

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA DE MARICÁ - RJ

Inquérito Civil MPRJ 20190116480

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, por meio da Promotoria de Justiça em epígrafe, no uso de suas atribuições legais, com fundamento nos artigos 37, “*caput*”, inciso II e XXI, e parágrafos 2º e 127, “*caput*” e 129, inciso III da Constituição Federal, bem como, com fundamento nas disposições contidas na Lei nº 7.347/85, vem, perante Vossa Excelência, oferecer a presente

**ACÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE
TUTELA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA**

em face do **MUNICÍPIO DE MARICÁ** pessoa jurídica de direito público interno, inscrito no CNPJ sob o nº 29.131.075/0001-93, por meio de seu representante legal, situado na Rua Álvares de Castro, nº 346, Bairro Centro, Maricá/RJ, CEP: 24900-000, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I. DOS FATOS

Em outubro 2019 foi publicado o Edital nº 02/2019 pelo Município de Maricá, destinado ao preenchimento de 200 vagas de Guardas Municipais, bem como à formação de cadastro reserva para preenchimento das vagas que, porventura, fossem autorizadas no futuro.

Em razão de algumas possíveis irregularidades, foi instaurado o inquérito civil em epígrafe, mas as primeiras notícias não se confirmaram e o feito seguiu acompanhando o processo seletivo.

O concurso teve seus trâmites regulares, até que, advindo a pandemia do novo Coronavírus, o processo seletivo foi alcançado no momento em que já tinham sido realizadas todas as provas e publicadas as devidas listagens, faltando apenas a realização da etapa do Curso de Formação, após o que o certame seria homologado.

Ocorre que em razão da paralisação havida em todos os setores pela crise sanitária, a Administração Pública de Maricá emitiu a Nota Oficial nº 26, alterando os termos do edital, passando o Curso de Formação para etapa de capacitação do estágio probatório, deixando de ser parte integrante do concurso.

Com isso, finda a investigação social, foi então homologado o resultado final do concurso em 30 de junho de 2020, com as devidas publicações da lista dos aprovados nos veículos oficiais.

Todavia, em decorrência das limitações legislativas oriundas das normas eleitorais (eleições municipais de 2020), os aprovados no concurso, devidamente homologado, não foram nomeados para o início do curso de formação.

Ultimadas as eleições, diplomados os eleitos e cessada a vedação eleitoral, os aprovados ainda não foram nomeados. Insatisfeitos, realizaram protesto na frente do Fórum no mês de dezembro e seguem se mobilizando.

A Guarda Municipal de Maricá atua em desconformidade com o percentual mínimo estabelecido pela Lei nº 13022/14, uma vez que não possui o mínimo de efetivo ali estabelecido, sendo esse um dos fundamentos do concurso público deflagrado.

A municipalidade alega vedação pela Lei Complementar nº 173/20 para não realizar as nomeações, todavia, como se buscará mostrar, há interpretação equivocada da municipalidade acerca da *quaestio*.

II. DA LEGITIMIDADE DE AGIR E DO INTERESSE PROCESSUAL.

No que concernem à legitimidade ativa *ad causam* e ao interesse de agir, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, como Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, age na presente demanda em defesa de interesse indisponível da sociedade, nos limites da lei.

De efeito, como é sabido e ressabido, o legislador constituinte de 1988 preocupado com o patrimônio público e a moralidade administrativa na expressão da própria sobrevivência do Estado, outorgou uma legitimação extraordinária (um poder-dever) para que sempre venha a ser perseguida a respectiva proteção em juízo.

Reza a nossa Carta Magna:

“Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Indiscutível, assim, a pertinência subjetiva da ação, no objetivo maior de aplicação plena das disposições legais e constitucionais que vedam a prática de atos que causam prejuízo ao patrimônio público.

Por sua vez, ressalte-se que nenhuma opção é dada ao órgão agente do Ministério Público a vista do caso concreto, pois, como observa José Marcelo Menezes de Aguiar:

“delimitado o objeto do conflito metaindividual de interesses, concluindo-se, ainda, pela individualização da responsabilidade do dano ou ameaça, a ação civil pública deverá ser ajuizada. Esse o real significado da obrigatoriedade da ação civil pública, vale dizer, desde que comprovada a ameaça, ou o efetivo dano, e desde que se conheça o agente causador do dano, ou que ameaça o interesse transindividual, não haverá qualquer juízo de conveniência e oportunidade por parte do Ministério Público: o ajuizamento da ação civil pública torna-se um imperativo”(Ação Civil Pública, pág. 92).

