

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DE VARA DE FAZENDA PÚBLICA
DA COMARCA DA CAPITAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, inscrito no CNPJ sob o nº 28.305.963.001-40, por intermédio de sua 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania, com sede na Avenida Nilo Peçanha, 151, 9º Andar, Centro, Rio de Janeiro/RJ, local onde serão recebidas as futuras intimações na forma e para os fins do Art. 77, inciso V do vigente Código de Processo Civil, vem, com esteio nos Artigos 127 e 129, inciso III, da Carta Magna; no Art. 1º e seguintes da Lei nº 7.347/85 e no Art. 25, inciso IV, alínea b, da Lei nº 8.625/93, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

COM PEDIDO DE TUTELA DE EVIDÊNCIA EM CARÁTER LIMINAR

em face de:

- 1. ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, pessoa jurídica de direito público interno, inscrito no CNPJ sob o nº 42.498.600/0001-71, com sede na Rua Pinheiro Machado s/nº, Laranjeiras, Rio de Janeiro, RJ,
- 2. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - ALERJ**, órgão público dotado de personalidade jurídica, inscrita no CNPJ sob o nº 30.449.862/0001-67, situada na Rua Primeiro de março, s/n - Praça XV - Rio de Janeiro – Palácio Tiradentes.

pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

- / -

DOS FATOS

A presente Ação Civil Pública é proposta com lastro nos elementos de convicção colhidos no bojo do Inquérito Civil nº 2018.00917137 – cuja íntegra digitalizada acompanha a presente inicial – em razão do recebimento de denúncias de irregularidades na ocupação de cargos comissionados na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - ALERJ, mais especificamente acerca da desproporcionalidade em relação ao número de cargos efetivos, da ineficiência do serviço prestado e da ilegalidade na finalidade e ocupação.

Não é de hoje a contumácia na nomeação excessiva para cargos de provimento em comissão em total desproporção ao quantitativo de cargos efetivos existentes, no uso de cargos comissionados para o apadrinhamento e efetivação de interesses privados (seja através da prática de nepotismo cruzado ou não), no desvio de recursos públicos com o apoderamento de parte da remuneração dos comissionados e em toda a sorte de ilegalidades no preenchimento de cargos comissionados pelos mais diversos órgãos de todas as esferas de poder.

Esta ação lança luz sobre a Casa Legislativa fluminense, mas vem despida da análise do elemento volitivo de qualquer parlamentar integrante da Casa Legislativa fluminense, de sua presidência ou Mesa Diretora na indicação/nomeação de quem quer que seja para o exercício de cargo em comissão no parlamento estadual.

Recorre ao Poder Judiciário para, sob o ponto de vista objetivo – **proporção entre o número de cargos efetivos e comissionados e atribuição dos cargos dentro dos permissivos constitucionais** –, colocar uma pá de cal nas recorrentes práticas administrativas que escancaram a violação das regras constitucionais previstas nos incisos II e V do art. 37 da Carta Magna. Pois bem.

Diversas denúncias foram dirigidas à Ouvidoria do Ministério Público aduzindo que a ALERJ mantém quadro de servidores comissionados em número muito mais elevado do que o de servidores efetivos e que os aprovados em concurso público são preteridos na convocação em detrimento da manutenção ou novos chamamentos de comissionados.

Uma das denúncias¹ informa que, de acordo com a folha de pagamento de setembro de 2018, existiam na ALERJ **1948 servidores comissionados** diante de um quadro

¹ Fls. 28/29 do IC.

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

de **670 servidores de cargo efetivo** e que essa quantidade de comissionados não incluíam os **assessores parlamentares, que somavam, à época, 2983 cargos**. Considerando a totalidade de cargos existentes (5601), deflui-se que os servidores ocupantes de cargo em comissão representavam assustadores **88% do total da força laborativa**.

Esse dado percentual referente ao número de comissionados equivale àquele obtido pelo Grupo Globo em uma série de reportagens² a que o Ministério Público teve conhecimento ao longo da investigação. Em matéria datada de 09/11/2018, a Globo News alega ter obtido dados que apontam para um número de 5678 cargos na ALERJ. Destes, 4928 seriam preenchidos com **servidores comissionados (o que representaria 87% do total de cargos)** e 750 por servidores ocupantes de cargo efetivo.

Já a reportagem do Jornal O Globo de 25/01/2019³ apresenta um enfoque comparativo para demonstrar o excesso de cargos comissionados existentes na ALERJ. Segundo a reportagem, **a presidência da Casa Legislativa fluminense possuía à época 231 cargos comissionados**. Já a presidência da **Assembleia Legislativa de São Paulo, contando com o mesmo número de parlamentares, possuía apenas 12 servidores comissionados**.

Comparando o número total de servidores e sua distinção entre efetivos e comissionados, a Assembleia Legislativa do Rio também supera a de São Paulo. Segundo a reportagem, existem na ALERJ 5500 servidores, sendo 4226 comissionados, ao passo que na ALESP existem 3974 servidores, sendo 923 concursados e 3051 comissionados.

Outro comparativo em desfavor da ALERJ se dá quando analisada a quantidade de cargos comissionados existentes nas presidências das Casas Legislativas federais e fluminense. **As presidências da Câmara dos Deputados e do Senado Federal**, com um número muito mais abrangente de parlamentares e com competência legislativa muito mais ampla, **possuem, respectivamente, 38 e 56 servidores comissionados**, face aos **231 da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro**.

Essa estratégia de análise comparativa entre a proporção de cargos comissionados e efetivos na ALERJ e em outras Casas Legislativas do país também foi adotada pelo *Parquet*. O objetivo era não só identificar se essa prática comum também ocorria em outras entidades federativas; em que proporção; se havia requisitos de qualificação técnica para o cargo

² Fls. 65/86 do IC.

³ Fl. 72 do IC.

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

de assessor parlamentar; como era feita a medição do trabalho, controle de frequência e demais informações relevantes.

Foram solicitados esclarecimentos às Assembleias Legislativas dos vinte e sete estados da Federal e do DF, nos seguintes termos:

- a) O quantitativo atualizado de servidores que compõem a Instituição, distinguindo o número de comissionados e efetivos;
- b) As atribuições de seus cargos comissionados e efetivos, encaminhando as respectivas previsões legais;
- c) Quais os requisitos de qualificação técnica para o cargo de assessor parlamentar e qual o valor da remuneração do cargo, encaminhando as respectivas previsões legais;
- d) Se o registro de frequência dos assessores parlamentares é feito por registro escrito mensal ou de outra forma;
- e) Como é feita a medição do trabalho dos assessores parlamentares;
- f) Se existem gabinetes descentralizados e quantos cada parlamentar teria direito;
- g) Qual o custo de cada gabinete parlamentar e qual o número máximo de assessores permitido por gabinete, encaminhando as respectivas previsões legais;
- h) Se o desmembramento de cargos vinculados aos gabinetes importa na redução proporcional da remuneração dos servidores ou se cada assessor de cargo desmembrado recebe o mesmo valor daquele que não ocupa cargo originado de desmembramento e
- i) O quantitativo de servidores comissionados e efetivos alocados especificamente para a presidência da Casa, Vice-presidências, Mesas e demais órgãos integrantes da estrutura do Poder Legislativo estadual, declinando, outrossim, as remunerações respectivas e fundamento legal.

