



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0070364-94.2020.8.19.0000

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

Representado: EXMO SR PREFEITO DO MUNICÍPIO DE NITERÓI

Representado: EXMO SR PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE NITERÓI

Relator: DES. NAGIB SLAIBI FILHO

Designada para Acórdão: DES. ELISABETE FILIZZOLA

ACÓRDÃO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. AUSÊNCIA DE NORMA LEGAL DO MUNICÍPIO DE NITERÓI QUE ESTABELEÇA OS CASOS, CONDIÇÕES E PERCENTUAIS MÍNIMOS EM QUE SERVIDORES EFETIVOS OCUPARÃO CARGOS EM COMISSÃO CRIADOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, fundada em ausência de norma legal do município de Niterói estabelecendo os casos, condições e percentuais mínimos em que servidores efetivos ocuparão cargos em comissão criados no âmbito da administração pública municipal.

Violação ao preceito instituído no artigo 77, inciso VIII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro c/c artigo 37, inciso V, da CRFB

Preliminares de não conhecimento e de indeferimento da representação afastadas. Colisão com o preceito instituído no artigo 77, VIII da Constituição do Estado c/c artigo 37, V, CRFB, razão pela qual resta observado o artigo 125, §2º da CRFB, não havendo que se cogitar do não conhecimento da representação. Inciso V do artigo 37 da CRFB que é norma de reprodução obrigatória, conforme enuncia o próprio *caput* do dispositivo.

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão oriunda de alegada omissão do Poder Público relacionada às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a Constituição investe o órgão estatal competente na obrigação de expedir comandos normativos.

imposição constitucional (inciso V do art. 37 da CF) que traz em seu bojo uma norma constitucional de eficácia limitada, qual seja, a de que para os cargos em comissão cabe aos inúmeros órgãos e entidades da



Administração Pública definir, mediante lei, o limite mínimo a ser reservado aos seus servidores efetivos.

Alterações constitucionais que visaram a concretizar os princípios de moralidade, impessoalidade e eficiência inscritos no art. 37, caput, da Lei Básica e reproduzidos no art. 77, caput, da Carta Fluminense.

E. STF que vem acolhendo em sua jurisprudência a possibilidade de o Poder Judiciário vir a preencher eventual vazio normativo, até que sobrevenha norma integrativa produzida pelos demais Poderes.

Transcurso de mais de 22 anos da promulgação da Emenda Constitucional 19/98, que promoveu a alteração da redação do artigo 37, V, CRFB, sem que o Município de Niterói tenha editado uma lei estabelecendo os casos, condições e percentuais mínimos em que servidores efetivos ocuparão cargos em comissão criados no âmbito da Administração Pública Municipal, sendo evidente a demora, bem como a omissão e, por conseguinte, a inconstitucionalidade por omissão.

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

REPRESENTAÇÃO ACOLHIDA PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO LEGISLATIVA DO MUNICÍPIO DE NITERÓI.

Vistos, relatados e discutidos os autos da **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 0070364-94.2020.8.19.0000**, em que figuram, como Representante, **EXMO SR PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e como Representados, **EXMO SR PREFEITO DO MUNICÍPIO DE NITERÓI** e **EXMO SR PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE NITERÓI**.

ACORDAM os Desembargadores que integram Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à maioria de votos, em julgar procedente a representação e declarar a inconstitucionalidade por omissão legislativa do Município de Niterói, em razão da mora em editar norma municipal que estabeleça os casos,



condições e percentuais mínimos em que servidores efetivos ocuparão cargos em comissão criados no âmbito da Administração Pública Municipal, vencido o Relator Des. Nagib Slaibi Filho que votou pela improcedência da representação.

Trata-se de Representação de inconstitucionalidade por omissão proposta pelo **EXMO SR PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** em razão da alegada ausência de norma legal do Município de Niterói, que estabeleça os casos, condições e percentuais mínimos em que servidores efetivos ocuparão cargos em comissão criados no âmbito da Administração Pública Municipal. Sustenta, em suma, que a ausência de norma legal no Município de Niterói que trace as mencionadas diretrizes 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. Pretende que seja julgado procedente o pedido declarando-se a existência de mora legislativa do Município de Niterói, almejando, ainda, que seja fixado 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 Niterói.