No presente caso, está configurada a legitimidade ativa do *Parquet*.

III. DO DIREITO

III.1. DA SEGURANÇA PÚBLICA MUNICIPAL

A segurança pública aparece na Constituição Federal no art. 144, assim definida:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

[...]

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Note-se que as Guardas Municipais não estão expressamente definidas como obrigatórias pela Constituição, mas sua previsão está no artigo da segurança pública, o que torna indiscutível essa sua natureza.

Reforçando tal posicionamento, é digno de destaque o artigo 9º da Lei nº 13.685/2019 que disciplina a organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, que regulamenta o artigo 144, §7º da Constituição Federal:

Art. 9º. É instituído o Sistema Único de Segurança Pública (Susp), que tem como órgão central o Ministério Extraordinário da Segurança Pública e é integrado pelos órgãos de que trata o art. 144 da Constituição Federal, pelos agentes penitenciários, **pelos guardas municipais** e pelos demais integrantes estratégicos e operacionais, que atuarão nos limites de suas competências, de forma cooperativa, sistêmica e harmônica

(...)

§ 2º São integrantes operacionais do Susp:

(...)

VII - guardas municipais (grifos postos);

Nessa toada, foi editada a Lei Federal nº 13.022/14 que dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais, repositórios de normas gerais que cada município que optar em ter sua Guarda deverá observar e complementar, editando seus próprios diplomas.

Impõe destacar que a aludida norma disciplina no art. 7º os percentuais mínimos para a composição da força de segurança, de acordo com o número de população, o que resulta, no caso de Maricá, uma tropa de pelo menos 200 guardas, efetivo que não existe hodiernamente e que este concurso em trâmite teve como objeto exatamente corrigir.

Este mesmo diploma legal é expresso no art. 9º em determinar que os cargos de Guarda Municipal são de servidores públicos organizados em carreira única, *ex vi*:

Art. 9º A guarda municipal é formada por servidores públicos integrantes de carreira única e plano de cargos e salários, conforme disposto em lei municipal.

Ainda no plano nacional, se destaca o SUSP, Sistema Único de Segurança Pública, instituído pela Lei nº 13765/18 que corrobora o papel da Guarda Municipal na Segurança Pública, como pontuado alhures, e as diretrizes da Lei nº 13.022/14.

No âmbito municipal, o Município de Maricá possui legislação sobre a Guarda Municipal, a Lei Complementar nº 175 de 2008, que dispõe sobre o seu estatuto, destacando-se a forma de provimento dos cargos por concurso público e sua natureza de

serviço essencial, típico de Estado, não passível de exercício por terceiros não investidos na função por meio do devido concurso.

E diante de seus quadros insuficientes, o Município de Maricá em 2019 editou a Lei nº 312, de 30 de maio de 2019, criando 200 vagas na Guarda Municipal.

Daí decorre que na situação atual, o Município tem carência de pessoal para recompor e adequar o efetivo de sua Guarda Municipal, todavia possui aprovados em concurso aptos a atender a essa demanda, restando pendente somente o ato de nomeação, o que se busca por meio da presente ação, vez que até o presente o Município de Maricá não o fez.

III.2. DA OBRIGATORIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO

É de sabença geral que a admissão ao serviço público se dá por meio do concurso público, como dispõe o art. 37, II, da Constituição Federal. A Carta Constitucional admite outras formas de ingresso para situações especiais, como para o exercício de cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração e as contratações temporárias.

Todavia, ambas as formas excepcionais não se aplicam quando se fala no exercício da função afeta à Guarda Municipal. O Poder de Polícia por este desempenhado e as exigências legais de seus cargos inviabilizam que esta mão de obra possa ser acessada por nomeação outra que não a oriunda do concurso público.

Logo, disso decorre que a prestação do serviço público em segurança municipal só se dá por meio da Guarda Municipal, recrutada por concurso público, nomeada para cargos efetivos, criados por lei.

No caso dos autos, tem-se exatamente esta hipótese devidamente configurada. A necessidade da prestação do serviço público e da força de trabalho que foi corretamente recrutada por meio do concurso público.

Não nomear os aprovados significa recusa na prestação do serviço e risco à ordem pública, pois a Guarda sem agentes não pode promover suas funções e não pode ser substituída por agente temporário ou por ocupante de cargo em comissão.

No atual cenário de pandemia ainda mais grave e imperiosa a nomeação, pois os agentes hoje na ativa estão exaustos e à beira de um colapso.