As respostas das Casas legislativas demonstram um mesmo cenário: número excessivo de servidores comissionados em comparação com os de quadro efetivo, inexistência de critérios precisos de aferição da qualificação técnica dos ingressos em cargos de provimento

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

por comissão; ausência de controle efetivo de frequência e de medição do trabalho desempenhado⁴⁵⁶⁷⁸⁹¹⁰.

Uma observação salta aos olhos quando se analisa comparativamente os dados encaminhados pelas Casas Legislativas do país e os da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Na entidade federativa fluminense a desproporção entre cargos comissionados e efetivos é maior sob qualquer enfoque.

A ALERJ disse contar¹¹ com 658 servidores de provimento efetivo, 3423 servidores comissionados, 631 requisitados de outros órgãos e 4 procuradores em seus quadros. Na mesma resposta apresentou normas que contêm as atribuições dos cargos, alegou não haver requisitos específicos para a nomeação de servidores comissionados, que o controle de frequência e medição dos trabalhos é realizado pelos gabinetes parlamentares, que há previsão normativa autorizando a descentralização de gabinetes, que o número máximo de servidores comissionados por gabinete era de 60 (sessenta) e passou a ser de 40 (quarenta), após ato da atual Mesa Diretora e que o desmembramento do posto fiduciário importa redução proporcional da remuneração.

Compulsando esses dados com levantamento¹² realizado por Comissão de aprovados no último concurso para provimento de cargos efetivos de Especialista Legislativo **no âmbito da ALERJ** (edital homologado em 15/08/17). recebida por este Órgão de Execução ministerial, chega-se à estarecedora constatação de que **existem, em média, 07 (sete) servidores comissionados para cada servidor estatutário** quando a análise se dá levando em conta todo o efetivo da Assembleia. Quando o enfoque é direcionado somente para os ocupantes de cargos comissionados lotados na área administrativa da Casa, a proporção é de 03 (três) comissionados para cada servidor efetivo.

A planilha que segue foi extraída do sítio da ALERJ e demonstra sob uma perspectiva histórica de que nos últimos dois anos a desproporção não se alterou.

⁴ Fls. 481/508 do IC - Câmara Legislativa do Distrito Federal.

⁵ Fls. 510/513 do IC - Assembleia Legislativa do Espírito Santo.

⁶ Fls. 524/558 do IC - Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul.

⁷ Fls. 527/756 do IC - Assembleia Legislativa de Santa Catarina.

⁸ Fls. 758/761 do IC - Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

⁹ Fl. 775 do IC - Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

¹⁰ Fl. 763 do IC - Assembleia do Estado do Tocantins.

¹¹ Fls. 398/468 do IC (resposta de maio/2019).

¹² Fls. 202/256 do IC.

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

	set/17	out/17	nov/17	dez/17	jan/18	fev/18	mar/18	abr/18	mai/18	jun/18	jul/18	ago/18	set/18	out/18	nov/18	dez/18	jan/19	fev/19	mar/19	abr/19
Total (incluindo deputados)	5351	5414	5400	5369	5405	5408	5434	5466	5397	5576	5631	5637	5678	5694	5599	5539	5466	4703	4706	4920
Procuradores e Consultores Técnicos	12	13	12	12	12	12	11	11	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10
Especialistas Legislativos	653	653	648	648	681	681	683	682	675	675	671	672	670	670	663	662	656	655	654	646
Assessores Parlamentares	2638	2668	2654	2642	2641	2640	2655	2674	2673	2872	2938	2951	2980	2992	2972	2945	2906	2237	2304	2390
Comissionados Área Administrativa	1972	2002	2008	1993	1996	2000	2010	2024	1969	1949	1942	1934	1948	1952	1884	1852	1824	1737	1674	1807
Proporção Comissionados/Efetivos	6,9	7,0	7,1	7,0	6,7	6,7	6,7	6,8	6,8	7,0	7,2	7,2	7,2	7,3	7,2	7,1	7,1	6,0	6,0	6,4
Proporção Comissionados Adm/Esp.Leg.	3,0	3,1	3,1	3,1	2,9	2,9	2,9	3,0	2,9	2,9	2,9	2,9	2,9	2,9	2,8	2,8	2,8	2,7	2,6	2,8

Figura 1: Ocupação de cargos na ALERJ desde setembro/2017. Dados baseados nas folhas de pagamento publicadas no [Portal da Transparência](#).

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

O confronto dos dados encaminhados por informação oficial da ALERJ, com os extraídos do Portal da Transparência da referida Casa, com as reportagens jornalísticas que integram os autos, demonstram que a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro preenche seu quadro técnico com cerca de 86% de servidores de provimento por comissão e de 16% de servidores de provimento efetivo, descumprindo decisão do Supremo Tribunal Federal com repercussão geral reconhecida.

Proporção de cargos em abr/19

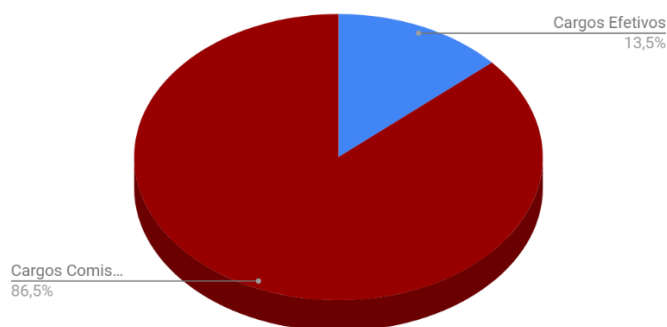


Figura 2: Gráfico com a relação de cargos comissionados x cargos efetivos, em que a faixa azul contempla o somatório dos Especialistas Legislativos e Procuradores/Consultores Técnicos (todos os cargos efetivos de carreira) e a faixa vermelha contempla o somatório dos Assessores Parlamentares e Comissionados Área Administrativa (todos os cargos de provimento em comissão). Dados baseados na tabela replicada na Figura 1.

No julgamento do RE 1.041.210 com repercussão geral a Suprema Corte fixou a seguinte tese:

- a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;
- b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;
- c) **o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o**

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e

d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir".(grifos nossos)

Pelo **princípio da proporcionalidade**, há que ser guardada correlação entre o número de **cargos** efetivos e **em comissão**, que na esteira da decisão do Pretório Excelso, **encontra limite máximo no número de ocupantes de cargos efetivos**.

Ora, as informações até aqui apresentadas como elemento de prova atestam que cerca 86% do quadro de servidores da ALERJ é ocupado por servidores comissionados, o que extrapola em muito o limite fixado pelo Supremo Tribunal Federal, fato que somente pode ser corrigido por intervenção do Poder Judiciário. E esse excesso de servidores comissionados encontra justificativa na **histórica ausência de concurso público** para o quadro de carreira da Assembleia Legislativa.

O último concurso realizado pela ALERJ data de 13/12/2017 (dia da publicação do Edital no Diário Oficial) e foi destinado a prover 40 vagas decorrentes de vacâncias (quase a totalidade por aposentadorias) ocorridas nos anos de 2012 e 2013¹³.

