

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, representado, por delegação de atribuição, pela Subprocuradora-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais, conforme Ato em Anexo, vem, com fulcro no artigo 125, § 2º, da Constituição da República, artigo 162, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, artigo 29, inciso I, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, artigo 39, inciso I, da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e nos termos dos artigos 104 e 109, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, propor

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

em razão da ausência de norma legal do Município de Itaperuna que estabeleça os casos, condições e percentuais mínimos em que servidores efetivos ocuparão cargos em comissão criados no âmbito da Administração Pública Municipal, pelos fundamentos jurídicos a seguir expostos:

DOS DITAMES CONSTITUCIONAIS CONTRARIADOS

A ausência de norma legal do Município de Itaperuna que estabeleça os casos, condições e percentuais mínimos em que servidores efetivos ocuparão cargos em comissão criados no âmbito da Administração Pública Municipal, conflita com o preceito instituído pelo artigo 77, inciso VIII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro c/c artigo 37, inciso V, da Constituição da República.

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

[...]

VIII - os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei;”

“Art. 37 [CERJ] - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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

DA ADEQUAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS PELA VIA DA REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Como regra, tem-se que o ato de legislar constitui uma faculdade do agente legislativo, inserindo-se no âmbito discricionário de sua atuação, o que se convencionou chamar de *liberdade de conformação do legislador*. É certo, contudo, que tal liberdade, não ostenta caráter ilimitado, devendo cessar diante de mandamento constitucional que determine a criação de norma legal. Significa dizer que a inércia legislativa, neste último caso, configura omissão inconstitucional.

A possibilidade do controle em abstrato desse tipo específico de inconstitucionalidade encontra amparo no artigo 103, § 2º, da Constituição da República, tendo sido regulamentado pelos artigos 12-A a 12-H da Lei n.º 9.868/1999, nela incluídos pela Lei n.º 12.063/2009.

De acordo com entendimento acolhido pelo Supremo Tribunal Federal no RE n.º 148.283/MA, essa espécie de controle também é possível na esfera regional, de modo que as Constituições Estaduais podem instituir ação direta por omissão. No Estado do

Rio de Janeiro, especificamente, tal possibilidade se encontra prevista no artigo 162, § 2º, da Constituição Fluminense: “§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade, por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 (trinta) dias.”

Registre-se que a viabilidade do referido controle também encontra respaldo no artigo 108, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal, segundo o qual “Dentro do prazo de 10 (dez) dias após o trânsito em julgado da decisão [proferida em sede de Representação por Inconstitucionalidade], o Presidente do Tribunal de Justiça fará publicar, em seção especial do Diário Oficial, a parte dispositiva do acórdão com transcrição do texto impugnado *ou da omissão reconhecida*”.

DOS FUNDAMENTOS DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO DO MUNICÍPIO DE ITAPERUNA

Da ausência de previsão legal dos casos, condições e percentuais mínimos em que servidores municipais efetivos ocuparão cargos em comissão criados no âmbito da Administração Pública do Município de Itaperuna, nos termos do artigo 77, inciso VIII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro c/c artigo 37, inciso V, da Constituição da República.

Alterando a redação do inciso V do artigo 37, a Emenda à Constituição da República n.º 19/1998 modificou a regra segundo a qual os cargos de provimento em comissão deveriam ser exercidos preferencialmente por servidores de carreira. Segundo a nova redação, os cargos em comissão se destinam apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, e deverão ser preenchidos por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei.

“Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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

Cuida-se de norma de repetição obrigatória, embora a Constituição Estadual do Rio de Janeiro não haja procedido à alteração do dispositivo em nível regional:

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

[...]

VIII - os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei;”

Ressalta-se que as normas em comento encontram guarida nos princípios constitucionais da igualdade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e do interesse coletivo, e na regra do concurso público, e têm como objetivo subjacente a contenção do nepotismo e do clientelismo político, que tanto assolam e prejudicam o funcionalismo e os serviços públicos, sendo, portanto, indispensáveis ao bom gerenciamento da Administração.

