

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ÓRGÃO ESPECIAL**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0042200-56.2019.8.19.0000

REPRESENTANTE: EXMO SR PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REPRESENTADO: EXMO SR PRESIDENTE DA CAMARA MUNICIPAL DE MACAÉ

REPRESENTADO: EXMO SR PREFEITO DO MUNICIPIO DE MACAÉ

RELATORA: DES. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar nº 272/2017 do Município de Macaé. Lei municipal que dispõe sobre transformação do cargo de Assistente Jurídico da Administração direta e indireta do Município de Macaé, em Advogado Municipal, e derogou as Leis Complementares nºs 183/2011, 193/2011, 196/2011, 202/2012, 203/2012 e 224/2013. Extrai-se da análise dos autos que as normas anteriores eram bem claras quanto ao caráter meramente assistencial, de apoio técnico-jurídico e administrativo para o exercício de atividades burocráticas por parte dos aludidos Assistentes Jurídicos e, agora, nos termos da novel Lei Complementar nº 272/2017, tais servidores, cujo cargo foi transformado em “Advogado Municipal”, passaram a ter atribuição similar a dos Procuradores Municipais, com exceção apenas da representação judicial e extrajudicial do ente público Municipal. Lei impugnada que padece do vício de inconstitucionalidade material, ao promover uma nítida transformação do cargo, com o enquadramento ou ascensão funcional de servidores públicos, prática proibida no ordenamento jurídico vigente, por afrontar o princípio do concurso público e da moralidade, e o

que é incompatível com a Constituição Federal. Precedentes do E. Supremo Tribunal Federal e desta E. Corte. Enunciado nº 685 da Súmula do STF: “*É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido*”. Representação acolhida, para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 272/2017 do Município de Macaé, com efeitos *ex tunc*.”

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0042200-56.2019.8.19.0000, em que é representante o **EXMO SR PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e representados os **EXMO SR PRESIDENTE DA CAMARA MUNICIPAL DE MACAÉ** e **EXMO SR PREFEITO DO MUNICIPIO DE MACAÉ**, acordam os Desembargadores do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria, em julgar procedente a representação e declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 272/2017 do Município de Macaé, com efeitos *ex tunc*, nos termos do voto do Relator, prejudicada a apreciação da suspensão cautelar, vencido o Des. Nagib Slaibi Filho que a julgava improcedente.

Rio de Janeiro, 10 de agosto de 2020.

MARIA INÊS DA PENHA GASPAR
DESEMBARGADORA RELATORA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ÓRGÃO ESPECIAL
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0042200-56.2019.8.19.0000
REPRESENTANTE: EXMO SR PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
REPRESENTADO: EXMO SR PRESIDENTE DA CAMARA MUNICIPAL DE MACAÉ
REPRESENTADO: EXMO SR PREFEITO DO MUNICIPIO DE MACAÉ
RELATORA: DES. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR

RELATÓRIO E VOTO.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de suspensão cautelar, proposta pelo EXMO SR PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em face do EXMO SR PRESIDENTE DA CAMARA MUNICIPAL DE MACAÉ e do EXMO SR PREFEITO DO MUNICIPIO DE MACAÉ, pugnano pela declaração da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 272/2017 do Município de Macaé.

Aduz o representante (fls. 02/16), em síntese, ser inconstitucional a Lei Complementar nº 272/2017, por violar o disposto nos artigos 9º, §1º, e 77, *caput* e inciso II, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e os artigos 5º, I, e 37, *caput* e inciso II, da Constituição Federal.

Argumenta ter a Lei Complementar do Município de Macaé alterado a nomenclatura e as atribuições do cargo efetivo de “Assistente Jurídico”, passando a denomina-lo de “Advogado Municipal”, destacando que, originalmente, as atribuições previstas para o cargo de Assistente Jurídico indicavam o seu caráter meramente assistencial, seja de apoio administrativo, no exercício de atividades burocráticas, ou intelectual, na realização de pesquisas.

Assevera terem sido mínimas as alterações perpetradas desde a promulgação da LC nº 193/2011 até o advento da LC nº 224/2013, que continuavam a indicar seu caráter auxiliar e a vinculação, além de

permanecerem os mesmos requisitos de curso de nível superior completo em Direito, e o registro no respectivo Conselho de Classe (OAB), sendo que, com o advento da norma ora impugnada, o referido cargo de Assistente Jurídico, agora denominado Advogado Municipal, foi alçado a um patamar mais elevado, passando a verdadeiro protagonista das atividades de assessoria e consultoria jurídica, e não mais de mero coadjuvante.