Em 2011 a ALERJ publicou Edital de concurso público para a carreira, mas o concurso foi anulado pelo próprio presidente da Casa à época por fortes suspeitas de fraude. Antes disso, **o último certame válido realizado ocorreu em 1998¹⁴, há cerca de 20 (vinte) anos**.

Ou seja, durante duas décadas a ALERJ ficou sem ter um cadastro de reserva válido e sem nomear servidores de provimento efetivo, fazendo uso de comissionados para o exercício das mais diversas atividades do Órgão, mesmo aquelas que assumam as vezes de atividades-meio, ordinárias, burocráticas, rotineiras, despidas de qualquer relação de confiança e de especialidade técnica ou gerencial que justificasse a necessidade dos cargos em comissão.

Não à toa se verifica da nomenclatura de cargos comissionados criados por transformação de cargos efetivos (Res. 421/2003 da ALERJ)¹⁵ que os atributos constitucionais de direção, chefia ou assessoramento, cumulados com a necessária relação direta de confiança

¹³ Fls. 173/175 do IC.

¹⁴ Fls. 172/173 e 203 do IC.

¹⁵ Fls. 771/773 do IC.

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

entre nomeante e nomeado que devem deter a função não estão presentes *in casu*, eis que são listados cargos de assistente, assessor-adjunto, assessor-técnico, adjunto etc.

O descompromisso da Casa Legislativa fluminense com a legalidade e moralidade administrativa não é recente. Ao menos desde o ano de 1996 constata-se que o desiderato é mesmo o de desrespeitar os mandamentos constitucionais e manter em seus quadros força laborativa sem vínculo efetivo com o órgão. É o que se verifica da leitura da **Resolução nº 252/1996 que extinguiu 787 (setecentos e oitenta e sete) cargos do quadro de pessoal da Assembleia**¹⁶.

Em 2003 a providência foi ainda pior, pois a ALERJ não só extinguiu cargos de provimento efetivo, como também os transformou em cargos de provimento em comissão. **A Resolução nº 421/2003 extinguiu 70 cargos de provimento efetivo e transformou 99 cargos de provimento efetivo em 95 cargos em comissão e funções gratificadas**.¹⁷

Ademais, nem mesmo a finalidade pressuposta no último concurso público (2018) de substituição da mão de obra retirante decorrente de aposentadoria foi atingida na plenitude. Em uma breve digressão remontada a 2010 percebe-se um elevado número de aposentadorias sem a correspondente substituição por servidores do quadro efetivo¹⁸:

Total de aposentados	174
Vagas providas	33
Vagas em aberto	141
Data de homologação do último concurso	15/08/18
Aposentadorias após a homologação	36

E nem se diga que **o chamamento de servidores concursados para reposição dessa mão de obra estaria vedado pelo Regime de Recuperação Fiscal** assinado pelo Estado do Rio de Janeiro com a União, eis que não só a admissão de pessoal, mas também a realização de concurso público para a reposição de pessoal decorrente de vacância são ressalvas às proibições impostas ao Estado signatário. É o que dispõe a Lei Complementar nº 159/2017:

¹⁶ Fl. 179 do IC.

¹⁷ Fls. 771/773 frente e verso do IC.

¹⁸ Fl. 178 do IC.

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

Art. 8º. São vedados ao Estado durante a vigência do Regime de Recuperação

Fiscal:

(...)

IV - a admissão ou a contratação de pessoal, a qualquer título, **ressalvadas as reposições de cargos** de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa e aquelas **decorrentes de vacância de cargo efetivo ou vitalício**;

V - a realização de concurso público, **ressalvadas as hipóteses de reposição de vacância**; (grifos nossos)

Portanto, a histórica ausência de realização de concurso público periódico, a extinção de cargos de provimento efetivo, a transformação desses em cargos comissionados ou mesmo a direta criação desses últimos em detrimento de concursados, demonstram a total falta de interesse a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro de prover seu quadro de apoio¹⁹ com pessoal de carreira admitido por meio de concurso público, o que denota clara desobediência aos mandamentos constitucionais.

Violam-se os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência administrativa (este pela ausência de uma memória institucional e de seleção criteriosa e qualitativa de mão de obra), bem como a regra do concurso público.

Os fatos acima expostos revelam, ainda, cenário de **Estado de Coisas Inconstitucional**, na feliz expressão cunhada no âmbito do STF (no julgamento da ADPF nº 347/DF), para se referir à constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais, no caso em tela, o direito fundamental à boa Administração.

Considerando o cenário de manifesta violação ao ordenamento jurídico brasileiro e aos princípios que regem a contratação de servidores públicos, outra medida não restou ao Ministério Público senão a propositura da presente ação civil pública.

- //

¹⁹ Plano de carreira (Res. 15/1980) e regime jurídico (Res. 321/1981) dos servidores da ALERJ, respectivamente às fls. 401/408 e 430/464 do IC.

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

DOS FUNDAMENTOS JURIDICOS

2.1. Da disciplina constitucional referente à investidura em cargos e empregos públicos.

No que diz respeito à investidura em cargos e empregos públicos, dispõe o inciso II do art. 37 da Constituição da República:

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Cargo em comissão, ou de provimento em comissão, segundo a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰, é aquele “a ser preenchido por um ocupante transitório, de confiança da autoridade que o nomeou, e que nele permanecerá enquanto dela gozar. Por isso, diz-se que tais cargos são de livre provimento”.

O disciplinamento dos cargos em comissão, excetuando a regra geral da admissão ao cargo público mediante concurso (art. 37, inciso II, da Constituição Federal), ficou assim definido no inciso V do mesmo dispositivo constitucional:

V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

Assim, conforme o dispositivo constitucional, os cargos em comissão apenas podem ter atribuições de DIREÇÃO, CHEFIA e ASSESSORAMENTO. *In casu*, os cargos mencionados como de provimento em comissão, não correspondem, em decorrência da natureza de suas funções, ao permissivo constitucional da forma de provimento eleita, reservada, exclusivamente, àqueles inerentes “a direção, comando ou chefia de certos órgãos, onde se necessita de um agente que sobre ser de confiança da autoridade nomeante se disponha a seguir sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da Administração”²¹.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 29

²¹ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 208.

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

A ressalva final do inciso II do art. 37 da Constituição Federal - "ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração" - tem alcance limitado a situações excepcionais, relativas a cargos cuja natureza especial justifique a dispensa de concurso público.

É inafastável concluir-se que o legislador constitucional estabeleceu como princípio geral e obrigatório a aprovação em concurso público de provas e títulos, como condição para a investidura em cargo público.

A dispensa somente pode ocorrer diante de situação excepcional, visto que a subtração de cargos ao regime de provimento por concurso há de ser ditada por questões de ordem objetiva, inerentes à respectiva natureza dos cargos, não podendo ficar apenas subordinada ao aspecto formal, de simples indicação em lei, posto que tal importaria em outorgar ao legislador poder discricionário absoluto, capaz de afastar a exigência do concurso para todos os cargos do serviço público, bastando, para tanto, declará-los "em comissão", "de livre nomeação e exoneração".