Neste sentido, a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

“O texto constitucional anterior estabelecia que os cargos em comissão e as funções de confiança deveriam ser exercidos *preferencialmente* por servidores ocupantes de cargos de carreira técnica ou profissional. A EC nº 19/98, da reforma do Estado, todavia, alterando o inciso V do art. 37, restringiu essa investidura, limitando o exercício de funções de confiança a servidores ocupantes de cargo efetivo e a investidura em cargos em comissão a servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, devendo as atribuições de tais funções e cargos destinar-se apenas à chefia, direção e assessoramento. A norma ora vigente limita a investidura, em cargos em comissão, de pessoas que não pertencem aos quadros públicos, com o que se procurará evitar tantos casos de imoralidade e nepotismo existentes em todos os setores da Administração.”¹

Não se pode olvidar, ainda, que as referidas normas também cumprem um papel fundamental no controle da criação indiscriminada de cargos comissionados, que contribuem com o inchaço da máquina pública, dificultando o cumprimento das regras de responsabilidade fiscal, especialmente daquelas relativas aos limites máximos de despesa com pessoal (artigo 213 da Constituição Estadual c/c artigos 19 e 20 da Lei Complementar Nacional n.º 101/2000).

Tem-se, portanto, que cada ente federado deverá, mediante lei própria, prever os casos, condições e percentuais mínimos em que servidores efetivos ocuparão cargos em comissão criados no âmbito da Administração Pública Municipal. É neste sentido, inclusive, o parecer lançado pela então Procuradora-Geral da República na ADO n.º 44/DF: “A competência para edição da lei reclamada pelo art. 37-V da CF pertence à unidade federativa em que se insere o cargo. Lei nacional que eventualmente dispusesse a respeito afrontaria a autonomia e a competência do ente federativo para, de acordo com suas peculiaridades, disciplinar o regime jurídico-administrativo dos seus servidores (CF, art. 39-caput)”.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 655.

Neste sentido, confirmam-se os seguintes precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DA FIXAÇÃO DE PERCENTUAL MÍNIMO DE OCUPAÇÃO POR SERVIDORES EFETIVOS. MORA LEGISLATIVA. - A lei que cria cargos em comissão deve prever o percentual mínimo de ocupação por servidores efetivos (recrutamento limitado), sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão de exigência imposta no caput do artigo 23 da Constituição do Estado de Minas Gerais.”²

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - MUNICÍPIO DE DATAS - MORA LEGISLATIVA - CF, ART. 37, V - ART. 23 DA CARTA MINEIRA - AUSÊNCIA DE EDIÇÃO DE LEI QUE ESTABELEÇA PERCENTUAL MÍNIMO DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO A SEREM PREENCHIDOS POR SERVIDORES EFETIVOS - PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE O JUDICIÁRIO SUPRIR A LACUNA, ATUANDO COMO LEGISLADOR POSITIVO - FIXAÇÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA ELABORAÇÃO DA NORMA. 1. Compete ao legislador, como destinatário das normas consagradoras de direitos constitucionais, proceder em tempo razoável, útil à sua concretização, sempre que esta seja necessária para assegurar a sua exequibilidade, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. 2. É exigência constitucional que um percentual mínimo dos cargos de provimento em comissão seja preenchido por servidores efetivos (CR, art. 37, V). 3. Princípio da simetria. Norma repetida no art. 23 da Constituição do Estado de Minas Gerais. Omissão relevante, diante do transcurso de quase 20 (vinte) anos da promulgação da Emenda Constitucional n. 19/98. 4. Mora legislativa declarada. Impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, suprimindo a lacuna normativa, sob pena de invasão na esfera de competência própria dos demais Poderes estatais. 5. Representação julgada procedente. Fixação de prazo para a edição da lei.”³

Não obstante, em absoluto descompasso com as diretrizes constitucionais, o Município de Itaperuna criou centenas de cargos em comissão sem determinar os casos, as condições e os percentuais mínimos em que deverão ser preenchidos por servidores efetivos. Constata-se, assim, vício de inconstitucionalidade por omissão.