III.3. DA OBRIGATORIEDADE DE NOMEAÇÃO DOS APROVADOS

Neste esteio, se descortina também evidente o direito que ora se argui, já objeto de decisão no Supremo Tribunal Federal, em tema de repercussão geral:

“O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. **Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1 - Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 - Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 - Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.** (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837311Relator(a): Min. LUIZ FUX Acórdão da Repercussão Geral. Acórdão do Mérito. Julgamento: 09/12/2015 Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016) Grifos desta Promotora de Justiça.

O julgado acima do STF pacificou o entendimento de que é direito subjetivo do aprovado em concurso público dentro do número de vagas do edital a sua nomeação.

Daí decorre que os 200 aprovados no certame da Guarda Municipal possuem o direito subjetivo de serem nomeados, não podendo haver recusa da Administração, nem sob o fundamento de que a Lei nº 173/20 impõe vedação.

Há centenas de julgados em Mandados de Segurança nas dezenas de Tribunais do país no sentido de se aplicar o entendimento do STF no tema.

Interessante sublinhar a decisão abaixo do próprio Supremo Tribunal Federal sobre a questão, quando o Estado do Mato Grosso acionou a Suprema Corte, tentando obstar as decisões contra si exaradas:

“Cuida-se de pedido de suspensão de segurança, apresentado pelo Estado do Mato Grosso, contra diversas decisões do Tribunal de Justiça daquele estado, visando obstar o cumprimento de provimentos concessivos de segurança, cujos conteúdos e repercussão estariam causando grave lesão à ordem e à economia públicas.

Segundo consta dos autos, foram deferidas diversas liminares, em mandados de segurança, referentes a inúmeros concursos públicos, alguns já vencidos e relacionados a candidatos aprovados dentro do número de vagas previstos em edital.

Contudo, desde o ano de 2019 o requerente esteve legalmente impossibilitado de realizar novas nomeações, em virtude do estado de calamidade financeira, recentemente agravado, em virtude da pandemia do COVID-19.

Defendeu a competência do STF para apreciação da questão, bem como a legitimidade da Procuradoria-Geral do Estado, para sua propositura, e seu perfeito cabimento para a hipótese retratada nos autos, destacando a grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, representada pela proliferação das decisões atacadas, notadamente em face da ausência de recursos orçamentários disponíveis para fazer frente a todas essas nomeações.

Acrescentou que foi editada a Lei Complementar estadual nº 614/2019, como instrumento para o enfrentamento a grave crise financeira e orçamentária que o requerente atravessa, em que consta a automática suspensão dos prazos de validade dos concursos públicos já homologados.

Aduziu que essas nomeações, no presente momento, acarretam verdadeiro caos na Administração Pública do requerente, ressaltando, ainda, a inobservância, pelas decisões atacadas, da cláusula de reserva de Plenário e a admissibilidade, pela jurisprudência deste STF e do STJ, de que, em situações excepcionais, não sejam nomeados candidatos aprovados em concursos públicos.

Discorreu, na sequência, sobre esses tópicos, para defender a possibilidade de suspensão dessas decisões regionais, postulando,

assim, a sustação de seus efeitos, até o final deste ano, ou até o restabelecimento do estado de normalidade social.

É o relatório.

Decido:

A suspensão dos efeitos de decisões concessivas de segurança, de liminar, de tutela antecipada e de tutela provisória, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, tem seu deferimento condicionado à rigorosa análise de seus pressupostos, quais sejam: a constatação da natureza constitucional da controvérsia originária, e a demonstração do potencial lesivo à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, decorrente da manutenção da decisão atacada.

No presente caso, a controvérsia em discussão deriva de diversas ações mandamentais que impuseram ao requerente o dever de nomear candidatos aprovados em concursos públicos, dentro do número de vagas previstas em edital, o que enseja a apreciação por parte desta Suprema Corte, uma vez que vinculada à aplicação do art. 37, incs. II e IV, da Constituição Federal.

Aduziu o requerente que, em razão de excesso de despesas com pessoal, bem como do estado de calamidade financeira em que se encontra, não poderia prosseguir com tais nomeações, notadamente em virtude do agravamento da crise, decorrente da pandemia, que ora vivenciamos.

Em uma primeira análise, a situação retratada pelo estado, de fato, poderia configurar o risco alegado. Ao juntar comprovações de que se encontra próximo ao limite prudencial de contratação de servidores, demonstra a incidência de um quadro financeiro delicado.

Contudo, deve-se destacar que muitas das referidas decisões concessivas de segurança fundaram-se em precedente específico desta Suprema Corte, o qual determinou que, para fazer oposição ao direito líquido e certo à nomeação, há necessidade de demonstração, pelo ente público, de que o fato impeditivo seria efetivamente dotado de superveniência, imprevisibilidade, necessidade e gravidade, o que, segundo o entendimento então adotado, não teria ocorrido, nas hipóteses então em apreciação.