Informações do Exmo. Sr. Prefeito de Niterói a fls. 31/49 arguindo que a representação não deve ser conhecida, pois o instrumento processual utilizado e o órgão judicial submetido a tal análise não possui competência para o exercício do controle de constitucionalidade material do ato normativo impugnado em face do art. 37, V da Constituição Federal, uma vez que a Constituição do Estado, único paradigma desta ação direta, não estabelece expressamente a necessidade de definição de percentuais mínimos de cargos em comissão em lei, mas apenas dispõe que eles serão ocupados, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargos de carreira técnica ou profissional. Pugna pelo indeferimento da inicial por não se tratar de imposição ao legislador de uma conduta positiva, mas apenas uma indicação de preferência de ocupação de cargos em comissão e funções de confiança por determinados servidores, não havendo, portanto, omissão normativa a ser amparada por ação direta de inconstitucionalidade por omissão. No mérito, alega não se questionar que a regra constitucionalmente imposta é a realização de concursos públicos para provimento de cargos no serviço público. Todavia – como bem expôs o próprio MP, diga-se –, a nomeação de pessoas para funções em cargos comissionados é perfeitamente válida, desde que respeitados os requisitos que uma excepcionalidade demanda, quais sejam, os cargos em comissão hão de ser desempenhados por pessoas em que seja depositada confiança para o exercício de funções que demandem confiança política e atribuições de chefia, direção e assessoramento superior, e não funções eminentemente técnicas – justamente o panorama que se percebe na Administração Municipal, sendo certo que o número de cargos comissionados não é indicativo de sua irregularidade. Aduz que no tocante à violação ao princípio da separação de poderes que admitir, portanto, a procedência deste tipo de intervenção do Ministério Público seria, guardada as devidas proporções, permitir que o Poder Judiciário substitua a vontade dos representantes eleitos e concentre para si, toda a definição, resolução e, especialmente,



a forma de implementação das políticas públicas. Assevera que embora o STF já tenha admitido a possibilidade de fixação de prazo em sede de controle abstrato de inconstitucionalidade por omissão, ressaltou que tal prazo trata-se de mera indicação, de cunho político, sem, portanto, estabelecer consequências para o caso de eventual descumprimento.

Manifestação da Câmara de Vereadores de Niterói a fls. 57, alegando que a matéria concernente ao regime jurídico-administrativo de servidor público compete a cada ente da federação e, assim, a competência para a elaboração da lei a que se refere o art. 37, V da CRFB, na redação original da norma ou na conferida pela EC 19/1998, pertence à unidade federativa em que se insere o cargo. Requer a improcedência da representação de inconstitucionalidade por omissão.

Manifestação da douta Procuradoria Geral do Estado a fls. 70/81, apontando a improcedência do pedido, e caso se entenda caracterizada a omissão inconstitucional, seja determinada a fixação de um percentual mínimo de provimento de cargos em comissão por servidores efetivos, a reserva de 50% (cinquenta por cento) dos cargos em comissão, à míngua de uma analítica apresentação do cenário administrativo vivenciado pela Municipalidade local, exacerbado, motivo pelo qual não deve ser acolhida a pretensão em tal patamar.

Manifestação da douta Procuradoria de Justiça a fls. 84/95 opinando pela integral procedência, para: 1) declarar-se a existência de mora legislativa do Município de Niterói, em razão da ausência de norma legal 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; 2) fixar-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 razoável de 50% (cinquenta por cento) do total de cargos comissionados para os servidores efetivos do Município de Niterói.

É o breve Relatório.

VOTO

Inicialmente, devem ser afastadas as preliminares de não conhecimento e de indeferimento da representação arguidas pelo primeiro representado.

Cediço que a ação direta de inconstitucionalidade é o instrumento utilizado para a verificação de compatibilidade entre a lei e a Constituição do Estado, que, por conseguinte, também tem como parâmetro a CRFB.

A alegação de ausência de dispositivo legal no Município de Niterói que estabeleça casos, condições e percentuais mínimos em que servidores efetivos



ocuparão cargos em comissão criados no âmbito da Administração Pública Municipal colide com o preceito instituído no artigo 77, VIII da Constituição do Estado c/c artigo 37, V, CRFB, razão pela qual resta observado o artigo 125, §2º da CRFB, não havendo que se cogitar do não conhecimento da representação.

Do mesmo modo, não prospera a tese de indeferimento da inicial, tendo em vista que o inciso V do artigo 37 da CRFB é norma de reprodução obrigatória, conforme enuncia o próprio *caput* do dispositivo, ao referir que “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”.