Tal omissão foi detectada, igualmente, pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, no **Processo TCE n.º 226.183-9/18**, ocasião em que foi recomendado ao Chefe do Poder Executivo local o encaminhamento ao Poder Legislativo “de projeto de lei que fixe as condições e os percentuais mínimos para cargos em comissão a serem preenchidos por servidores efetivos, observada a razoabilidade e a proporcionalidade na previsão do quantitativo, que não pode ser ínfimo”.

Por oportuno, confira-se a ementa da decisão proferida no referido processo:

“AUDITORIA GOVERNAMENTAL ORDINÁRIA. VERIFICAÇÃO DE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES NO PROVIMENTO DE CARGOS EM COMISSÃO E NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. NOMEAÇÕES PARA CARGOS EM COMISSÃO SEM ATRIBUIÇÕES DESCRITAS EM LEI E DESPIDAS DE CARÁTER DE DIREÇÃO, CHEFIA E

² TJMG, RI n.º 1.0000.17.024638-3/000, Des. Rel. Luiz Carlos Gomes da Mata, julgamento em 25/04/2018.

³ TJMG, RI n.º 1.0000.16.091438-8/000, Des. Rel. Áurea Brasil, julgamento em 08/11/2017.

ASSESSORAMENTO. **INEXISTÊNCIA DE LEI PREVENDO AS CONDIÇÕES E PERCENTUAIS MÍNIMOS DE CARGOS EM COMISSÃO DESTINADOS A SERVIDORES DE CARREIRA.** ADMISSÃO DE SERVIDORES COMISSIONADOS PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES TÍPICAS DA ADVOCACIA PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO IRREGULAR DE MÃO DE OBRA. CONTRATAÇÃO DE AUTÔNOMOS POR MEIO DE RECIBO DE PAGAMENTO A AUTÔNOMO. VIOLAÇÃO À REGRA CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO. CONTABILIZAÇÃO DE DESPESAS DECORRENTES DE CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO EM DESCONFORMIDADE COM OS PARÂMETROS NORMATIVOS VIGENTES. ADOÇÃO DO MODELO DE TERCEIRIZAÇÃO SEM PRÉVIO PLANEJAMENTO E DEMONSTRAÇÃO DA VIABILIDADE E DA VANTAJOSIDADE NA ESCOLHA DA CONTRATAÇÃO DE PARTICULAR PARA A EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS. NOTIFICAÇÃO. DETERMINAÇÃO. RECOMENDAÇÃO.⁴ (sem esse grifo no original)

Note-se que a configuração da inconstitucionalidade depende da inércia legislativa no prazo fixado na Constituição para a edição da norma ou, ausente tal prazo, do transcurso de prazo razoável para a sua elaboração.⁵

Conquanto inexista, no caso presente, prazo demarcado para o cumprimento do mandamento constitucional em questão, tem-se que, contados mais de vinte anos desde a publicação da Emenda Constitucional n.º 19/1998, que alterou a redação do artigo 37, inciso V, a inércia do Município de Itaperuna ultrapassou todos os limites da razoabilidade.

Em idêntico sentido, a doutrina de Luís Roberto Barroso:

“O pressuposto para o reconhecimento e declaração da inconstitucionalidade por omissão é o decurso de prazo razoável para a edição da norma exigida pelo texto constitucional. Portanto, a decisão que pronuncia a inconstitucionalidade por omissão total conterà sempre a constituição em mora do Poder ou órgão administrativo que permaneceu inerte quando deveria ter atuado. Intuitivamente, passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição de 1988, há inequívoca mora em relação às normas reclamadas pelo texto constitucional e ainda não criadas.”⁶

Diante do exposto, considerando o decurso de prazo razoável para a edição da norma referida no artigo 77, inciso VIII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro c/c artigo 37, inciso V, da Constituição da República, conclui-se que o Município de Itaperuna incorre em omissão inconstitucional, ao não dispor sobre os casos, condições e percentuais mínimos em que os seus servidores efetivos ocuparão os cargos em comissão criados no âmbito da Administração Pública Municipal.

⁴ TCE/RJ, Processo n.º 226.183-9/18, Conselheiro Rel. Rodrigo Melo de Nascimento, julgamento em 19/12/2018.

