



DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0076029-91.2020.8.19.0000

REPTE: EXMO. SR. PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REPDO: EXMO. SR. PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TRAJANO DE MORAES

REPDO: EXMO. SR. PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TRAJANO DE MORAES

RELATOR: DES. JOSÉ CARLOS VARANDA DOS SANTOS

Representação de Inconstitucionalidade por omissão. Município de Trajano de Moraes. Ausência de legislação local que defina percentual de cargos em comissão reservados a ocupantes de cargo efetivo. Artigo 37, V, da CRFB. Omissão que, embora não impeça a nomeação de servidores, afronta os Princípios da Moralidade, Impessoalidade e Eficiência, que devem nortear o atuar da Administração. Omissão que se reconhece. Fixação do prazo de 180 dias para a edição da norma pertinente, sob pena de aplicação do percentual mínimo de 50% do total de cargos comissionados destinados aos servidores efetivos. Percentual que não se afigura exagerado, uma vez que o prazo para deliberação pelo legislador local revela-se razoável e suficiente. Provimento.



Vistos, relatados e discutidos estes autos da Representação de Inconstitucionalidade por omissão entre as partes acima mencionadas.

ACORDAM os Desembargadores componentes da E. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em **julgar procedente** os pedidos deduzidos na presente ação.

Decisão () unânime (x) maioria.

Adota-se o relatório já lançado aos autos.

1. O i. Procurador de Justiça examinou com inegável acerto a presente controvérsia.

2. Assim, decidem adotando o d. Parecer de fls. 58/65 e sua percuciente fundamentação se transcreve *per relationem* – STJ – ARE nº428.932 – MT, Relator Min. Marco Buzzi, julgado em 09/12/2013 e STF – AR no em HC nº 138.648- SC, Relator Min. Roberto Barroso, julgado em 12/10/2018:

Como afirmado na inicial, a redação originária do art. 37, V, da Carta Política dispunha que os cargos em comissão e as funções de confiança seriam exercidos preferencialmente por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei.

Essa norma foi alterada pela EC nº 19/98, que estatuiu que as funções de confiança seriam exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo; que os cargos em comissão seriam preenchidos por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei e que tanto as funções de confiança, como os cargos em



comissão estão reservados às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

As modificações sob comento visaram, indiscutivelmente, a concretizar os princípios de moralidade, impessoalidade e eficiência inscritos no art. 37, caput, da Lei Básica e reproduzidos no art. 77, caput, da Carta Fluminense. Limitam-se, assim, os casos de nepotismo e de clientelismo político, em benefício do interesse público na otimização e profissionalização da Administração. Outrossim, a restrição das funções de confiança e dos cargos em comissão ao desempenho de atribuições de direção, chefia e assessoramento leva em conta o princípio geral do concurso como forma de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, bem como a necessidade de enxugar a máquina pública, em atenção ao imperativo da responsabilidade fiscal na gestão dos recursos públicos.

Em resultado, deve a lei estabelecer um percentual de cargos em comissão a serem providos por servidores de carreira, cuja qualificação e expertise já teriam sido comprovadas pela sua prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

É verdade que, a despeito da falta de regulamentação dessa regra, não está o administrador impedido de nomear servidores de carreira para os cargos de provimento em comissão, como argumenta a Procuradoria-Geral do Estado. **Mas, se essa possibilidade atendia parcialmente à redação anterior do art. 37, V, do Estatuto Federal, que estipulava o provimento desses cargos preferencialmente por servidores de carreira ocupantes de cargos técnicos ou profissionais, essa discricionariedade outorgada ao administrador passou a ser limitada a partir da alteração impressa pela EC nº 19/98. É mister que cada ente da Federação estipule os casos, condições e o percentual mínimo de cargos em comissão a serem destinados a servidores efetivos, o que deu origem, por conseguinte, a um dever de legislar de que ainda não se desincumbiu o Município de Trajano de Moraes,**



apesar do decurso de mais de 20 anos desde a referida alteração constitucional. Trata-se, afinal, de fazer prevalecer os princípios da moralidade, impessoalidade, interesse público e eficiência, que devem nortear o atuar da Administração, além de impedir-se o inchaço da máquina pública e de promover-se o cumprimento das normas de responsabilidade fiscal, notadamente as que estabelecem limites máximos para as despesas com pessoal (art. 213 da Constituição Estadual c/c artigos 19 e 20 da Lei Complementar acional n.º 101/2000). (grifos nossos)

Oportuno, neste ponto, distinguir entre normas de eficácia contida e de eficácia limitada. Aquelas reclamam atuação legislativa para reduzir o seu alcance, como é o caso da regra do art. 37, I, da CF, segundo a qual os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.

Já as normas de eficácia limitada, como a do art. 37, V, da Lex Legum, veiculam princípio institutivo ou organizatório, razão por que necessitam, para se tornarem eficazes, de complementação pelo legislador.