Tece considerações sobre as atribuições previstas para o referido cargo na lei impugnada, ressaltando ter ocorrido uma nítida transformação de cargo, sem a observância dos limites impostos pela ordem constitucional, especialmente a regra do concurso público de provas e títulos, além dos princípios constitucionais que a inspiram.

Frisa que, após o advento da Constituição de 1988 e a consequente exigência de concurso para a investidura em cargo público, o acesso ou ascensão e a transferência deixaram de constituir formas de provimento derivado, de modo que hoje, a partir da investidura no cargo, o servidor deve exercer as funções a ele inerentes a nenhum outro, encontrando-se tal entendimento na esteira do enunciado de súmula nº 685 do STF, posteriormente convertido no enunciado de súmula vinculante nº 43.

Acrescenta ser possível a transformação de cargos, respeitada a regra do concurso público, apenas quando presentes os seguintes requisitos cumulativamente de similaridade de atribuições ou funções, similaridade de requisitos para provimentos e similaridade de remuneração, insistindo ter a LC nº 272/2017 promovido a alteração não apenas da denominação do cargo de Assistente Jurídico, mas também de suas atribuições, incorrendo em violação à regra do concurso público, inscrita no art. 77, II, da CERJ, e dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade, expressos nos arts. 9º, §1º, e 77, *caput*, do mesmo diploma constitucional.

Invoca julgados que entende favoráveis à tese sustentada e pede, por fim, a concessão de medida cautelar, a fim de suspender a eficácia da Lei nº 272/2017 do Município de Macaé, e a procedência do pedido, com a declaração de inconstitucionalidade da referida Lei, com

efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, por violação aos artigos 9º, §1º, e 77, *caput* e inciso II, da Constituição Estadual.

A fls. 99/101, foi juntada petição da Ordem dos Advogados do Brasil – 15ª Subseção da OAB/RJ, requerendo seu ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*, o que foi deferido a fls. 330.

O Exmo Sr. Prefeito, através da Procuradoria Geral do Município, prestou informações a fls. 102/124, pugnando pelo indeferimento da medida liminar, e, no mérito, pela improcedência do pedido.

A Câmara Municipal prestou informações a fls. 244/271, pleiteando o indeferimento da medida cautelar, e, no mérito, a improcedência da representação.

A fls. 274/282, foi juntada petição da Associação dos Advogados Municipais de Macaé - ADMMM, requerendo seu ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*, o que foi deferido a fls. 330.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se a fls. 316/323, não se opondo ao ingresso da Ordem dos Advogados do Brasil – 15ª Subseção da OAB/RJ, na qualidade de *amicus curiae*, ao contrário da Associação dos Advogados Municipais de Macaé - ADMMM, e pugnando pela concessão da medida cautelar.

A fls. 728, atendeu-se o requerimento do *Parquet* a fls. 726, para que fosse certificada a manifestação da Procuradoria Geral do Município de Macaé e da Associação dos Advogados Municipais de Macaé, o que ocorreu a fls. 732, bem como fosse reiterada a intimação da Procuradoria Geral do Estado para se manifestar sobre o mérito da presente representação de inconstitucionalidade, pugnando esta, a fls. 734/738 pela declaração de inconstitucionalidade da LC nº 272/2017, com o desfazimento das transformações de cargos já formalizadas pela Municipalidade, porém afastada a obrigação de restituição dos eventuais valores recebidos a maior pelos agentes públicos que se beneficiaram do ato normativo, até a data de julgamento da presente Representação.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da representação (fls. 740/747).

É O RELATÓRIO.

VOTO.

Assiste razão ao representante.

Versa a Lei Complementar nº 272/2017, do Município de Macaé, sobre a transformação do cargo de Assistente Jurídico da Administração direta e indireta do Município de Macaé, em Advogado Municipal, e derogou as Leis Complementares nºs 183/2011, 193/2011, 196/2011, 202/2012, 203/2012 e 224/2013, dispondo que:

"Art. 1º - Esta Lei Complementar aplica-se ao Assistente Jurídico da administração direta e indireta do Município de Macaé:

Art. 2º O cargo de Assistente Jurídico passa a ser denominado Advogado Municipal.

Art. 3º O Advogado Municipal goza das prerrogativas próprias dos advogados, de conformidade com o estabelecido na Lei Federal nº 8.906, de 04 de julho de 1994, inclusive quanto à inviolabilidade por seus atos e manifestações, no exercício de suas funções, sendo vedado a representação judicial e extrajudicial do ente público municipal.

Art. 4º A lotação dos Advogados Municipais dar-se-á originariamente na Procuradoria Geral do Município, podendo ser designados para exercer suas funções nos órgãos e entidades da Administração Pública Municipal direta ou indireta, a critério do Chefe do Poder Executivo ou do Procurador Geral, observadas as necessidades de cada órgão.