⁵ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019, p.266.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 181 (ebook).

DOS EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Como se deduz do artigo 162, § 2º, da Constituição Fluminense, o objeto do controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão se consubstancia na mora dos órgãos competentes para a edição da norma, sejam eles responsáveis pela atividade legislativa ou executores de atividade tipicamente administrativa.

Note-se, contudo, que embora a Constituição fixe o prazo de 30 (trinta) dias para o suprimento de omissões de órgãos administrativos, inexistente fixação de prazo para o saneamento de omissão atribuível ao Poder Legislativo (e ao Poder Executivo, nos casos em que a deflagração do processo legislativo é de sua iniciativa exclusiva).

Diante do silêncio constitucional, o Supremo Tribunal Federal adotou, inicialmente, postura de autolimitação (*self restraint*) quanto aos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade, limitando-se a declarar a mora legislativa. Neste sentido, o seguinte pronunciamento do Ministro Néri da Silveira, em sessão extraordinária do STF, no ano de 1995, onde se expôs o entendimento prevalente à época acerca do controle *in concreto* das omissões legislativas:

“Há, como sabemos, na Corte, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: **a majoritária, que se formou a partir do Mandado de Injunção 107**, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência de mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. **Outra corrente, minoritária**, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, ‘decide’, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. **Por último, registro minha posição, que é isolada**: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. **Adoto a posição que considero ‘intermediária’**. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabelecerá na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito ‘in concreto’ [...]”⁷ (sem esses grifos no original)

Esse quadro inicial começou a ser alterado, contudo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.682/MT, ocasião em que o Supremo fixou prazo de 18 (dezoito) meses para que o Congresso Nacional adotasse as providências

⁷ Apud FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Mandado de Injunção: do Formalismo ao Axiologismo? O que Mudou? Uma Análise Crítica e Reflexiva da Jurisprudência do STF*. In: CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe (Coords.). *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 15.

legislativas necessárias à regulamentação do artigo 18, § 4º, da Constituição da República.

Em decisão mais recente, proferida em 2016, na ADO n.º 25/DF, a Suprema Corte não apenas fixou prazo para o Poder Legislativo sanar a omissão relativa ao artigo 91 do ADCT da Constituição de 1988, como também determinou a concretização da norma, caso o prazo estipulado deixasse de ser atendido.⁸

Essa tendência parece ter se confirmado, em 2019, no julgamento da ADO n.º 26/DF, que, além de reconhecer a mora do parlamento para editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia, enquadrando-as nos tipos penais definidos na Lei n.º 7.716/1989, até que sobrevenha legislação autônoma sobre o tema, editada pelo Congresso Nacional.⁹

⁸ “O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão, vencido, no ponto, o Ministro Marco Aurélio. Na hipótese de transcorrer *in albis* o mencionado prazo, o Tribunal, por maioria, deliberou que caberá ao Tribunal de Contas da União: a) fixar o valor do montante total a ser transferido aos Estados-membros e ao DF, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT para fixação do montante a ser transferido anualmente, a saber, as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a, do texto constitucional; b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ; e que se comunique ao Tribunal de Contas da União, ao [Ministério da Fazenda, para os fins do disposto no § 4º do art. 91 do ADCT, e ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, para adoção dos procedimentos orçamentários necessários para o cumprimento da presente decisão, notadamente no que se refere à oportuna inclusão dos montes definidos pelo TCU na proposta de lei orçamentária anual da União, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Teori Zavascki e Cármen Lúcia (Presidente), que, no ponto, não acompanharam o Relator. Plenário, 30.11.2016.” STF, ADO n.º 25/DF, Min. Rel. Gilmar Mendes, julgamento em 30/11/2016.

⁹ “O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandato de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto

Conclui-se, portanto, que o Supremo vem acolhendo em sua jurisprudência a possibilidade do Poder Judiciário vir a preencher eventual vazio normativo, até que sobrevenha norma integrativa produzida pelos demais poderes.