Nesse sentido, foi fixado por esta Suprema Corte, nos autos do RE nº 598.099/MS-RG (Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 3/10/11) o entendimento de que dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público.

Desse modo, ainda que seja permitido ao administrador público um juízo de conveniência e oportunidade, para que proceda com a nomeação e posse de candidatos aprovados em concurso público, com o devido planejamento e organização necessários à gestão, a esse é vedado, salvo situações excepcionalíssimas, a recusa na nomeação.

Assim, ainda que evidenciada a gravidade da situação, não se vislumbra, nos autos, desde logo, cabal demonstração de que (i) a superação do limite prudencial no estado se instalou posteriormente à publicação do edital do certame público (superveniência) ou que, (ii) à época da publicação do edital já não se direcionava o estado para atingir o limite prudencial e, mesmo assim, divulgou o edital (imprevisibilidade); ou (iii) não existem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível (necessidade da medida).

Procedendo-se, então, a um exame perfunctório da demanda originária, típico das medidas de contracautela, percebe-se que as situações tratadas na origem enquadram-se na tese firmada no referido paradigma da repercussão geral.

Logo, razoável que se proceda com a aplicação da norma constitucional que rege os concursos públicos, bem como com o entendimento jurisprudencial desta Suprema Corte, destacando-se que, caso assim não o fosse, claramente estaria configurado risco de lesão à ordem pública, em sua acepção jurídico-constitucional.

Como se não bastasse, tem-se, ainda, que o efetivo reconhecimento do direito alegado pelo autor deste pedido de suspensão, ou mesmo da inconveniência de proceder-se, desde logo, às nomeações em tela, não prescinde de detida análise dos fatos e provas dos autos, algo de insuscetível verificação nos estreitos limites de uma contracautela, como a presente.

E sobre a impossibilidade de admissão da suspensão quando necessário o revolvimento fático-probatório do caso, as seguintes decisões: SS nº 5185/MS-MC, Rel^a Min^a Cármen Lúcia (DJe de 13/09/17); SS nº 4274/BA-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (DJe de 9/2/15) e SS nº 5.333-AgR/RJ, Tribunal Pleno, de minha relatoria (DJe de 17/3/20).

Inviável, destarte, o acolhimento da pretensão deduzida através da interposição da presente contracautela.

Ante o exposto, nego seguimento ao pedido (§ 1º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), prejudicada a análise da pretendida liminar.

Publique-se. (SS 5417 / MT - MATO GROSSO. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. PRESIDENTE DIAS TOFFOLI. Julgamento: 03/08/2020. Publicação DJe 12/08/2020)”

Este julgado esclarece de forma cabal a obrigatoriedade dos entes públicos de realizarem as nomeações, mesmo no cenário de pandemia.

III.4. DA NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 8º DA LEI COMPLEMENTAR 173/20

O Município de Maricá vem declarando que não realizou até o presente a nomeação dos candidatos aprovados no certame em razão da vedação dos incisos IV e V do art. 8º da Lei 173/20. Todavia esta interpretação está equivocada.

Como se constata numa rápida pesquisa de jurisprudência, não há vedação alguma para a nomeação de candidatos aprovados para cargos vagos e que não representem aumento de despesa. E, como já mencionado, há centenas de mandados de segurança sendo concedidos neste sentido.

Alega o demandado que age com cautela, pois os cargos do presente certame ainda que existentes desde o primeiro semestre de 2019 e insertos nas dotações orçamentárias, não teriam sido ainda ocupados, o que impediria de considerá-los cargos vacantes a serem então providos, como autorizado pelo inciso IV da Lei complementar nº 173/20.

Concessa maxima venia e destacando o zelo da Administração Pública Municipal, tal interpretação não é a mais adequada. O que o legislador quis foi evitar que no cenário de pandemia fossem criadas novas despesas, novas vagas, num orçamento combalido pelas despesas extraordinárias decorrentes da pandemia.

No caso do Município de Maricá, desde 2019, há planejamento orçamentário para o ingresso dos novos guardas. O município goza de ótima saúde

financeira, tendo sido destaque inclusive nas políticas de combate à pandemia e manutenção de renda à população.

E não bastasse isso, os dispositivos 7º e 8º da Lei 173/20 são flagrantemente inconstitucionais, não podendo ser óbice para a nomeação dos candidatos aprovados no certame, como se verá adiante.