No mérito, verifica-se a admissibilidade da presente representação de inconstitucionalidade por omissão, que tem como escopo servir de mecanismo para tornar efetiva norma constitucional, a partir da ciência ao poder público competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias, conforme preceitua o artigo 162, §2º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e no artigo 103, §2º, CRFB, *in verbis*:

“Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

No mesmo sentido, o artigo 162, §2º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro prevê:

“Art. 162. A representação de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais, em face desta Constituição, pode ser proposta pelo Governador do Estado, pela Mesa, por Comissão Permanente ou pelos membros da Assembleia Legislativa, pelo Procurador-Geral da Justiça, pelo Procurador-Geral do Estado, pelo Defensor Público Geral do Estado, por Prefeito Municipal, por Mesa de Câmara de Vereadores, pelo Conselho Seccional da



Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação na Assembleia Legislativa ou em Câmara de Vereadores, e por federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual.

(...)

§ 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.”

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão oriunda, portanto, de alegada omissão do Poder Público relacionada às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a Constituição investe o órgão estatal competente na obrigação de expedir comandos normativos.

Verifica-se ter intencionado o legislador constituinte de 1988, com a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conceder plena eficácia às normas constitucionais que dependessem de complementação infraconstitucional.

A doutrina e a jurisprudência vêm discriminando certos requisitos para a caracterização da omissão passível de controle via ação direta, conforme se depreende, por exemplo, do voto do eminente Ministro CELSO DE MELLO na ADI 1.439-MC (DJ de 30/5/2003), cujo excerto segue transcrito:

“O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade, portanto, pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em uma *facere*, gera a inconstitucionalidade por ação.

Pode ocorrer, no entanto, que o Poder Público deixe de adotar as medidas, legislativas ou não, que sejam necessárias para tornar efetivos, operantes e exequíveis os próprios preceitos da Constituição. Em tal situação, o Estado abstém-se de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs.

Desse *non facere* ou *non prestare*, resulta a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial,



quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.”

No caso, trata-se de Representação de Inconstitucionalidade por Omissão ajuizada em razão da ausência de norma legal do Município de Niterói que estabeleça os casos, condições e percentuais mínimos em que servidores efetivos ocuparão cargos em comissão criados no âmbito da Administração Pública Municipal.

Disponha a CRFB, no artigo 37, V, em sua redação originária, que os cargos em comissão e as funções de confiança seriam exercidos preferencialmente por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei.

Esse dispositivo foi alterado pela Emenda Constitucional 19/98, que estatuiu que as funções de confiança seriam exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo; que os cargos em comissão seriam preenchidos por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei e que tanto as funções de confiança, como os cargos em comissão estão reservados às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

As alterações constitucionais visaram a concretizar os princípios de moralidade, impessoalidade e eficiência inscritos no art. 37, *caput*, da Lei Básica e reproduzidos no art. 77, *caput*, da Carta Fluminense.

Assim, como forma de garantir a observância do princípio geral do concurso público como forma de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, restringiu-se o acesso das funções de confiança e dos cargos em comissão ao desempenho de atribuições de direção, chefia e assessoramento, devendo, outrossim, a lei estabelecer um percentual de cargos em comissão a serem providos por servidores de carreira, cuja qualificação já teria sido comprovada pela sua prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Por certo que o legislador pretendeu restringir a ampla discricionariedade na nomeação de servidores comissionados para evitar o inchaço da máquina pública e garantir a moralidade administrativa.

Como bem salientou a douta Procuradoria de Justiça a fls. 90,

“É verdade que, a despeito da falta de regulamentação dessa regra, não está o administrador impedido de nomear servidores de carreira para os cargos de provimento em comissão, como argumenta a Procuradoria-Geral do Estado. Mas, se essa possibilidade atendia parcialmente à redação anterior do art. 37, V, do Estatuto Federal, que estipulava o



provimento desses cargos preferencialmente por servidores de carreira ocupantes de cargos técnicos ou profissionais, essa discricionariedade outorgada ao administrador passou a ser limitada a partir da alteração impressa pela EC nº 19/98.

É mister que cada ente da Federação estipule os casos, condições e o percentual mínimo de cargos em comissão a serem destinados a servidores efetivos, o que deu origem, por conseguinte, a um dever de legislar de que ainda não se desincumbiu o Município de Niterói, apesar do decurso de mais de 20 anos desde a referida alteração constitucional.

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

Cediço que o E. Supremo Tribunal Federal vem acolhendo em sua jurisprudência a possibilidade de o Poder Judiciário vir a preencher eventual vazio normativo, até que sobrevenha norma integrativa produzida pelos demais Poderes, como se vê na ADO 25/DF:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. 2. Federalismo fiscal e partilha de recursos. 3. Desoneração das exportações e a Emenda Constitucional 42/2003. Medidas compensatórias. 4. Omissão inconstitucional. Violação do art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Edição de lei complementar. 5. **Ação julgada procedente 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. Após esse prazo, caberá ao Tribunal de Contas da União, enquanto não for editada a lei complementar:** a) fixar o valor do montante total a ser transferido anualmente aos Estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT; 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.”