Restaria, assim, neutralizada toda a eficácia do princípio constitucional que impõe a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público. Assim, a exceção a que se refere a segunda parte do inciso II do art. 37 da Constituição Federal há de ter âmbito restrito, diante da preponderância e do alcance da regra contemplada na primeira parte.

Cumprido lembrar, ademais, que as cláusulas de exceção a regras e princípios gerais estabelecidos na Constituição merecem interpretação estrita.

Pondere-se, outrossim, que o princípio da acessibilidade dos cidadãos ao serviço público, sob condições iguais – corolário do princípio da igualdade de todos perante a lei –, não pode ser tido como uma simples regra de organização da atividade pública, mas deve ser devidamente compreendido como um dos princípios estruturantes de uma ordem democrática, ao mesmo nível dos direitos e garantias individuais consagrados na Lei Fundamental.

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

A esse respeito, enfatiza José Afonso da Silva²², ao dispor que o princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos visa essencialmente realizar o princípio do mérito que se apura mediante investidura por concurso de provas e títulos (art. 37, II).

Analisando o inciso V do artigo 37 da Carta Magna anota ainda Hely Lopes Meirelles²³ que os cargos declarados em lei de provimento "em comissão" tem como principal característica:

A confiabilidade que devem merecer seus ocupantes, por isso mesmo nomeáveis e exoneráveis livremente", alertando sobre pronunciamento do Pretório Excelso no sentido de que "a criação de cargo em comissão, em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo, só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional de concurso.

Não é qualquer cargo ou emprego, pois, que pode ser considerado de provimento em comissão. O que caracteriza esse tipo de ocupação são as funções de decisão política, de influência a decisões políticas ou funções de chefia e direção de determinados órgãos e entidades, que exigem um plano de ação. Esses cargos devem ser de livre nomeação, para serem preenchidos por pessoas que tenham a missão de executar e tomar decisões sobre um determinado programa político-ideológico de ação, ou dirigir a planificação de um determinado órgão. A propósito, ressalta Adilson de Abreu Dallari²⁴, de modo incisivo:

Se a administração puder criar todos os cargos com provento em comissão, estará aniquilada a regra de concurso público. Da mesma forma, a simples criação de um único cargo em comissão, sem que isso se justifique, significa uma burla à regra do concurso público", concluindo que "é inconstitucional a lei que criar cargo em comissão para o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza puramente profissional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior.

²² SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 570.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 378

²⁴ DALLARI, Adilson de Abreu. Regime Constitucional dos Servidores Públicos. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

Nessa mesma esteira de raciocínio e entendimento jurídico, Márcio Cammarosano²⁵ leciona o seguinte:

Não é qualquer plexo unitário de competência que reclama seja confiado o seu exercício a esta ou aquela pessoa, a dedo escolhida, merecedora da absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aqueles que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos seus titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, mas também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior.

Sobre o tema já ensinava Lúcia Valle Figueiredo:

É necessário enfatizar, todavia, que não é possível à lei erigir cargos em comissão que não tenham compatibilidade com a função desempenhada. É dizer: o texto constitucional ao falar em cargo em comissão 'declarado em lei de livre provimento e livre exoneração' está a pressupor a existência da necessidade administrativa de tal cargo... Se, ao contrário, tivermos profusão de cargos em comissão que sejam ocupados não pelos méritos daqueles que vão exercê-los, mas, sim, pelas ligações que possam ter os detentores do poder (em qualquer Administração, seja no Executivo, Legislativo ou Judiciário), será lastimável. Aliás, existirá o que normalmente vem sendo visto. É preciso cuidado muito grande para saber-se o real limite da possibilidade constitucional de criar cargos em comissão.

Não resta dúvida de que dentre os milhares de servidores exercentes de cargos comissionados no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, a maior parte deles possui atribuições das mais comuns, tais como: entrega de documentos, elaboração de ofícios e memorandos; digitação e guarda de documentos; atendimento telefônico; transporte e recepção entre outras ações que se prestam, exclusivamente, ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais, não pressupondo a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado.

É evidente que nenhuma dessas atividades inserem-se nas atribuições de DIREÇÃO, CHEFIA ou ASSESSORAMENTO previstas no artigo 37, inciso V, da Constituição

²⁵ CAMMAROSANO, Márcio. Provimento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 95.

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

Federal. São atribuições meramente executivas ou técnicas, de subordinação máxima, que deveriam ser realizadas pelo provimento de cargos de natureza efetiva, providos mediante concurso público.

Sobre o tema, providencial a orientação do pleno do Supremo Tribunal Federal, em tese firmada como Repercussão Geral Federal, Tese nº 1010 (RE nº1.041.210/SP), segundo a qual:

- a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;
- b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;

É incontestável, nesse passo, que a Casa Legislativa faz tábula rasa das relevantes disposições constitucionais que se orientam à vinculação da Administração Pública brasileira aos princípios basilares da legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência, reclamando, dessa maneira, intervenção do Poder Judiciário no sentido de resguardar o direito fundamental à boa Administração Pública.

2.2. Da violação dos princípios da proporcionalidade, da eficiência, impessoalidade e da moralidade.

Demonstrou-se que a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro mantém em sua estrutura administrativa excesso de cargos em comissão em relação à quantidade de cargos de provimento efetivo.

Consoante demonstrado na exposição fática desta exordial, a Casa Legislativa detém cerca de 07 (sete) servidores comissionados para cada servidor efetivo, o que representa mais ou menos 86% de sua força laborativa compromissada com pessoal extraquadro.

A Constituição da República, ao fixar normas relativas à Administração Pública (Título III, Capítulo VII), estabelece, quanto ao acesso aos cargos ou empregos públicos, em seu art. 37, incisos I a IX, que:

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

I – 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;

II- a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

A regra constitucional impõe o concurso público como **forma de acesso aos cargos da Administração direta e indireta**, admitindo a contratação temporária e a **nomeação de comissionados como EXCEÇÕES**.

Assim, mostra-se ilógico e contrário ao Direito toda situação excepcional que venha a superar a regra, invertendo o expresso mandamento constitucional. A Lei Maior prevê que o acesso ao serviço público, como regra, ocorre mediante aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, ainda que ressalvada a possibilidade de nomeação sem concurso para cargos em comissão.

Fixa-se, assim, no plano constitucional, os preceitos básicos reguladores do acesso aos cargos e empregos públicos, disponibilizando-os, em igualdade de condições, a todos os que, por seus méritos, mostrem-se habilitados a tanto, prestigiando-se, por conseguinte, diretamente, os princípios regentes da atividade estatal previstos na Constituição, quais sejam:

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

os princípios da impessoalidade, da eficiência, da moralidade e da proporcionalidade, além de outros.

Aliás, tal é a preocupação hoje existente no que concerne à democratização do acesso aos cargos e empregos públicos que, mesmo em relação aos cargos em comissão, tem-se procurado restringir as nomeações fundadas em critérios conflitantes com os princípios da impessoalidade, da proporcionalidade e da moralidade, o que se reflete, p.ex., nas medidas que visam a vedar a prática do nepotismo e do excesso de cargo em comissão em relação aos cargos de carreira.