III. 5. DO CABIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUM*

Primeiramente, já compete esclarecer que o pedido de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* se acolhido por este juízo não gerará efeito erga omnes, mas somente para as partes nesse processo.

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas ao permitir o ajuizamento de ação civil pública que tenha, dentre outros pedidos, a declaração incidental de inconstitucionalidade, desde que os efeitos dessa decisão não gerem efeitos erga omnes, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se, portanto, que o controle de constitucionalidade, no caso em comento, será exercido no bojo da solução do conflito de interesses. Deste modo, a discussão de inconstitucionalidade da lei se desenvolverá perifericamente à questão principal da causa e repita-se, mais uma vez, a decisão só gerará efeitos para essas partes.

Sobre essa matéria é cristalina a posição do Supremo Tribunal Federal:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. OCUPAÇÃO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS NO DISTRITO FEDERAL. PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM DA LEI 754/1994 DO DISTRITO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO DO DISTRITIO FEDERAL DESPROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL PREJUDICADO. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal com pedidos múltiplos, dentre eles, o pedido de declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum da lei distrital 754/1994,

que disciplina a ocupação de logradouros públicos no Distrito Federal. Resolvida questão de ordem suscitada pelo relator no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade da lei 754/1994 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal não torna prejudicado, por perda de objeto, o recurso extraordinário. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que incidenter tantum. Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes. No caso, o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei 754/1994 é meramente incidental, constituindo-se verdadeira causa de pedir. Negado provimento ao recurso extraordinário do Distrito Federal e julgado prejudicado o recurso extraordinário ajuizado pelo Ministério Público do Distrito Federal.” (RE 424993, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 12/09/2007, DJ 19-10-2007) (negritos deste Promotor)

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina.” (RE 411156, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 19/11/2009, publicado em DJe-227 DIVULG 02/12/2009 PUBLIC 03/12/2009) (grifos postos)

A doutrina também faz coro ao posicionamento:

“A questão constitucional pode ser levantada em processo de qualquer natureza, seja de conhecimento, de execução ou cautelar. O que se exige é que haja um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou a ameaça de que venha a ser praticado. O controle incidental de constitucionalidade somente pode se dar na tutela de uma pretensão subjetiva, O objeto do pedido não é o o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetada. Havendo a situação concreta, é indiferente a natureza da ação ou do

procedimento. O que não é possível é pretender a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, fora de uma lide, de uma disputa entre as partes. Para isso existe a ação direta de inconstitucionalidade, para cuja propositura a legitimação ativa é limitada. A matéria é de longa data pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Como visto, a arguição incidental de inconstitucionalidade pode se dar em ação de rito ordinário, sumário, ação especial ou ação constitucional, inclusive, dentre estas, a ação popular e a ação civil pública. Quanto a esta última, houve ampla dissensão doutrinária e jurisprudencial acerca da sua idoneidade para o exercício do controle incidental de constitucionalidade, mas prevaleceu o entendimento de ser ele cabível também em ação civil pública, desde que, naturalmente, o objeto da demanda seja a tutela de uma pretensão concreta e não a declaração da tese da inconstitucionalidade da lei.” (Barroso, Luiz Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência -6ª ed. rev. e atual – São Paulo : Saraiva, 2012. Página 115/116)

Ultrapassada essa questão, cabe agora adentrar ao mérito da inconstitucionalidade apontada.

III.6 DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS IV E V DO ART. 8º DA LEI 173/20.

A Lei Complementar nº 173/20, desde sua prolação, é objeto de questionamentos no STF, especialmente os art. 7º e 8º que mencionam questões ligadas aos servidores públicos.

Importante frisar que não houve ainda, até a presente data, decisão de mérito nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que abordam o art. 8º da Lei¹, nem previsão de quando haja uma decisão, razão pela qual não há óbice para o reconhecimento *incidenter tantum*.

A inconstitucionalidade do dispositivo reside fundamentalmente em dois aspectos, formal e material.

¹ ADI 6447, 6450 e 6525. Outras ADIs propostas sobre a lei em comento foram julgadas extintas sem resolução do mérito.

Há patente vício de iniciativa da norma, já que a lei se originou de projeto de lei de autoria do Senador Antônio Anastasia, violando assim a prerrogativa do Chefe do Executivo de ter a iniciativa sobre a legislação a respeito dos regimes jurídicos a serem aplicados aos servidores públicos e a forma de sua admissão e demais assuntos correlatos, *ex vi* art. 61 da CF.

