37, V, da Constituição Federal. Norma de eficácia contida. 5. Legislação Municipal. Regulamentação do dispositivo constitucional. Competência. Art. 39 da Constituição Federal.** 6. Proporcionalidade e razoabilidade. Ofensa reflexa à Constituição Federal. Necessidade de reexame do acervo probatório. Súmula 279 do STF. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravos regimentais a que se nega provimento." (RE 1.069.936 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 23.4.2018)

Assim, diante da não obrigatoriedade de regulamentação para que a norma constitucional produza efeitos, não se constata a omissão legislativa inconstitucional alegada na inicial.

Ademais, diversamente do alegado pela requerente, apesar de o inciso V do art. 37 dispensar norma que o regulamente, para que possa produzir efeitos, verifica-se que a matéria já é objeto de disciplina de atos normativos em vigor, o que afasta a existência de omissão legislativa das autoridades requeridas.

No âmbito da Administração Pública Federal, cito a Lei 14.204, de setembro de 2021, que “ *Simplifica a gestão de cargos em comissão e de funções de confiança na administração pública federal direta, autárquica e funcional (...)* ” e ao dispor sobre os aspectos dos regimes jurídicos aplicáveis aos servidores da administração pública federal, cumpre o mandamento constitucional imposto pelo inciso V art. 37 da Constituição.

Cumpra mencionar, ainda, o Decreto 10.829, de outubro de 2021, que regulamenta Lei 14.204/2021 e, no *caput* do art. 27, estabelece que “ *O Poder Executivo federal destinará a servidores de carreira, no mínimo, sessenta por cento do total de cargos em comissão existentes na administração pública direta, autárquica ou fundacional* ”. No Decreto, verifica-se a fixação de percentual mínimo de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira.

Destarte o alegado pela requerente, não há que se falar em afronta ao princípio da legalidade na utilização de decretos presidenciais para regulamentação da matéria do art. 37, inciso V. A competência do Presidente da República para disciplinar a matéria decorre do art. 84, VI, alínea “a”, da Constituição Federal.

Esta questão já foi apreciada por esta Corte, ocasião em que se manifestou pela possibilidade de o Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração pública federal. Confira-se:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO N. 4.010. DE 12 DE NOVEMBRO DE 2001. PAGAMENTO DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL. LIBERAÇÃO DE RECURSOS. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Os artigos 76 e 84. I, 11 e VI, a. todos da Constituição Federal, atribuem ao Presidente da República a posição de Chefe supremo da administração pública federal, ao qual estão subordinados os Ministros de Estado. **Ausência de ofensa ao princípio da reserva legal, diante da nova redação atribuída ao inciso VI do art. 84 pela Emenda Constitucional nº 32/01, que permite expressamente ao Presidente da República dispor, por decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando isso não implicar aumento de despesa ou criação de órgãos públicos**, exceções que não se aplicam ao Decreto atacado. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente.” (ADI 2.564, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno,

Por fim, segundo a jurisprudência desta Corte, a matéria relativa a regime jurídico-administrativo de servidor público, além de competir à União, compete, também, a cada ente da federação, assim como disposto no *caput* do art. 39 da Constituição.

A competência legislativa referida no inciso V do art. 37 da Constituição pertence à unidade federativa em que se insere o cargo, inclusive no que concerne à definição de parâmetros para a reserva de cargos em comissão a servidores de carreira. Cabe a cada unidade federativa definir os parâmetros para a ocupação de acordo com suas peculiaridades.

Corroborando esse entendimento, o Min. Roberto Barroso, no julgamento do RE 986.269, afirmou que “ o art. 37, V, da Constituição, de reprodução obrigatória, possui eficácia contida, cabendo a cada ente federado definir as condições e percentuais mínimos para o preenchimento dos cargos em comissão, de acordo com suas necessidades burocráticas ”.

Eventual lei nacional dispondo sobre os casos, condições e percentuais mínimos de cargos em comissão pode afrontar a autonomia e competência de cada um dos entes da Federação para dispor sobre o tema e adequar a matéria a suas necessidades.

Assim, em atenção a essa competência específica, os entes federados editaram leis para regulamentar a matéria, cito, por exemplo, a Lei 4.858, de 29 de junho de 2012, do Distrito Federal, que, em seu art. 2º, determina que “ Pelo menos cinquenta por cento do total de cargos em comissão, incluídos os cargos de natureza especial, da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, devem ser exercidos por servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo ”, disciplinando assim, os parâmetros para a ocupação dos cargos em comissão de acordo com suas peculiaridades.