Neste sentido, elucidativa é a lição do Professor Marçal Justen Filho²⁶, *verbis*:

A restrição à autonomia para provimento e exoneração reflete a evolução que impregna o próprio conceito jurídico de discricionariedade. Cada vez mais se rejeita a concepção de que a discricionariedade retrata uma opção a ser exercida sem observância de parâmetros determinados, fundada exclusivamente em critérios subjetivos da autoridade estatal.”

A aplicação das teses mais recentes acerca da discricionariedade conduz à reprovação de atos de investidura em cargos em comissão fundados na pura e simples preferência subjetiva do governante. Seria possível reconhecer como válida a decisão de nomear um sujeito simplesmente por compartilhar o mesmo partido político? Pode-se reputar como compatível com o sistema constitucional vigente a concepção de que um cargo em confiança possa a ser ocupado por um sujeito destituído de qualquer predicado objetivo? É possível nomear para cargo em comissão um parente, se destituído de qualquer habilitação, capacitação ou virtude necessárias ao desempenho de função pública? A resposta deve ser negativa.

Os parâmetros normativos reguladores da matéria são claros: para exercer cargo ou emprego público é necessária, regra geral, aprovação em concurso público, ressalvada a possibilidade de nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como a contratação para atendimento, por tempo determinado, de necessidade de excepcional interesse público, com o que o legislador constituinte de 1988 deixou

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 6ª edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 010, p. 874/875

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

evidente sua intenção de prestigiar, também no que se refere às formas de acesso às carreiras públicas, os princípios regentes da atividade estatal fixados.

Tanto as funções de confiança como os cargos em comissão “destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”. O vocábulo “apenas” (advérbio ou “palavra denotativa de exclusão” como preferem os gramáticos mais modernos) demonstra facilmente a intenção do legislador constitucional de não admitir a criação de cargo comissionado com nenhuma outra atribuição que não possua característica de direção, chefia ou assessoramento.

É novamente a lição de Marçal Justen Filho²⁷, *verbis*:

Em primeiro lugar, a Constituição não atribui à lei infraconstitucional autonomia para instituir cargos em comissão quando bem o entender. Como regra, os cargos em comissão são destinados ‘apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Logo, é inconstitucional criar cargo em comissão para outro tipo de competência que não essas acima referidas, tal como infringe à Constituição dar ao ocupante do cargo em comissão atribuições diversas.

Trata-se de norma de vinculação que afasta a discricionariedade e mais ainda a arbitrariedade. A discricionariedade do cargo comissionado se limita à escolha do agente que irá exercê-lo e, mesmo assim, vários são os dispositivos legais que restringem esta escolha a uma determinada classe de pessoas, além de limitações concernentes à idade, formação e outros.

Afora as limitações referentes às atribuições do cargo, exigiu, ainda, a CRFB a edição lei que determinasse o percentual de ocupação dos cargos em comissão por servidores de carreira, o que até hoje não foi efetuado pelo Legislador infraconstitucional, razão pela qual a jurisprudência começou a dizer tais limites, por força da ordem jurídica e do princípio da juridicidade.

Com efeito, emanam dos dispositivos constitucionais os requisitos para a investidura em cargo em comissão: fidejussão, precariedade, vedação de nepotismo e proporcionalidade na criação e investidura, diante do quadro existente no órgão. E mesmo que o cargo em comissão obedeça às hipóteses constitucionais, há de ser obedecida a proporcionalidade no quantitativo de cargo de carreira ou de servidores efetivos.

²⁷ Op. Cit. Pg. 873.

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

O conceito de proporcionalidade está relacionado à ideia de justa medida, justiça e equilíbrio, fato este que nos convence de que todos os atos públicos sejam eles do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, devem necessariamente ser pautados nessa noção essencial do instituto, que se encontra imiscuído no ordenamento jurídico como um princípio constitucional de fundamental importância para garantir o Estado de Direito, vez que tal princípio tem por escopo conter o arbítrio e impor a moderação do exercício do poder em prol da proteção dos direitos conferidos aos cidadãos.

Destaca-se ainda, que o princípio da proporcionalidade possui grande relevância no controle do arbítrio dos atos públicos, principalmente no que concerne aos atos do Poder Administrativo, por impor a este, moderação e conformidade com os preceitos constitucionais, vez que a atividade administrativa prima pela implementação do interesse público de satisfação dos fins legais e constitucionais. Assim, a Administração deve pautar sua atuação na medida necessária e proporcional diante do caso concreto.

Deve-se registrar, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade vincula o legislador, a Administração e o Judiciário, conforme já definiu o Supremo Tribunal Federal²⁸, de tal sorte que pode ser usado: 1) na definição, formulação, elaboração e execução de políticas públicas do Poder Executivo; 2) na discussão e aprovação pelo Poder Legislativo; 3) no controle parlamentar exercido diretamente pelo Legislativo ou pelo Tribunal de Contas, bem como no controle jurisdicional de constitucionalidade que se defende seja adotado.

Por conseguinte, pode-se afirmar que na atividade administrativa, estando pautada obrigatoriamente no princípio da proporcionalidade, deve estar presente os motivos, os fins e os meios.

Tem-se, portanto, que o caso concreto não atende a qualquer dos elementos do princípio da proporcionalidade. E, mesmo que atendesse a algum deles, tem-se como insuficiente o ato que apesar de adequado e necessário, isto é, apesar de transparecer idoneidade entre a medida imposta e a finalidade perseguida e demonstrar ser o menos lesivo aos direitos dos cidadãos, afete direito fundamental de forma tão intensa que sua manutenção

²⁸ CANOTILHO, 1998 apud Gilmar Ferreira Mendes, voto vencedor proferido na IF 2915/SP, 03/02/2003. DJ 28/11/2003, p. 00011. EMENT. v. 02134-01, p. 00152. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. MARCO Aurélio. Relator(a) do acórdão: Min. Gilmar Mendes, p. 3

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

se torne injustificável diante dos interesses gerais a serem protegidos com a medida, já que causa benefícios infinitamente inferiores às desvantagens que proporciona.

Sublinhe-se, consoante abordado no tópico anterior, que os cargos comissionados se referem apenas às atividades de direção, chefia e assessoramento, e não a atividades técnicas e administrativas ordinárias, ou seja, as funções técnicas e burocráticas não se enquadram no conceito legal de "cargo em comissão" a que faz alusão o artigo 37, II c/c V da CRFB/88.

Por outro lado, a aplicabilidade do princípio em comento também se refere ao quantitativo de cargo em comissão, visto que a Administração – e nesse caso a Assembleia Legislativa atua como administrador - não pode criar cargo em comissão alheio às funções de chefia, direção e assessoramento e em quantitativos desproporcionais na estrutura de cargos do órgão, por representar burla a regra do concurso público.