Art. 5º A lotação dos Advogados Municipais da administração indireta dar-se-á originariamente naquelas entidades, podendo serem designados para exercer suas atribuições nos órgãos da administração pública direta, desde que autorizados por seus respectivos superiores hierárquicos.

Parágrafo único: Em caso de extinção das entidades da administração indireta, em que lotados, através de concurso, os Advogados Municipais de

que trata o caput deste artigo, serão relatados na Procuradoria Geral do Município de Macaé.

Art. 6º Ficam alterados os anexos II da Lei Complementar nº 196/2011 e III da Lei Complementar nº 193/2011 com suas modificações, passando a constar com a seguinte redação:

'1 - Categoria profissional: Advogado Municipal.

2 - Descrição Sintética: Atividade exclusiva e típica de Estado que compreende os cargos que se destinam a prestar assessoria e consultoria aos órgãos e às entidades da Administração Pública Municipal.

3- Atribuições Típicas:

I - prestar assessoria e consultoria jurídica aos órgãos e às entidades da Administração Pública Municipal;

II - cumprir com as orientações normativas oriundas da Procuradoria Geral do Município;

III - elaborar pareceres, contratos e demais documentos de natureza jurídica;

IV - emitir pareceres sobre projetos de lei, decretos, portarias, atos normativos, estudos e demais documentos relacionados com a Administração Pública Municipal;

V - emitir pareceres sobre editais de licitação, contratos, convênios e outros instrumentos de ajuste de interesse da Administração Pública Municipal;

VI - integrar comissões, que versem sobre sindicância e inquérito administrativo disciplinar; e

VII - desempenhar outras atividades afins, vedada a representação judicial e extrajudicial do ente público Municipal.'

Art. 7º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, em especial nas Leis Complementares nºs 183/2011, 193/2011, 196/2011, 202/2012, 203/2012 e 224/2013."

De seu turno, estabelecem os artigos 9º e 77, *caput* e inciso II, da CERJ, que:

"Art. 9º - O Estado do Rio de Janeiro garantirá, através de lei e dos demais atos dos seus órgãos e agentes, a imediata e plena efetividade dos direitos e garantias individuais e coletivos, mencionados na Constituição da República, bem como de quaisquer outros decorrentes do regime e dos princípios que ela adota e daqueles constantes dos tratados internacionais firmados pela República Federativa do Brasil.

§1º - Ninguém será discriminado, prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, idade, etnia, raça, cor, sexo, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental, por ter cumprido pena nem por qualquer particularidade ou condição.
(...)

Art. 77. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, interesse coletivo e, também, ao seguinte:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público da administração direta, indireta ou fundacional depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;"

Tem-se, portanto, como regra geral para o preenchimento de cargos públicos a realização de concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo, ressalvadas apenas as nomeações para cargo em comissão e o recrutamento de servidores temporários.

Ocorre que, consoante se verifica do cotejo entre as Leis Complementares nºs 183/2011, 193/2011, 196/2011, 202/2012, 203/2012 e 224/2013, que regiam o cargo de "Assistente Jurídico", e a Lei Complementar nº 272/2017, tem-se que as normas anteriores eram bem claras quanto ao caráter meramente assistencial, de apoio técnico-jurídico e administrativo para o exercício de atividades burocráticas por parte dos aludidos Assistentes Jurídicos e, agora, nos termos da novel Lei Complementar nº 272/2017, tais servidores, cujo cargo foi transformado

em “Advogado Municipal”, passaram a ter atribuição similar a dos Procuradores Municipais, com exceção apenas da representação judicial e extrajudicial do ente público Municipal.

Consoante bem destacou a Procuradoria Geral do Estado, a fls. 736/737:

“Como é cediço, na reestruturação de uma entidade, órgão ou carreira, o enquadramento dos servidores nos novos cargos demanda correlação entre as atribuições dos cargos e entre os respectivos requisitos de provimento, notadamente em relação ao nível de escolaridade exigido.

Não pode o ato normativo projetar o servidor para cargo integrante de carreira diversa daquela para a qual prestou concurso público.

Assentada essa premissa, é de se ver que a transformação dos cargos de Assistente Jurídico em cargos de Advogado Municipal, sem se preocupar com uma correlação entre as atribuições, caracterizou burla ao princípio concursivo e, por conseguinte, ao princípio da isonomia, que lhe informa.

Rápida leitura da Lei Complementar nº 196/2011, da Lei Complementar nº 224/2013 e da Lei Complementar nº 272/2017, todas do Município de Macaé, permite identificar que a previsão de transformação do cargo de Assistente Jurídico em Advogado Municipal, apesar de respeitar a correlação entre os respectivos requisitos de provimento, não o faz com relação às atribuições dos cargos em jogo.