Há também quem questione a inconstitucionalidade formal ante o processo legislativo que marcou a edição do diploma, sem participação popular, já que todo tramitado por meio remoto, por causa da pandemia, sem acesso do público.

No aspecto material é que os incisos IV e V da Lei 173/20 não podem mesmo subsistir. Há flagrante ofensa ao pacto federativo, com intromissão indevida da União na autonomia de Estados e Municípios.

Salutares as lições abaixo sobre a Lei Complementar nº 173/20:

[...] Nesse sentido, ao proibir não só a União, mas também os Estados, Distrito Federal e municípios de, por exemplo, "*criar cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa*" (artigo 8º, II), "*alterar estrutura de carreira que implique aumento de despesa*" (artigo 8º, III) ou "*realizar concurso público, exceto para as reposições de vacâncias*" (artigo 8º, V), a LC 173/20 **avançou indevidamente sobre a autonomia político-administrativa dos entes subnacionais, consagrada no artigo 18 da Constituição Federal, posto que restringiu de forma severa a capacidade de auto legislação destes.**

Vale dizer que, a teor do que dispõe o *caput* do artigo 34, observa-se que a Constituição adotou como regra a não intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal, bem como dos Estados nos municípios, estabelecendo rol taxativo de hipóteses em que tal medida extrema pode ser validamente adotada. No que tange às finanças públicas, a intervenção federal só é possível quando houver a suspensão do pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior, ou quando o ente deixar de entregar aos municípios receitas tributárias fixadas na Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei (artigo 34, V, "a" e "b"). Já a intervenção estadual, nessa mesma hipótese, só tem cabimento quando a dívida fundada deixar de ser paga, por dois anos consecutivos, sem motivo de força maior (artigo 35, I).

Embora não estejamos aqui a tratar de uma verdadeira intervenção, é certo que fazer valer a vontade do gestor e do legislador federal, em detrimento do regional ou local, implica em indevida interferência na autonomia dos entes políticos. Como é sabido, inexistente hierarquia entre os entes da federação, mas, sim, esferas de competências distintas, as quais são delineadas pela própria Constituição, sendo incabível sua alteração por diploma infraconstitucional.

Nota-se ainda que as medidas veiculadas pela LC 173/20 desconsideram a peculiar situação de cada um dos entes no enfrentamento da pandemia. Embora de reconhecida dificuldade para todos, não é possível dizer que todos os poderes, de todos os entes da federação, estão em situação de calamidade financeira, a ponto de necessitar de medidas como o "congelamento" das remunerações de seus servidores e das estruturas de carreiras, como quer fazer parecer o PGR em sua manifestação. A verdade é que a LC 173/20 acaba tratando de maneira igual os desiguais, em uma evidente violação ao princípio da isonomia.

Em outras palavras, é possível dizer que parcela significativa da competência constitucional estadual, distrital e municipal, no que tange à capacidade de editar suas próprias leis e organizar-se administrativamente, foi ceifada pela legislação federal infraconstitucional, sem considerar as peculiaridades de cada um dos entes e poderes abrangidos.

Nesse caso, percebe-se que tanto a forma utilizada quanto a matéria tratada conduzem a um inegável juízo de **inconstitucionalidade**. Primeiramente, porque uma lei complementar não pode alterar uma competência constitucionalmente conferida aos entes políticos regionais e locais, no que concerne à prerrogativa de se auto organizarem administrativamente e editarem suas próprias leis acerca do regime jurídico dos servidores públicos, nos limites do estabelecido na Carta Magna. Segundo, porque a lei, a despeito de objetivar o reequilíbrio das finanças públicas, o faz de forma desproporcional e imotivada, desconsiderando eventuais diferenças inerentes à realidade dos entes políticos e poderes de Estado [...] (Rodrigo Pugliesi Lara in <https://www.conjur.com.br/2020-dez-03/lara-lei-complementar-1732020-ataque-federacao#author>)

As prescrições do art. 8º da Lei Complementar nº 173 violam a autonomia federativa estabelecida no art. 18 da CF, assim como extrapolam os limites do que dispõe o art. 169 da CF no tocante ao controle dos gastos públicos.

Registre-se que o princípio federativo é caro ao STF que já decidiu:

VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO, PELA SUPRESSÃO DA PRERROGATIVA DE AUTO-ADMINISTRAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIDA E JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO. (...) 3. O modelo federativo constitucionalmente adotado não autoriza a hierarquização das vontades dos entes políticos, nem permite transposição unilateral das atribuições constitucionais de um ente federado a outro, porquanto a autonomia insculpida no art. 18 da Constituição Federal é corolário da ideia de forma federativa de Estado; sem ela, existirá mera descentralização administrativa, sem a correspondente multiplicação de centros de poder que perfaz uma real federação. (ADI nº 3.499/ES, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2019) (grifos nossos).