Assim, no que concerne ao quantitativo dos cargos/empregos em comissão, vale ressaltar o entendimento do STF, que ao fazer um cotejo entre o art. 37, V, da CRFB/88 e o princípio da proporcionalidade, explicitou o seguinte:

Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. **Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local. (RE 365.368-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-5-07, DJ de 29-6-07) (grifos postos).**

O Supremo Tribunal Federal em outro julgado se posiciona no mesmo sentido das vedações às condutas abusivas em matéria de cargos em comissão. Merecem destaques as manifestações exaradas pelo STF na análise do **RE 365.368**, de relatoria do Min. Carlos Velloso, datado de 29/11/2005. Referido acórdão abordava o pedido de inconstitucionalidade da lei criadora de cargos em comissão da Câmara de Vereadores de Blumenau, **sob alegação de afronta ao princípio da proporcionalidade, traduzido na discrepância entre o número de cargos efetivos e em comissão.**

A questão fundamental centrou-se na existência de um total de 67 servidores na Câmara, sendo destes, 42 comissionados e 25 efetivos. Baseado nesses números, o relator,

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

acolhendo o parecer exarado pela Procuradoria-Geral da República, admitiu a existência de ofensa aos princípios da moralidade e às normas que regulam o preenchimento de cargos públicos, conforme se depreende dos seguintes trechos:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que a exigência do concurso público para a investidura em cargo público deve ser interpretada com o máximo rigor. Nesse contexto, a criação de cargo em comissão, em que não se verifica o vínculo de confiança necessário e exigido a permitir a livre nomeação e exoneração, de modo a burlar, portanto, o requisito de concurso público, previsto no art. 37, inciso II, do Texto Maior, não merece persistir.

Ademais, forçoso, ainda, reconhecer a ofensa ao princípio da moralidade, eis que, dos 67 funcionários da Câmara de Vereadores de Blumenau, 42 são de livre nomeação, e apenas 25 são cargos de provimento efetivo. A professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO ao discorrer sobre o princípio da moralidade do ato administrativo afirma que é necessário exigir 'a proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir, entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos'.

Correto o parecer, que adoto, mesmo porque ajustado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que é no sentido de interpretar com o maior rigor a disposição constitucional que exige concurso público para ingresso no serviço público, certo que cargos em comissão, para cujo ingresso não se exige concurso público, devem constituir exceção. No caso, dos 67 funcionários da Câmara de Vereadores de Blumenau, 42 (quarenta e dois) são de livre nomeação e apenas 25 (vinte e cinco) de provimento efetivo. Do exposto, nego seguimento ao recurso.

No julgamento do Agravo Interno interposto contra a decisão denegatória do recurso extraordinário (RE-AgR 365368), o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, acrescentou argumentos à inconstitucionalidade do ato administrativo, *verbis*:

Analisando-se os argumentos supracitados, mister anotar a disparidade entre a quantidade de atribuições a cargo dos servidores efetivos da Câmara Municipal e as atividades típica de assessoramento parlamentar dos 42 cargos criados, evidenciando-se a violação do princípio da proporcionalidade [...]. Há inúmeros precedentes desta Corte que identificam a proporcionalidade e a razoabilidade como critérios que necessariamente devem ser observados pela Administração Pública no

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

exercício de suas funções típicas. Cito, a respeito, a ADI 2.551- MC-QO/MG, rel. Min. Celso de Mello, da qual extraio o seguinte trecho: 'O princípio da proporcionalidade (...) acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais'. (grifos nossos)

Com efeito, vê-se que o STF entendeu por desproporcional a existência de 42 comissionados dentre o total de 67 servidores na Câmara Municipal. À parte da análise numérica, o que se depreende do acórdão é o foco dado pelo Supremo à aplicação do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade como critério orientador do comportamento da Administração Pública. No caso em exame, houve flagrante ofensa à razoabilidade e, por consequência, à proporcionalidade, ao se desvirtuar a investidura em cargos públicos que deveriam ser de provimento efetivo, por meio das vias tortas de cargos em comissão.

O que diria o preclaro Tribunal Constitucional em relação ao preenchimento de 86% da força de trabalho da Assembleia Legislativa por servidores comissionados?

Aliás, tomando por base a matéria fático-jurídica trazida ao conhecimento do Poder Judiciário nesta ação juntamente com a documentação comprobatória que a acompanha, conclui-se, de forma inequívoca, que a reiterada prática levada a efeito pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro contraria frontalmente o teor da tese firmada como Repercussão Geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **Tese nº 1010 (RE nº1.041.210/SP)**, segundo a qual:

- a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, **não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;**
- b) tal criação deve pressupor a **necessária relação de confiança** entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;
- c) 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;
- d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir. (grifos nossos)

Quando o STF reconhece repercussão geral na decisão proferida em recurso extraordinário, o entendimento jurídico firmado tem de ser observado pelos jurisdicionados,

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

especialmente pela Administração Pública, de quem se exige o rigor no cumprimento dos provimentos judiciais.

Muito embora o art. 927 do CPC não qualifique expressamente a tese firmada em repercussão geral como uma das espécies de precedente obrigatório, a interpretação sistemática da lei processual conduz ao entendimento de seu efeito vinculativo.

Utiliza-se, primeiramente, o quanto previsto no art. 1.030, inc. I, do CPC, quando dispõe que o presidente do tribunal poderá “negar seguimento: a) [...] a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral”.

Outro ponto pertinente sobre vinculação que se retira do art. 1.030 está no inciso II, quando dispõe que o presidente ou vice-presidente, ao analisar o recurso extraordinário, deve “encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral”.

De efeito, outro ponto que permite a construção de uma vinculação do precedente criado em regime de repercussão geral está no art. 1.042 do CPC, quando dispõe que a decisão do presidente ou vice-presidente proferida em juízo prévio de admissibilidade, pela negativa de recurso extraordinário, baseando-se que o acórdão recorrido fundou-se na aplicação correta do entendimento firmado em regime de repercussão geral, não caberá agravo para levar esse recurso excepcional ao STF.

O art. 1.042, nesta leitura, concede ao precedente firmado em regime de repercussão geral uma autoridade imensa, com a impossibilidade de recurso extraordinário demonstrar mero inconformismo com a decisão do tribunal recorrido, necessitando, quando confrontar precedente de autoridade em repercussão geral, que o distinga ou supere, o que, sem fazê-lo, nem poderá interpor agravo para destrancar o recurso.

Assim, conclui-se que a postura reiteradamente adotada pelas partes demandadas contraria o entendimento firmado de maneira inequívoca pelo Tribunal a quem compete dizer a última palavra a respeito da aplicação e interpretação das normas constitucionais, não cabendo aos demandados outra atitude, que não, a de se curvar à tese firmada como Repercussão Geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal, Tese nº 1010 (RE

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

nº1.041.210/SP).

Por todo o exposto, evidencia-se que a criação dos cargos em comissão deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, ou seja, deve ter por termo inicial a verificação dos motivos, e se há pressupostos fáticos que possibilitem a gênese dos cargos em comissão. Por conseguinte, deve-se perquirir se os meios e os fins colimados estão sendo respeitados, ou seja, se o interesse social está sendo assegurado.

Portanto, ressalta-se que a criação indiscriminada de cargos comissionados dentro de uma mesma entidade ou órgão estatal, acaba por transpor as barreiras do aceitável, sendo inconcebível que a quantidade de cargo em comissão supere os efetivos, vez que o concurso público, neste caso, deixa de ser a regra, e passa a representar a exceção, motivo este que afronta de forma direta os postulados constitucionais.