Com efeito, o quadro comparativo de atribuições apresentado pela própria Edilidade, em fl. 238, torna bem evidente que não há exata correlação entre as atribuições dos cargos em cotejo.

Veja-se, por necessário, que o cargo de Assistente Jurídico é eminentemente auxiliar, responsável por atividades de apoio técnico-jurídico administrativo, devendo atuar “sob supervisão dos Procuradores Municipais” (a título ilustrativo, vide fl. 165). Note-se, a esse passo, que a atribuição do cargo de Assistente Jurídico, entre outras, se restringe em auxiliar a elaboração de pareceres e peças processuais.

Por outro lado, o cargo de Advogado Municipal presta consultoria e assessoria jurídicas à Administração Pública, elaborando pareceres sem qualquer supervisão da Procuradoria Geral do Município.

Por certo, não houve respeito à indispensável correlação de atribuições."

Nesse diapasão, considerando que os requisitos de ingresso nos cargos são os mesmos, quais sejam, diploma de bacharel em direito e inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, e, por conceder a quem não integrava a carreira de procurador municipal, praticamente as mesmas atribuições, não há como olvidar que a Lei Complementar ora impugnada padece do vício de inconstitucionalidade material, ao promover uma nítida transformação do cargo, com o enquadramento ou ascensão funcional de servidores públicos, prática proibida no ordenamento jurídico vigente, por afrontar o princípio do concurso público e da moralidade, e o que é incompatível com a Constituição Federal.

Nesse diapasão, extrai-se dos ensinamentos do mestre José dos Santos Carvalho Filho (*in* Manual de Direito Administrativo. 21ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. pg. 598):

"Como o art. 37, II da CF exige o concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, a jurisprudência passou a entender diferentemente do que ocorria sob a égide da Carta anterior, onde sucederam inúmeros abusos e desvios de finalidade, que o acesso (ou ascensão) e a transferência não mais constituem forma de provimento derivado, como o é a promoção (...). O STF já decidiu que 'estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para o qual o servidor público ingressou por concurso'. Deste modo, se o cargo integra carreira diversa da que pertence o servidor, este só poderá ocupá-lo se for aprovado em concurso público".

Assim, tendo em vista que a Constituição Federal não mais admite as formas de investidura do servidor pública pela via da ascensão e a transferência, tal como ocorrido na espécie, não há como olvidar ter a Lei Complementar nº 272/2017 implicado em clara afronta aos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade, assim como à regra do concurso público, expressos nos arts. 9º, §1º, e 77, *caput* e inciso II, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e nos artigos 5º, I, e 37, *caput* e

inciso II, da Constituição Federal. da Constituição Federal, a consubstanciar, assim, vício de inconstitucionalidade material insanável.

No mesmo sentido, jurisprudência tranquila do E. Supremo Tribunal Federal, consubstanciada no Enunciado nº 685: “*É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido*”, posteriormente convertida na Súmula Vinculante nº 43, de idêntico teor, e se vê dos julgados da Corte Suprema e desta E. Corte, abaixo ementados:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEIS 2.875/04 E 2.917/04, DO ESTADO DO AMAZONAS. COMISSÁRIO DE POLÍCIA. CARGO DE NATUREZA ISOLADA. TRANSFORMAÇÃO, APÓS POUCO MAIS DE 3 ANOS, EM CARGOS DE DELEGADO DE POLÍCIA. QUEBRA DE HIERARQUIA FUNCIONAL. BURLA AO CONCURSO PÚBLICO CARACTERIZADA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. As leis estaduais impugnadas equipararam (Lei 2.875/04) e, logo após, transformaram (Lei 2.917/04) em delegados de polícia 124 cargos isolados de comissários de polícia, que haviam sido criados em 2001 com remuneração bastante inferior à daquele primeiro cargo e sem perspectiva de progressão funcional. 2. A forma pela qual foi conduzido o rearranjo administrativo revela que houve, de fato, burla ao postulado do concurso público, mediante o favorecimento de agentes públicos alçados por via legislativa a cargo de maior responsabilidade do que aquele para o qual foram eles aprovados em concurso. Não se verificou, no caso, um gradual processo de sincretismo entre os cargos, senão que uma abrupta reformulação da condição dos comissários de polícia, que em menos de três anos deixaram de ter suas características originais para passar a um cargo organizado em carreira. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.”