De igual modo, o Supremo Tribunal Federal também rotineiramente vem se posicionando contrariamente às normas que transbordam os parâmetros do art. 169 da CF, tendo já declarado inconstitucionais algumas legislações que tentaram operar mudanças na Lei de Responsabilidade Fiscal:

“Na verdade, o que foi reservado à lei complementar pelo artigo 169 foi a fixação de limites de despesa com pessoal, para a União para os Estado e para os Municípios, e não a fixação de limites pelos Poderes e pelos órgãos integrantes da estrutura de tais entes, como aconteceu, cuja rigidez desconsidera dessemelhanças de realidade e diversidade de circunstâncias conjunturais, impossibilitando ajustes e acomodações, suscetíveis de ser postas em prática, sem afetar o todo, que é, justamente, a observância do teto preconizado pela Constituição. Trata-se de lei complementar que, sem apoio na Constituição, como seria de mister, restringe drasticamente a autonomia de Estados e Municípios, ofendendo, por esse modo, o princípio federativo. (ADI 2238 MC; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO; Julgamento: 09/08/2007; Publicação: 12/09/2008)

Desse modo, **imperioso que se reconheça a inconstitucionalidade *incidenter tantum* dos incisos IV e V do art. 8º da Lei Complementar nº 173/2020**, a fim de que se promova a imediata nomeação de todos os aprovados no concurso para Guarda Municipal de Maricá dentro do número de vagas previsto no edital.

IV. DA TUTELA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA

Compete ao Juiz da causa adotar todas as medidas que julgar pertinentes para regular o processamento do feito, em especial quanto à garantia da instrução processual, como forma de exercício do poder geral de cautela, estabelecido na Lei Adjetiva Civil.

Conforme exaustivamente ventilado, o Edital nº 02/2019 destinado ao preenchimento de 200 vagas de Guarda Municipal de Maricá possibilitou a realização e homologação do concurso para adequação da força municipal de segurança, sendo imperioso que os candidatos aprovados dentro do número de vagas sejam nomeados.

A preservação da efetividade do processo é imposição a todos os que participam da condução do feito, pois se deve evitar a ocorrência de novos danos antes do seu desfecho, cuja eliminação pode se tornar impossível de ser obtida.

Sabe-se que a concessão da medida cautelar demanda fundamentalmente a conjugação de dois requisitos, quais sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (perigo ou risco na demora).

Quanto a presença da probabilidade do direito, isto é, do ***fumus boni iuris***, tem-se que este se encontra respaldado nas normas de obrigatoriedade do concurso público para provimento do cargo de Guarda Municipal e na necessidade de adequar o efetivo da força de segurança, sendo a recusa da Administração em nomear todo o grupo interpretação equivocada de dispositivo legal inconstitucional, como demonstrado nesta inicial.

Atualmente, estamos diante do chamado processo civil de resultados, em que é necessário que o Poder Judiciário preste a tutela jurisdicional devida, que deve ainda ser efetiva e célere, utilizando-se para tal dos mecanismos que o ordenamento jurídico lhe oferece, como as medidas liminares.

Vale salientar os ensinamentos do Professor DINAMARCO em relação ao fenômeno do processo civil de resultados:

“Consiste esta postura na consciência de que o valor de todo o sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tenha razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes para obtenção da coisa ou situação postulada” (DINAMARCO, Candido Rangel, Instituições de Direito Processual Civil – vol I, Malheiros, 2003, p. 108).

Soma-se a isso ainda a necessidade de, com a ação coletiva, evitar que 200 ações individuais de mandado de segurança venham a ser distribuídas no Juízo Fazendário de Maricá, trazendo incomensurável trabalho aos também já exauridos servidores da Justiça.

Note-se que a solução individual via mandado de segurança implica de igual modo a concessão de decisão liminar. Negar no processo coletivo é desperdiçar escassos recursos, salvo melhor juízo.

No tocante ao ***periculum in mora***, este é facilmente constatável na medida em que, a nomeação dos novos Guardas é urgente ante o verão em curso que traz sempre muitas pessoas à cidade, com aumento das demandas da Guarda.