- III -

DA TUTELA INIBITÓRIA

Ao postular que a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro passe a cumprir normas cogentes e, então, cesse a afronta ao disposto na Constituição da República, o *Parquet* pretende impedir que se repita a infração à ordem jurídica, aos objetivos fundamentais do Estado e à sociedade fluminense, o que se pode conseguir pela imposição de multa suficiente para coibir a prática irregular. Multa que, evidentemente, só incidirá e será cobrada pelo Ministério Público se o demandado mantiver o descumprimento ou voltar a descumprir a obrigação que lhe for imposta pelo Poder Judiciário.

Para tanto, é necessário impor aos entes demandados a obrigação constante nos pedidos que se formularão adiante. Uma vez demonstrada a ilicitude das condutas dos demandados, por contrariedade à ordem jurídica, aos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública e aos direitos transindividuais e indisponíveis, a conduta dos réus deve ser adequada, a fim de evitar que o ilícito constitucional se perpetue e se repita, com indiscutíveis prejuízos à coletividade, motivo pelo qual **a presente ação objetiva um provimento jurisdicional que se projeta para o futuro, de caráter inibitório e de tutela preventiva** (artigos 497 do CPC, 84 do CDC e 11 da Lei n. 7.347/85).

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

Independente de eventual composição em audiência de mediação, busca-se obter a fixação no título executivo judicial de condenação não só à cessação da conduta, mas também a não repetição da mesma, perfazendo tutela inibitória que se volta ao futuro. Do contrário, a cada repetição das mesmas condutas ilícitas ter-se-ia que ajuizar nova ação civil pública.

Diferentemente da tutela puramente reparatória, que visa à indenização de dano já ocorrido, a tutela inibitória tem como objetivo impedir a consumação do ilícito ou a perpetuação de sua prática, razão pela qual o parágrafo único do artigo 497 do CPC estabelece que, para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou mesmo sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Sobre o assunto, são precisas as lições de LUIZ GUILHERME MARINONI²⁹:

A tutela inibitória, configurando-se como tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória.

Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. Portanto, o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa.

A tutela inibitória é caracterizada por ser voltada para o futuro, independentemente de estar sendo dirigida a impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. Note-se, com efeito, que a inibitória, ainda que empenhada apenas em fazer cessar ou ilícito ou impedir a sua repetição, não perde a sua natureza preventiva, pois não tem por fim reintegrar ou reparar o direito violado.

A inibitória funciona, basicamente, através de uma decisão ou sentença que impõe um não fazer ou um fazer, conforme a conduta ilícita temida seja de natureza comissiva ou omissiva. Este fazer ou não fazer deve ser imposto sob pena de multa, o que permite identificar o fundamento normativo-processual desta tutela nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, Tutela Inibitória, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, pág. 37.

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

Já o fundamento maior da inibitória, ou seja, a base de uma tutela preventiva geral, encontra-se – como será melhor explicado mais tarde – na própria Constituição da República, precisamente no art. 5º, XXXV, que estabelece que “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. “[...] a tutela inibitória não deve ser compreendida como uma tutela contra a probabilidade do dano, mas sim como uma tutela contra o perigo da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, compreendido como ato contrário ao direito que prescinde da configuração do dano.

Nesse sentido, ainda que a demandada regularize momentaneamente sua conduta, frise-se por força do processo judicial, tal comportamento não tem o condão de afastar a tutela inibitória, haja vista que tal instituto jurídico está desvinculado de eventual regularização posterior da prática ilegal.

É que diante do caráter continuativo da tutela inibitória, caracterizada por projetar os efeitos da condenação para o futuro, evitando que o ilícito volte a ocorrer, basta a comprovação da lesão à ordem jurídica. Outro não é o entendimento consolidado no âmbito da jurisprudência dos Tribunais Superiores, a exemplo de precedente proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. INTERESSE DE AGIR. TUTELA INIBITÓRIA. PRESENÇA. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CÍVEL E PENAL. 1. Ação ajuizada em 11/02/2014. Recurso especial interposto em 29/01/2016 e atribuído a este Gabinete em 17/05/2017. 2. O propósito recursal consiste em determinar a possibilidade de se utilizar a tutela inibitória, com condenação de multa cominatória, para evitar a utilização de dados indevidamente obtidos pelo recorrido. **3. A ação inibitória pode ser definida como aquela que tem por objetivo alcançar provimento judicial apto a impedir a prática futura de um ato antijurídico, sua continuação ou repetição.** 4. Há interesse de agir, em ação que pleiteia tutela inibitória, quando houver a demonstração de que há um risco concreto e real de que o direito tutelado esteja em uma situação de vulnerabilidade. 5. As condições da ação devem ser aferidas com base na teoria da asserção, ou seja, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial, dispensando-se qualquer atividade instrutória. Precedentes. 6. É fato inconteste no ordenamento jurídico pátrio que as esferas cível e criminal são independentes, com as formas de interferência entre elas previstas expressamente em lei. Precedentes do STJ. 7. Não se trata, na hipótese dos autos, apenas de evitar a prática de crime de estelionato, mas de resguardar a

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

base de dados da recorrente, evitando consultas e alterações por terceiro não autorizado. 8. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – 3ª Turma, REsp 1.731.125-SP, Min. Rel. Nancy Andrighi, julgado em 27/11/2018) – *grifos nossos*

Por esses motivos, a presente ação deve ser julgada procedente para que seja deferida a tutela inibitória, a qual objetiva a integridade do ordenamento jurídico constitucional, especialmente os princípios que regam a Administração Pública e a regra constitucional de acesso aos cargos públicos, independentemente da ocorrência do dano presente ou futuro.

- IV -

DA TUTELA DE EVIDÊNCIA
(pedido de provimento liminar)

Segundo o preconizado pelo art. 294 do Novo CPC, a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência e, conforme o caso concreto, evidência, a qual pressupõe a demonstração de que as afirmações de fato estejam comprovadas, tornando o direito, como a própria nomenclatura indica, evidente.

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Nota-se que o artigo 311, IV, do CPC, destaca a prescindibilidade da demonstração do perigo da demora para concessão da tutela provisória de evidência, senão vejamos:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

(...)

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Sobre o tema, lecionam Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga³⁰ que, *in verbis*:

A aplicação da hipótese de tutela provisória de evidência exige o preenchimento de três pressupostos:

O primeiro deles é que a evidência seja demonstrada pelo autor e não seja abalada pelo réu mediante prova exclusivamente documental. Deve tratar-se de causa cuja prova seja basicamente documental. Uma interpretação extensiva permite que se considere aí abrangida a prova documentada (como a prova emprestada ou produzida antecipadamente), bem como a evidência de fatos que independem de prova ou mais provas (como o notório, o incontroverso e o confessado).

O segundo é que o autor traga prova documental (ou documentada) suficiente dos fatos constitutivos do seu direito que, por isso, já é evidente.

E o terceiro é a ausência de contraprova documental suficiente do réu, que seja apta a gerar “dúvida razoável em torno: (i) do fato constitutivo do autor; ou (ii) do próprio direito do autor – quando adequadamente demonstrado fato que o extinga, impeça ou modifique.