(ADI 3415/AM, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2015)

"AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO QUE DECIDIDO POR ESTA CORTE NOS AUTOS DA ADI Nº 837/DF. IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO EM PERFEITA CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO FIRMADO POR ESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A transposição, transformação ou ascensão funcional, de servidores públicos de uma categoria para outra, posto consubstanciar modalidades de provimento derivado, sem prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, não se coadunam com a nova ordem constitucional (CRFB/88, art. 37, II). 2. In casu, a decisão reclamada não divergiu dessa orientação, haja vista que anulou todos os atos de provimento de cargo público ancorados em disposições flagrantemente inconstitucionais, que estabeleciam a transposição, transformação ou ascensão funcional de uma categoria a outra, sem prévia aprovação em concurso público de provas e títulos. 3. Agravo regimental desprovido."

(Rcl 8222 AgR/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 28/04/2015)

"Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Leis n. 955/89 e 981/90, do Município de Duque de Caxias. Reorganização de plano de carreira de servidores estatutários municipais. Hipóteses de transferência e transformação de diversos cargos da Administração municipal, com alteração de níveis de classe, sem observância da vedação à investidura sem concurso público. Rejeição das preliminares. Julgados do Supremo Tribunal Federal que demonstra a admissibilidade, em tese, do questionamento da inconstitucionalidade em abstrato de leis. Nulidade da citação, alegada que não pode ser acatada, porquanto não tenham sido citados todos os vereadores que estiveram presentes na votação das leis aqui atacadas, certo é que a notificação da Câmara foi feita na pessoa de seu Presidente. Ilegitimidade passiva da Câmara Municipal que não pode se sustentar, uma vez que é ela a fonte de onde emanam as leis, ainda que a iniciativa seja de outro Poder,

devendo, por fim, apenas prestar as necessárias informações. No mérito, provas de que diversos cargos foram transformados e unificados, apesar de terem formas de provimento e concursos diferenciados, dispensa. Cargos com naturezas distintas e de atribuições diversas. Impossibilidade das transformações tal como operadas. Existência de transferência ou reenquadramento de cargo permanente com burla ao princípio do concurso público, contrariando mansa e pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Explícita violação à norma estampada no art. 77, inc. II, da Constituição Estadual. Ausência de similitude dos requisitos exigidos para ocupação dos diversos cargos unificados. Presença do alegado vício de inconstitucionalidade. Burla ao princípio do concurso público. Efeito ex nunc. Procedência da representação." (ADI 0018846-95.2002.8.19.0000, Rel. Des. Nilza Bitar, Órgão Especial, Julgamento: 11/01/2010)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DO ARTIGO 9º, II e 16 DA LEI Nº 128, DE 24 DE JULHO DE 1992, DO MUNICÍPIO DE CONCEIÇÃO DE MACABU. NORMAS QUE AUTORIZAM A ASCENÇÃO FUNCIONAL E PERMITEM QUE OS SERVIDORES EM DESVIO DE FUNÇÃO POR MAIS DE DOIS ANOS SEJAM ENQUADRADOS EM CARGO COMPATÍVEL COM O DESVIO. A ASCENSÃO FUNCIONAL FOI PROSCRITA DA ORDEM JURÍDICA PELO ARTIGO 37, II, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, CUJO TEOR FOI ENCAMPADO PELO ARTIGO 77, II DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS IMPUGNADAS."

(ADI 0015295-58.2012.8.19.0000, Rel. Des. Edson Scisínio Dias, Órgão Especial, Julgamento: 21/01/2013)

"Representação por Inconstitucionalidade do artigo 12 das Disposições Transitórias da Lei Orgânica do Município de São Gonçalo e dos artigos 20, caput, III, 24 e 25 da

Resolução número 33/90 da Câmara Municipal de São Gonçalo, que dispõem sobre ascensão funcional e transferência de servidores, como formas de provimento derivado. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. Rejeição. As normas impugnadas não têm efeito concreto, dirigindo-se indiscriminadamente a todos que estejam na dada situação de fato, pouco importando seja reduzido e determinado o grupo atingido. Em suma, os atos impugnados são suscetíveis do controle abstrato de constitucionalidade. São inconstitucionais o artigo 12 das Disposições Transitórias da Lei Orgânica do Município de São Gonçalo, bem como os artigos 20, caput, III, 24 e 25 da Resolução número 33/90 da Câmara Municipal de São Gonçalo, por violação ao disposto no artigo 77, caput, incisos II e XI da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e 37, II, da Constituição da República. Representação procedente."

(ADI 0032728-85.2006.8.19.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Salim Jose Chalub, Julgamento: 08/10/2007)

"REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE - CRIAÇÃO DOS CARGOS EM COMISSÃO DE ASSESSOR JURÍDICO E DE COORDENADOR DE ATIVIDADES JURÍDICAS COM AS MESMAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE PROCURADOR MUNICIPAL, SOMENTE SUPRIDO PELA VIA DO CONCURSO PÚBLICO - MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL Nº 2.103/2017 E, POR ARRASTAMENTO, DO DECRETO Nº 19/2017, NO QUE DIZ RESPEITO À CRIAÇÃO, REGULAMENTAÇÃO E ATRIBUIÇÕES DOS MENCIONADOS CARGOS - PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO."