In casu, uma vez configurada a omissão por desarrazoado decurso de tempo *in albis*, em assunto de relevante interesse social, exsurge a necessidade de conferir eficácia concreta ao controle abstrato.

Neste sentido, em absoluta harmonia com a jurisprudência emergente do STF, entende-se que o reconhecimento da mora, com a estipulação de prazo para que o legislador supra *sponte propria* o vácuo normativo, deve vir acompanhado da previsão de norma transitória a ser aplicada em caso de renitência. A solução reflete uma opção pela já referida via “intermediária”.

Em tese, seria possível cogitar do suprimento da lacuna legislativa mediante emprego de analogia, aplicando-se temporariamente a norma federal ou estadual que definisse os casos, as condições e os percentuais mínimos aos quais alude o artigo 37, inciso V, da Constituição da República.

Segundo o artigo 14 da Lei Federal n.º 8.460/1992, “Os dirigentes dos órgãos do Poder Executivo deverão destinar, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) dos cargos de Direção e Assessoramento Superior de níveis DAS-1, DAS-2 e DAS-3 a ocupantes de cargo efetivo lotados e em exercício nos respectivos órgãos”.

Já o percentual reservado dos cargos de níveis 4, 5 e 6 se encontra definido no Decreto Federal nº 5.497/2005 (alterado pelo Decreto n.º 9.021/2017): 50% (cinquenta por cento) do total de cargos em comissão DAS, nível 4; e 60% (sessenta por cento) do total de cargos em comissão DAS, níveis 5 e 6.

Vale destacar, ainda, que o Projeto de Lei Federal n.º 10.896/18, de iniciativa do Poder Executivo, pretende destinar, no mínimo, 50% dos cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores (DAS) de níveis 1 a 4 e 60% dos cargos de níveis 5 e 6 a servidores de carreira.¹⁰

Não obstante, apesar da ausência de valoração legislativa em relação à integralidade de cargos em comissão nas demais esferas de governo, ainda se afigura

manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Plenário, 13.06.2019.” STF, ADO n.º 26/DF, Min. Rel. Celso de Mello, julgamento em 13/06/2019.

¹⁰ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184572>> Acesso em 20 jul, 2020.

possível o suprimento da omissão legislativa pelo Poder Judiciário mediante extração de norma concreta, a partir de princípios constitucionais.

Assumindo-se que a regra geral na Administração Pública consiste no ingresso de servidores por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, e que o preenchimento dos cargos públicos deve atender os princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, do interesse coletivo e da proporcionalidade¹¹, tem-se como adequado o estabelecimento do percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento).

Registre-se que idêntico raciocínio tem sido empregado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, concedendo prazo de 180 (cento e oitenta) dias para a cessação da mora legislativa, determinou a aplicação subsidiária do percentual de 50% (cinquenta por cento), nos seguintes termos:

“INCONSTITUCIONALIDADE Alegação preliminar de que o percentual de cargos em comissão efetivamente preenchidos por servidores efetivos não altera a inconstitucionalidade arguida. Preliminar se confunde com o mérito, e com ele analisado. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Jacareí. Art. 53 da Lei Municipal nº 5.498, de 07 de julho de 2010, fixando percentual mínimo de 5% dos cargos em comissão, na estrutura administrativa direta e indireta, a serem preenchidos por servidores efetivos. (a) Percentual desproporcional e atentatório à regra do concurso público e aos princípios da legalidade e moralidade. Violação aos arts. 111 e 115, inciso V da CE. (b) Modulação dos efeitos. 180 dias contados da data do julgamento (art. 27 da Lei nº 9.868/99). Persistindo a omissão, após o prazo estabelecido, o percentual será fixado em 50%. Ação procedente.”¹²

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Municipal que fixa em quatro- por- cento o percentual mínimo de cargos de provimento em comissão a serem ocupados por servidores de carreira. A atividade legislativa não pode ser exercida de forma abusiva, ou de modo a tornar inócua previsão constitucional. Normativa que afronta o princípio da razoabilidade. Concessão de prazo de 180 dias para edição de nova lei regulamentando a matéria, sob pena de ser aplicado percentual mínimo de cinquenta-por-cento. Pedido julgado procedente.”¹³