Na dicção de Marcelo Novelino:

“São normas de conteúdo eminentemente organizatório e regulativo dependentes de intermediação legislativa para estruturar entidades, órgãos ou instituições contemplados no texto constitucional. Têm por característica fundamental indicar uma ‘legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação.’ O constituinte limita-se a traçar esquemas gerais reservando ao legislador ordinário **a função de complementá-los conforme os critérios, requisitos, condições e circunstâncias previstas na norma.**” (sem grifo no original)

Tampouco se pode ver afronta ao princípio da separação de poderes na formulação pelo Judiciário de uma regra para disciplinar provisoriamente os casos,



condições e percentual mínimo de provimento de cargos em comissão por servidores de carreira, se persistir a mora dos Representados depois de esgotado o prazo assinado por esse E. Órgão Especial para a edição da lei regulamentadora. Essa possibilidade, já admitida nas AADDOO nº 25/DF e 26/DF, como indicado na exordial, objetiva conferir eficácia concreta ao controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão, superando o estado de inconstitucionalidade até que Executivo e Legislativo exerçam o múnus de conferir eficácia ao texto constitucional.

Da mesma forma, a aplicação analógica de disposição da Lei federal nº 8.460/92 para colmatar, provisoriamente, o vácuo legislativo, observa a previsão do art. 4º, da LINDB, que encarrega o Judiciário de preencher as lacunas do ordenamento jurídico, mediante a extração de normas que se encontram potencialmente no próprio sistema.

Conforme o antigo, mas ainda atual ensinamento de Carlos Maximiliano,

(...) toda a legislação, graças à unidade do objetivo, que é disciplinar a utilidade social, e à unidade da ideia fundamental, que é assegurar a justiça, constitui um organismo com forças latentes de adaptação e expansão, encerra o germe de uma série de normas não expressas, porém vivazes e implícitas no sistema. O mesmo princípio contido numa regra legal é logicamente estendido a outras hipóteses não previstas. Deste modo o Direito Positivo regula, ora direta, ora indiretamente, todas as relações sociais presentes e futuras, visadas, ou não, pelos elaboradores dos Códigos. O elemento supletório de maior valor é a analogia, que desenvolve o espírito das disposições existentes e o aplica a relações semelhantes na essência.

Tal processo prevalece no Direito pátrio desde época remota. Sempre se entendeu incumbir aos magistrados preencher as lacunas do Direito; porque a universalidade deste é tão essencial como a sua unidade; nele deve notar-se uma



consequência íntima, harmonia orgânica; e em tal pressuposto se funda a analogia.

Não há, assim, qualquer repto ao princípio da separação de poderes, mas simples extensão temporária de uma regra existente no sistema normativo a uma situação análoga, como prevê o princípio *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*.

Na mesma direção, aliás, tem trilhado o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como demonstram as ementas adiante transcritas:

“INCONSTITUCIONALIDADE. Alegação preliminar de que o percentual de cargos em comissão efetivamente preenchidos por servidores efetivos não altera a inconstitucionalidade arguida. Preliminar se confunde com o mérito, e com ele analisado. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Jacareí. Art. 53 da Lei Municipal nº 5.498, de 07 de julho de 2010, fixando percentual mínimo de 5% dos cargos em comissão, na estrutura administrativa direta e indireta, a serem preenchidos por servidores efetivos. (a) Percentual desproporcional e atentatório à regra do concurso público e aos princípios da legalidade e moralidade. Violação aos arts. 111 e 115, inciso V da CE. (b) Modulação dos efeitos. 180 dias contados da data do julgamento (art. 27 da Lei nº 9.868/99). Persistindo a omissão, após o prazo estabelecido, o percentual será fixado em 50%. Ação procedente.”

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Municipal que fixa em quatro por cento o percentual mínimo de cargos de provimento em comissão a serem ocupados por servidores de carreira. A atividade legislativa não pode ser exercida de forma abusiva, o de modo a tornar inócua previsão constitucional. Normativa que afronta o princípio da razoabilidade. Concessão de prazo de 180 dias para edição de nova lei regulamentando a matéria, sob pena de ser aplicado percentual mínimo de cinquenta-por-cento. Pedido julgado procedente.”



É verdade que, de acordo com a orientação fixada pelo STF na Tese nº 1.010 da repercussão geral, o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar.

Bem por isso, a formulação, neste processo, de norma que estabeleça o percentual de 50% dos cargos em comissão de direção, chefia e assessoramento a serem preenchidos por servidores de carreira **tem caráter meramente subsidiário, a vigorar apenas se escoar in albis o prazo assinado para a elaboração da norma pelo Legislativo, incumbindo aos representantes do Município de Trajano de Moraes fixar em definitivo esse percentual com base nas contingências locais, como o número exato de cargos efetivos e comissionados existentes na sua estrutura organizacional.** (grifos nossos)

3. Assim, sendo, julga-se procedente o pedido para declarar a existência de mora legislativa do Município de Trajano de Moraes, pela ausência de norma legal que estabeleça condições e percentuais mínimos para que servidores efetivos ocupem cargos em comissão criados no âmbito da Administração Municipal, e fixar o prazo de 180 dias para a edição da norma pertinente, sob pena de aplicação do percentual mínimo de 50% do total de cargos comissionados para os servidores efetivos.

R.J. 19/07/2021.

DES. JOSÉ CARLOS VARANDA
RELATOR