(ADI 0057454-40.2017.8.19.0000, Rel. Des. Adriano Celso Guimarães, Órgão Especial, Julgamento: 22/07/2019)

Como bem salientou o ilustre Procurador de Justiça a fls. 740/746, *in verbis*:

"Com efeito, como já consignado nos autos, a lei questionada altera a nomenclatura e as atribuições do cargo efetivo de Assistente Jurídico, passando a denomina-lo "Advogado Municipal", sendo certo que, originalmente, as atribuições previstas para o cargo de Assistente Jurídico indicavam o seu caráter meramente assistencial, seja de apoio administrativo, no exercício de atividades burocráticas, ou intelectual, na realização de pesquisas.

Em que pesem mínimas alterações de atribuições (que continuavam indicando seu caráter auxiliar) e vinculação (o cargo deixou de integrar a Fundação Municipal de Cultura, passando à Procuradoria-Geral do Município), desde a promulgação da Lei Complementar nº 193/2011 até o advento da Lei Complementar nº 224/2013, os requisitos para provimento no cargo permaneceram os mesmos, ou seja, curso de nível superior completo em Direito e registro no respectivo Conselho de Classe (Ordem dos Advogados do Brasil - OAB).

Com o advento da norma ora impugnada, contudo, o cargo de Assistente Jurídico (agora, Advogado Municipal) é alçado a um patamar mais elevado, passando a verdadeiro protagonista das atividades de assessoria e consultoria jurídica, antes desempenhada na qualidade de mero coadjuvante. É dizer, por exemplo, nos exatos termos da Lei, que quem antes prestava "assistência à Procuradoria Geral na consultoria e assessoramento aos órgãos e entidades da Administração Indireta" (inciso I do §6º do artigo 5º da LC nº 224/2013), agora presta "assessoria e consultoria jurídica aos órgãos e às entidades da Administração Pública Municipal". De semelhante modo, quem antes auxiliava "na elaboração de pareceres, relatórios técnicos ou informações em processos administrativos" (Anexos da LCs n os 193/2011, 196/2011 e 203/2012), agora elabora "pareceres, contratos e demais documentos de natureza jurídica".

Dessume-se do exposto que ocorreu uma nítida transformação do cargo de Assistente Jurídico no cargo de Advogado Municipal, sendo certo que o fenômeno da transformação de cargos "nada mais é do que a extinção e a criação simultânea de cargos: um desaparece para dar lugar a outro"

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2013, p. 615).

A princípio, tem-se que a transformação de cargos encontra-se inserida no âmbito da discricionariedade da Administração Pública para a reestruturação de seus quadros. Tal liberdade, entretanto, encontra-se condicionada à observância de limites impostos pela ordem constitucional, dentre os quais destaca-se especialmente a regra do concurso público de provas ou de provas e títulos, além dos princípios constitucionais que a inspiram.

Isso porque, com o advento da Constituição de 1988 e a conseqüente exigência de concurso para a investidura em cargo público, o acesso (ou ascensão) e a transferência deixaram de constituir formas de provimento derivado, de modo que hoje, a partir da investidura no cargo, o servidor deve exercer as funções a ele inerentes e a nenhum outro.

Se o cargo integra carreira distinta daquela do servidor, só poderá ser por este ocupado em caso de aprovação em novo concurso público. Nesta esteira, aliás, foi aprovado o enunciado de súmula nº 685 do Supremo Tribunal Federal, posteriormente convertido no enunciado de súmula vinculante nº 43:

'É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido'.

Com efeito, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a transformação de cargos apenas atenderá à regra do concurso público, sendo, portanto, possível, quando presentes os seguintes requisitos cumulativamente: (i) similaridade de atribuições ou funções; (ii) similaridade de requisitos para provimento; e (iii) similaridade de remuneração.