¹¹ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme neste sentido, destacando-se, neste aspecto, o Tema n.º 1010, que teve como leading case o RE n.º 1.041.210/SP: “Criação de cargos em comissão. Requisitos estabelecidos pela Constituição Federal. Estrita observância para que se legitime o regime excepcional de livre nomeação e exoneração. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema. 1. A criação de cargos em comissão é exceção à regra de ingresso no serviço público mediante concurso público de provas ou provas e títulos e somente se justifica quando presentes os pressupostos constitucionais para sua instituição. 2. **Consoante a jurisprudência da Corte**, a criação de cargos em comissão pressupõe: a) que os cargos se destinem ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; **c) que o número de cargos comissionados criados guarde proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os institui**; e d) que as atribuições dos cargos em comissão estejam descritas de forma clara e objetiva na própria lei que os cria. 3. Há repercussão geral da matéria constitucional aventada, ratificando-se a pacífica jurisprudência do Tribunal sobre o tema. Em consequência disso, nega-se provimento ao recurso extraordinário. 4. Fixada 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 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.”

¹² TJSP, RI n.º 2.237.020-51.2016.8.26.0000, Des. Rel. Evaristo dos Santos, julgamento em 05/07/2017.

¹³ TJSP, RI n.º 2.111.908-72.2016.8.26.0000, Des. Rel. Mácio Bartoli, julgamento em 19/10/2016.

Considerando que a Constituição e o regime democrático não se excluem, mas, ao contrário, retroalimentam-se, o *Parquet* acredita que a referida medida conciliará, a um só tempo, os princípios da supremacia da Constituição e da separação dos poderes, permitindo que os poderes locais se adequem às disposições constitucionais, sem, contudo, admitir que a sua inércia injustificada esvazie por completo a vontade constitucional.

Por fim, frise-se que a necessidade de tal providência no caso em análise é confirmada pelo fato de a recomendação expedida, em 2018, pela Corte de Contas, no já referido Processo TCE n.º 226.183-9/18, não ter resultado na edição da norma pretendida.

DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, uma vez recebida e autuada a presente petição inicial:

- a) sejam notificados o Exmo. Sr. Prefeito e o Exmo. Sr. Presidente da Câmara Municipal de Itaperuna, para prestarem as informações que entenderem pertinentes;
- b) sejam intimados, na forma do artigo 104, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Município de Itaperuna; e, na forma do artigo 162, § 3º, da Constituição do Estado, o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro;
- c) seja intimado o Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com fundamento no artigo 162, § 1º, da Constituição Estadual;
- d) seja, ao fim, julgado procedente o pedido pelo Colendo Órgão Especial, **declarando a existência de mora legislativa do Município de Itaperuna**, em razão da ausência de norma legal municipal que estabeleça os casos, condições e percentuais mínimos em que servidores efetivos ocuparão cargos em comissão criados no âmbito da Administração Pública Municipal, conforme artigo 77, inciso VIII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro c/c artigo 37, inciso V, da Constituição da República;
- e) seja dada ciência ao Exmo. Sr. Prefeito e ao Exmo. Sr. Presidente da Câmara Municipal de Itaperuna, **fixando-se o prazo razoável de 180 (cento e oitenta)**

dias para a edição da norma imprescindível à concretização dos mencionados dispositivos constitucionais, sob pena de aplicação do percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) do total de cargos comissionados para os servidores efetivos do Município de Itaperuna.

Protesta por vista dos autos após as manifestações dos interessados, em conformidade com o disposto no artigo 106, inciso VIII, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

Dispensado o pagamento de custas e taxa judiciária, por ser feito de iniciativa do Ministério Público, por sua Chefia.

Rio de Janeiro, 27 de julho de 2020.

Ediléa Gonçalves dos Santos Cesario
Subprocuradora-Geral de Justiça de
Assuntos Cíveis e Institucionais

(Ato de delegação GPGJ n.º 636 de 27 de julho de 2020)
Procedimento Administrativo MPRJ n.º 2019.00422207

AOCivil/JFM