Adira-se ainda o atual estado de esgotamento dos poucos guardas hoje em atividade que depois de um ano sem poder tirar férias tiveram agora seu direito reconhecido²,

² <https://errejotanoticias.com.br/guardas-municipais-de-marica-sao-autorizados-novamente-a-tirar-ferias-e-licencas-especiais/>

conforme publicação do JOM de 05 de fevereiro de 2021, o que vai gerar um déficit de guardas em atividade, por certo.

Assim, caso tenha que se esperar pelo regular término do processo, a medida pleiteada se tornará frustrada, quiçá inútil, porque em 31 de dezembro finda o prazo estabelecido na Lei Complementar nº 173/20.

Consoante expressa doutrina, o *periculum in mora*, requisito necessário ao manejo da tutela cautelar, consiste no risco de que, ao final da ação principal, reste perdida a possibilidade de se reparar o dano causado em atos administrativos ilegais e inconstitucionais.

A **tutela de urgência** tem como finalidade proteger o futuro provimento jurisdicional, que se encontra na iminência de ver seus resultados práticos frustrados. Tal situação de perigo de dano iminente caracteriza o *periculum in mora*. Sobre o tema, ainda sob a égide do antigo CPC (tutela antecipada), esclarecia a doutrina, em lição que permanece válida:

“...havendo risco de que o direito substancial que o autor quer ver protegido através do provimento jurisdicional definitivo (direito este cuja existência se afigura, ao menos até aqui, provável), sofra dano de difícil ou impossível reparação, deverá o juiz conceder a antecipação da tutela jurisdicional” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2ª ed., p. 389).

Em face disso, com fulcro no artigo 300, §2º do Código de Processo Civil, postula o *Parquet* provimento liminar, no sentido de que o **MUNICÍPIO DE MARICÁ SEJA OBRIGADO IMEDIATAMENTE A NOMEAR, DAR POSSE E CURSO DE FORMAÇÃO AOS CANDIDATOS APROVADOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL DO CONCURSO PARA GUARDA MUNICIPAL.**

Diante de todo o exposto e da relevância da fundamentação expendida, acredita o Ministério Público que a tutela ora requerida atende a todos os requisitos necessários para a sua concessão e que os requerimentos aqui formulados não apresentam

qualquer risco de irreversibilidade, uma vez que se pretende compelir o Município de Maricá a observarem aquilo ao qual já está obrigado, respeitando a legislação em vigor.

V. DOS PEDIDOS.

Em face de tudo o quanto acima foi exposto, distribuída e autuada esta exordial com os documentos que a instruem na forma dos artigos 320 do Novo Código de Processo Civil, constantes do Inquérito Civil MPRJ 2019.01164280, **requer a Vossa Excelência se digne receber a presente inicial, determinando sua autuação e inserção dos autos do inquérito civil em continuidade à presente, e ainda:**

1. a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, determinando que o **MUNICÍPIO DE MARICÁ SEJA OBRIGADO A, IMEDIATAMENTE, NOMEAR, DAR POSSE e CURSO DE FORMAÇÃO AOS APROVADOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL 02/2019 DO CONCURSO PARA GUARDA MUNICIPAL DE MARICÁ;**
2. citação do réu para, em querendo, apresentar contestação
3. no mérito, julgar procedentes os pedidos autorais, **confirmando a tutela antecipada requerida**, para, ao final, condenar o Município de Maricá à obrigação de fazer consistente em nomear, dar posse e promover o curso de formação profissional a todos os aprovados dentro do número de vagas do Edital 02/2019 do concurso público para a Guarda Municipal;
4. Condenação do requerido ao pagamento das custas, emolumentos, encargos e demais despesas processuais, inclusive eventuais perícias requeridas no curso do processo;
5. sejam as intimações do autor feitas pessoalmente, mediante remessa e vista dos autos na Promotoria de Justiça, no endereço em epígrafe, dado o disposto no art. 178º do NCPC;
6. deferir a produção de todas as provas em direito admitidas, prova testemunhal, a juntada de novos documentos e tudo o mais que se fizer mister à completa elucidação e demonstração cabal dos fatos articulados na presente inicial,

7. dispensa do pagamento de custas, emolumentos, honorários e outros encargos, desde logo, ao Ministério Público, à vista do disposto no art. 18, da Lei nº 7.347/85, e art. 87, da Lei nº 8.078/90;
8. Tendo em vista a natureza do direito pleiteado, em obediência ao disposto no artigo 319, inciso VII, do CPC/2015, informa o Ministério Público que opta pela realização de audiência de conciliação e mediação.

Dá-se a causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais)

Termos em que, pede deferimento.

Niterói, 08 de fevereiro de 2021.

RENATA SCARPA FERNANDES BORGES

Promotora de Justiça – mat. 2355