Nesse sentido, confira-se a ementa do acórdão prolatado na ADI nº 2.713/DF (grifamos):

'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 11 E PARÁGRAFOS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 43, DE 25.06.2002, CONVERTIDA NA LEI Nº 10.549, DE 13.11.2002. TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO EM CARGOS DE ADVOGADO DA UNIÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 131, CAPUT; 62, §1º, III; 37, II E 131, §2º, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Preliminar de ilegitimidade ativa "ad causam" afastada por tratar-se a Associação requerente de uma entidade representativa de uma categoria cujas atribuições receberam um tratamento constitucional específico, elevadas à qualidade de essenciais à Justiça. Precedentes: ADI nº 159, Rel. Min. Octavio Gallotti e ADI nº 809, Rel. Min. Marco Aurélio. Presente, de igual modo, o requisito da pertinência temática, porquanto claramente perceptível a direta repercussão da norma impugnada no campo de interesse dos associados representados pela autora, dada a previsão de ampliação do Quadro a que pertencem e dos efeitos daí decorrentes. Não encontra guarida, na doutrina e na jurisprudência, a pretensão da requerente de violação ao art. 131, caput da Carta Magna, uma vez que os preceitos impugnados não afrontam a reserva de lei complementar exigida no disciplinamento da organização e do funcionamento da Advocacia-Geral da União. Precedente: ADI nº 449, Rel. Min. Carlos Velloso. Rejeição, ademais, da alegação de violação ao princípio do concurso público (CF, arts. 37, II e 131, §2º). É que a análise do regime normativo das carreiras da AGU em exame apontam para uma racionalização, no âmbito da AGU, do desempenho de seu papel constitucional por meio de uma completa identidade substancial entre os cargos em exame, verificada a compatibilidade funcional e remuneratória, além da equivalência dos requisitos exigidos em concurso. Precedente: ADI nº 1.591, Rel. Min. Octavio Gallotti. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.'

De semelhante modo, já se manifestou o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça em variadas ocasiões (grifamos):

'Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Leis n. 955/89 e 981/90, do Município de Duque de Caxias. Reorganização de plano de carreira de servidores estatutários municipais. Hipóteses de transferência e transformação de diversos cargos da Administração municipal, com alteração de níveis de classe, sem observância da vedação à investidura sem concurso público. Rejeição das preliminares. Julgados do Supremo Tribunal Federal que demonstra a admissibilidade, em tese, do questionamento da inconstitucionalidade em abstrato de leis. Nulidade da citação, alegada que não pode ser acatada, porquanto não tenham sido citados todos os vereadores que estiveram presentes na votação das leis aqui atacadas, certo é que a notificação da Câmara foi feita na pessoa de seu Presidente. Ilegitimidade passiva da Câmara Municipal que não pode se sustentar, uma vez que é ela a fonte de onde emanam as leis, ainda que a iniciativa seja de outro Poder, devendo, por fim, apenas prestar as necessárias informações. No mérito, provas de que diversos cargos foram transformados e unificados, apesar de terem formas de provimento e concursos diferenciados, dispensa. Cargos com naturezas distintas e de atribuições diversas. Impossibilidade das transformações tal como operadas. Existência de transferência ou reenquadramento de cargo permanente com burla ao princípio do concurso público, contrariando mansa e pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Explícita violação à norma estampada no art. 77, inc. II, da Constituição Estadual. Ausência de similitude dos requisitos exigidos para ocupação dos diversos cargos unificados. Presença do alegado vício de inconstitucionalidade. Burla ao princípio do concurso público. Efeito ex nunc. Procedência da representação.'

(RI nº 0018846-95.2002.8.19.0000, Des. Rel. Nilza Bitar, julgamento em 11/01/2010)

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 2.883, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2011, DO MUNICÍPIO DE RESENDE, A QUAL DISPÕE SOBRE A TRANSFORMAÇÃO DO CARGO DE MONITOR DE CRECHE NO CARGO DE EDUCADOR DE DESENVOLVIMENTO INFANTIL EM CRECHE. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDOU O ENTENDIMENTO DE QUE A REORGANIZAÇÃO DO QUADRO DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ATRAVÉS DA TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS SÓ ESTARÁ EM HARMONIA COM AS NORMAS CONSTITUCIONAIS, DESDE QUE PRESENTES OS REQUISITOS DA COMPATIBILIDADE DE ATRIBUIÇÕES/FUNÇÕES, DA SIMILARIDADE DE REMUNERAÇÃO E DA EQUIVALÊNCIA DOS REQUISITOS EXIGIDOS EM CONCURSO PÚBLICO ENTRE OS RESPECTIVOS CARGOS. VÍCIO DE ORDEM MATERIAL. LEI HOSTILIZADA QUE PERMITIU QUE SERVIDORES ORIGINALMENTE ADMITIDOS EM CARGOS QUE EXIGIAM APENAS O ENSINO FUNDAMENTAL PASSASSEM A OCUPAR CARGOS QUE DEMANDAM GRAU DE ESCOLARIDADE DE NÍVEL MÉDIO OU SUPERIOR, CONFIGURANDO FORMA DE PROVIMENTO DERIVADO, VEDADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ESTADUAL POR VIOLAR O PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. PRECEDENTES DESTA CORTE. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 77, INCISO II DA CARTA ESTADUAL QUE REPRODUZ O ARTIGO 37, INCISO II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS EX TUNC À PRESENTE DECLARAÇÃO, APENAS, RESSALVANDO QUE OS VALORES INCONSTITUCIONAIS RECEBIDOS NÃO DEVERÃO SER DEVOLVIDOS, POR SEREM VERBAS DE CARÁTER ALIMENTAR E EM PRESTÍGIO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ, DEIXANDO OS SERVIDORES MUNICIPAIS DE RECEBEREMTAIS VALORES A PARTIR DESTA DATA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.'