É de clareza solar que a presente ação está instruída com prova documental suficiente³¹ para demonstrar a manifesta afronta à regra constitucional insculpida no art. 37, incisos I a V, da Constituição Federal, que disciplina o provimento de cargos comissionados no âmbito da Administração Pública Brasileira.

Diante da situação fático-jurídica apontada e considerando o princípio da indisponibilidade do interesse público, tem-se que o caso concreto subsume-se ao preconizado pelo **parágrafo único do art. 311 do CPC**, que **permite ao juiz decidir liminarmente casos em que as alegações autorais possam ser comprovadas documentalmente e já haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos.**

³⁰ Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e Tutela Provisória – 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 629

³¹ A própria Assembleia informa o quantitativo desproporcional de servidores comissionados em relação ao de efetivos - fls. 398/400 do IC.

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

Ora, os documentos integrantes do inquérito civil que lastreia a presente ação coletiva comprovam as alegações ministeriais e a tese nº 1010 firmada no RE nº1.041.210/SP, com repercussão geral reconhecida, aduz que a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais e que 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.

Neste sentido, requer o Ministério Público **seja concedida tutela liminar de evidência** para que os demandados sejam compelidos por esse douto Juízo ao cumprimento das seguintes obrigações:

a) Abstenham-se de admitir/contratar servidores públicos em seu quadro de pessoal em desacordo com a regra do prévio concurso público, prevista no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, sob pena de imposição de multa cominatória no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por dia de não atendimento à ordem judicial;

b) Observem integralmente o disposto no art. 37, inciso V da Constituição Federal/88, quanto às funções de confiança e cargos em comissão, de modo que as funções de confiança e os cargos em comissão destinem-se, exclusivamente, às funções de direção, chefia e assessoramento, abstenendo-se de nomear pessoas para o desempenho de atividades meramente burocráticas, técnicas ou operacionais, devendo observar, nas referidas nomeações, a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado e a qualificação técnica mínima exigida para o cargo, sob pena de imposição de multa cominatória no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por dia de não atendimento da ordem judicial;

c) Passem a cumprir a necessária relação de proporcionalidade entre o número de cargos comissionados e o número de servidores ocupantes de cargos efetivos, devendo ser observado, até promulgação de resolução específica que discipline o provimento de cargos comissionados na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, o percentual de até 50% (cinquenta por cento) do quantitativo dos cargos efetivos, sob pena de imposição de multa cominatória no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por dia de não atendimento da ordem judicial;

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

d) Promovam a exoneração, no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias de todos as pessoas nomeadas para o exercício de cargos comissionados, cuja nomeação ocorreu em violação ao disposto no art, 37, incisos II e V, da Constituição Federal, especialmente aqueles cargos que se destinam ao desempenho de atividades meramente burocráticas, técnicas ou operacionais ou em manifesta desproporcionalidade ao quantitativo de cargos efetivos, sob pena de imposição de multa cominatória no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por dia de não atendimento da ordem judicial;

e) Promovam a nomeação, no prazo de até 90 (noventa) dias, de todos os candidatos aprovados no último concurso público com prazo de validade ainda pendente de expiração para ocuparem as vagas decorrentes de vacância por morte, exoneração ou aposentadoria, sob pena de imposição de multa cominatória no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por dia de não atendimento da ordem judicial;

Por fim, visando repelir qualquer entendimento diverso, insta registrar que o Título III, Livro V, do **Novo Código de Processo Civil, que trata da Tutela de Evidência, não menciona como pressuposto para sua concessão a reversibilidade da medida.**

-V-

DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS FINAIS

Por todo o exposto, requer o Ministério Público:

1. Seja designada audiência de conciliação, nos termos do art.334 e seguintes do CPC;
2. Inexistindo composição amigável, seja concedida a tutela de evidência nos termos dos pedidos formulados acima, tornando-os definitivos, após o trânsito em julgado.
3. A procedência integral dos pedidos, condenando-se os réus (tutela que deve guardar também natureza inibitória) nas seguintes obrigações:

3.1. Abstenham-se de admitir/contratar servidores públicos em seu quadro de pessoal em desacordo com a regra do prévio concurso público, prevista no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, sob pena de imposição de multa cominatória no valor de R\$ 10.000,00

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

(dez mil reais), por dia de não atendimento da ordem judicial;

3.2. Observem integralmente o disposto no art. 37, inciso V da Constituição Federal/88, quanto às funções de confiança e cargos em comissão, de modo que as funções de confiança e os cargos em comissão destinem-se, exclusivamente, às funções de direção, chefia e assessoramento, abstenendo-se de nomear pessoas para o desempenho de atividades meramente burocráticas, técnicas ou operacionais, devendo observar, nas referidas nomeações, a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado, sob pena de imposição de multa cominatória no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por dia de não atendimento da ordem judicial;

3.3. Passem a cumprir a necessária relação de proporcionalidade entre o número de cargos comissionados e o número de servidores ocupantes de cargos efetivos, observando o percentual de no máximo 50% (cinquenta por cento) do quantitativo dos cargos efetivos, dos quais no mínimo 50% (cinquenta por cento) serão exercidos por servidores de carreira, sob pena de imposição de multa cominatória no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por dia de não atendimento da ordem judicial;

3.4. Promovam a exoneração, no prazo de até 90 (noventa) dias do trânsito em julgado, caso prazo menor não tenha sido concedido, de todos as pessoas nomeadas para o exercício de cargos comissionados, cuja nomeação ocorreu em violação ao disposto no art. 37, incisos II e V, da Constituição Federal, especialmente aqueles cargos que se destinam ao desempenho de atividades meramente burocráticas, técnicas ou operacionais ou em manifesta desproporcionalidade ao quantitativo de cargos efetivos, sob pena de imposição de multa cominatória no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por dia de não atendimento da ordem judicial;

3.5. Realizem concurso público, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, para o provimento de cargos efetivos do quadro de carreira da ALERJ em número suficiente ao bom e fiel cumprimento de sua função institucional, sob pena de imposição de multa cominatória no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por dia de não atendimento da ordem judicial;

3.6. Imponha aos réus obrigação de fazer consistente em publicar em site institucional, com fácil acesso ao público, a relação atualizada de todos os nomeados em funções de confiança, cargos e/ou empregos em comissão e temporários, com os nomes das pessoas, o nome dos cargos, o número do ato e data da nomeação, a informação sobre lotação, valor

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA

mensal dos gastos para o pagamento de todas as funções de confiança e cargos em comissão ocupados e definidos em lei, independente do cumprimento da Lei de Acesso à Informação, sob pena de imposição de multa cominatória no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por dia de não atendimento da ordem judicial;

4. A autuação da presente exordial, ordenando-se a citação imediata dos demandados para, querendo, apresentarem contestação no prazo legal, sob pena de preclusão e revelia;

Para a comprovação dos fatos aqui narrados, protesta o Ministério Público, desde logo, pela produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, notadamente a documental, documental suplementar, pericial e testemunhal.

Diante dos mandamentos estabelecidos pela legislação processual, dá-se à causa o valor mínimo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Rio de Janeiro, 22 de novembro de 2019.

GLÁUCIA MARIA DA COSTA SANTANA

Promotora de Justiça