Por oportuno, transcrevo, trecho do parecer da Procuradoria-Geral da República pela improcedência do pedido:

“Conquanto o art. 37-V da CF/88 exija lei para dispor sobre os casos, as condições e os percentuais mínimos de cargos em comissão a serem ocupados por servidores de carreira, a falta desta não impede a designação de tais servidores para ocupação de cargo em comissão,

embora também não limite percentualmente o recrutamento amplo para cargos comissionados.

Se o art. 37-II da CF permite ocupação de cargo em comissão por servidores não efetivos e o art. 37-V não estabelece um patamar mínimo desses cargos a serem ocupados por servidores de carreira, não há que se falar em norma constitucional que dependa, necessariamente, de regulamentação para a produção de seus efeitos. Trata-se, conforme reconhecido pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de norma constitucional de eficácia contida (RMS 24.287/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 1.º.8.2003; RE 1.069.936-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 23.4.2018; RE 986.269, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 12.6.2018).

Flávia Piovesan, em rico estudo sobre as omissões inconstitucionais, esclarece que a omissão legislativa inconstitucional abrange somente as normas constitucionais que dependam, de alguma forma, de legislação para produção de seus efeitos. Segundo esta:

[...] o tema da inconstitucionalidade por omissão se atém às normas de eficácia limitada, posto que a omissão inconstitucional frustra a ampla produção de seus efeitos. De fato, se a atuação do legislador em se tratando de norma de eficácia contida é a de restringir a amplitude eficaz normativa, no tocante às normas de eficácia limitada a tarefa é desenvolver a aplicabilidade reduzida da norma constitucional. Acrescente-se que as normas de eficácia contida não dependem da atuação do legislador para a produção dos seus efeitos, ou seja, detêm aplicabilidade imediata, o que não se verifica com as normas constitucionais de eficácia limitada, que dependem necessariamente da atividade ulterior do legislador infraconstitucional para produção integral dos seus efeitos.

Além disso, a reserva absoluta de lei para a definição dos casos, condições e percentuais mínimos de cargos em comissão que deverão ser ocupados por servidores de carreira ajusta-se à exigência de lei para a restrição de acesso a cargos e empregos públicos prevista no art. 37-I da Constituição. A matéria alusiva ao regime jurídico-administrativo de servidor público compete a cada ente da federação. Logo, a competência para a edição da lei a que se refere o art. 37-V da CF, na redação original da norma ou na conferida pela EC 19/1998, pertence à unidade federativa em que se insere o cargo.

É dizer, compete a cada ente federado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) disciplinar o estatuto jurídico aplicável a seus servidores (CF, art. 39-caput), inclusive no que concerne à definição de parâmetros para a reserva de cargos em comissão a servidores de carreira. Embora a Constituição estabeleça exigência de que parte dos cargos em comissão seja preenchidos por servidores efetivos, não definiu o texto constitucional parâmetros para a ocupação, de modo a permitir que cada estrutura de poder, em sua esfera e de acordo com

suas peculiaridades, possa melhor se organizar sem descuidar da finalidade do preceito constitucional.

Não se extraindo do art. 37-V da CF exigência de lei nacional para a disciplina da matéria, não há inércia caracterizadora de omissão inconstitucional que possa ser reputada ao Presidente da República e ao Congresso Nacional. Eventual lei nacional que dispusesse sobre a matéria, definindo os casos, as condições e os percentuais mínimos de cargos em comissão a serem ocupados por servidores de carreira, afrontaria a autonomia e competência de cada um dos entes da Federação para dispor sobre o tema de acordo com as suas peculiaridades". (eDOC 24, p. 6-7)

Portanto, firme na jurisprudência desta Corte, entendo que não houve omissão legislativa nem inércia do legislador ordinário para a edição de lei nacional que discipline a matéria do inciso V do art. 37 da Constituição Federal, que possui eficácia contida, cabendo a cada ente federado definir as condições e percentuais mínimos para o preenchimento dos cargos em comissão, de acordo com suas necessidades burocráticas.

Ante o exposto, conheço a presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a julgo improcedente, para negar a existência de omissão legislativa referente a mandamento constitucional presente no art. 37, inciso V, da Constituição Federal.

É como voto.

Plenário Virtual - min. Alexandre de Moraes