(RI nº 0061190-66.2017.8.19.0000 - De. Rel. Luiz Zveiter, julgamento em 09/07/2018)

Note-se que, na ADI nº 2713/DF, a transformação dos cargos atendeu aos referidos parâmetros, razão pela qual o pedido veiculado pela ação direta foi julgado improcedente.

O mesmo, contudo, não pode ser dito relativamente à Lei Complementar nº 272/2017, que, promovendo a alteração não apenas da denominação do cargo de Assistente Jurídico, mas também de suas atribuições, incorreu em violação à regra do concurso público, inscrita no artigo 77, inciso II, da Constituição Estadual, e dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade, expressos nos artigos 9º, §1º e 77, caput, do mesmo diploma constitucional.

Com efeito, a exigência de concurso público como regra geral para o ingresso nos quadros de servidores da Administração Pública é corolário destes importantes princípios constitucionais regentes da Administração Pública. A esse propósito, colaciona-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal (grifamos):

'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO "CARGOS EM COMISSÃO" CONSTANTE DO CAPUT DO ART. 5º, DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º E DO CAPUT DO ART. 6º; DAS TABELAS II E III DO ANEXO II E DAS TABELAS I, II E III DO ANEXO III À LEI N. 1.950/08; E DAS EXPRESSÕES "ATRIBUIÇÕES", "DENOMINAÇÕES" E "ESPECIFICAÇÕES" DE CARGOS CONTIDAS NO ART. 8º DA LEI N. 1.950/2008. CRIAÇÃO DE MILHARES DE CARGOS EM COMISSÃO. DESCUMPRIMENTO DOS ARTS. 37, INC. II E V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A legislação brasileira não admite desistência de ação direta de inconstitucionalidade (art. 5º da Lei n. 9.868/99). Princípio da Indisponibilidade. Precedentes. 2. A ausência de aditamento da inicial noticiando as alterações promovidas pelas Leis tocantinenses ns. 2.142/2009 e 2.145/2009 não importa em prejuízo da Ação, pela ausência de

comprometimento da essência das normas impugnadas. 3. O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 evidencia a inobservância do princípio da proporcionalidade. 4. A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos. A não submissão ao concurso público fez-se regra no Estado do Tocantins: afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição da República. Precedentes. 5. A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão, não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais. 6. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República. Precedentes. 7. A delegação de poderes ao Governador para, mediante decreto, dispor sobre "as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado", é inconstitucional porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei. 8. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º, caput, e parágrafo único; art. 6º; das Tabelas II e III do Anexo II e das Tabelas I, II e III do Anexo III; e das expressões "atribuições", "denominações" e "especificações" de cargos contidas no art. 8º da Lei n. 1.950/2008. 9. Definição do prazo máximo de 12 (doze) meses, contados da data de julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, para que o Estado faça a substituição de todos os servidores nomeados ou designados para ocupação dos cargos criados na forma da Lei tocantinense n. 1.950.' (STF, ADI nº 4.125/TO, Min. Cármen Lúcia, julgamento em 10/06/2010)"

Dessa forma, há flagrante vício material na Lei Complementar nº 272/2017 do Município de Macaé, por vulnerar os artigos 9º, §1º, e 77, *caput* e inciso II, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e os artigos 5º, I, e 37, *caput* e inciso II, da Constituição Federal, cuja inconstitucionalidade é de ser reconhecida, com efeitos *ex tunc*, a fim de ensejar o desfazimento das transformações de cargos já formalizadas pela Municipalidade, com o afastamento, porém, da obrigação de restituição dos eventuais valores recebidos a maior pelos agentes públicos que se beneficiaram do ato normativo, aqui reputado inconstitucional, até a data de julgamento da presente Representação por Inconstitucionalidade, dada a natureza alimentar das verbas percebidas em situação de aparente boa-fé.

EM FACE DO EXPOSTO, julgo procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade Lei Complementar nº 272/2017 do Município de Macaé, na forma acima assinalada, com efeitos *ex tunc*, prejudicada a apreciação da suspensão cautelar.

Rio de Janeiro, 10 de agosto de 2020

**MARIA INÊS DA PENHA GASPAR
DESEMBARGADORA RELATORA**

Acr/1607