ADO 25, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 30/11/2016, Publicação: 18/08/2017.

Ora, já se sabe que a norma constitucional não é autoaplicável, sendo necessário que o ente municipal, no caso, legisle acerca do percentual de servidores efetivos que preencherão os cargos em comissão dentro de sua estrutura administrativa, em observância aos princípios administrativos constitucionais.

Constata-se terem transcorrido mais de 22 anos da promulgação da Emenda Constitucional 19/98, que promoveu a alteração da redação do artigo 37, V, CRFB, sem que o Município de Niterói tenha editado uma lei estabelecendo os casos, condições e percentuais mínimos em que servidores efetivos ocuparão cargos em comissão criados no âmbito da Administração Pública Municipal, sendo evidente a demora, bem como a omissão e, por conseguinte, a inconstitucionalidade por omissão.

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

Nessa toada, tem-se a formulação no presente feito de norma que estabeleça o percentual de 50% dos cargos em comissão de direção, chefia e assessoramento a serem preenchidos por servidores de carreira tem caráter meramente subsidiário, a vigorar apenas se escoar *in albis* o prazo assinado para a elaboração da norma pelo Legislativo, incumbindo aos representantes do Município de Niterói fixar em definitivo esse percentual com base nas contingências locais, como o número exato de cargos efetivos e comissionados existentes na sua estrutura organizacional.

A questão não é nova em nosso judiciário, tendo assim decidido esta E. Corte:

“Representação de Inconstitucionalidade por omissão. Município de Trajano de Moraes. Ausência de legislação local que defina percentual de cargos em comissão reservados a ocupantes de cargo efetivo. Artigo 37, V, da CRFB. Omissão que, embora não impeça a nomeação de servidores, afronta os Princípios da Moralidade, Impessoalidade e Eficiência, que devem nortear o atuar da Administração. Omissão que se reconhece. Fixação do prazo de 180 dias para a edição da norma pertinente, sob pena de aplicação do



percentual mínimo de 50% do total de cargos comissionados destinados aos servidores efetivos. Percentual que não se afigura exagerado, uma vez que o prazo para deliberação pelo legislador local revela-se razoável e suficiente. Provimento.”

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 0076029-91.2020.8.19.0000, Rel. Des(a). JOSÉ CARLOS VARANDA DOS SANTOS - Julgamento: 19/07/2021 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL.

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. 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. Com efeito, observa-se ter transcorrido mais de 22 (vinte e dois) anos da promulgação da EC nº 19/98, que alterou a redação do art. 37, V, da CF, tempo muito além do razoável, sem que o Município de Itaperuna tenha editado uma lei estabelecendo os casos, condições e percentuais mínimos em que servidores efetivos ocuparão cargos em comissão criados no âmbito da Administração Pública Municipal, sendo inadmissível que o administrador continue nomeando indistintamente pessoas de fora dos quadros dos servidores públicos, de modo a consubstanciar a existência de vício de inconstitucionalidade por omissão legislativa, que inviabiliza a efetividade de uma norma constitucional basilar da Administração Pública, em vulneração aos arts. 37, V, da Constituição Federal e 77, VIII, da CERJ, além dos princípios da moralidade, impessoalidade, legalidade e eficiência, e ensejar sua supressão pelo Poder Judiciário. Assim, afigura-se razoável na espécie, conceder o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da publicação do presente acórdão, para que o Chefe do Poder Executivo e a Câmara Municipal do Município de Itaperuna empreendam as medidas necessárias à suprir tal lacuna legislativa, bem como determinar que, acaso vencido o referido prazo sem a aprovação de norma legal que estabeleça os casos, condições e percentuais mínimos em que servidores efetivos ocuparão cargos em comissão criados no âmbito da Administração



Pública Municipal, deverá ser adotado o percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores públicos de carreira. Representação acolhida, para declarar a inconstitucionalidade por omissão legislativa do Município de Itaperuna. Voto vencido."

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 050091-94.2020.8.19.0000, Rel. Des(a). MARIA INÊS DA PENHA GASPAR - Julgamento: 07/06/2021 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL.

"EMENTA: direta de inconstitucionalidade por omissão, em razão da ausência de norma legal do Município de Japeri que estabeleça os casos, condições e percentuais mínimos em que servidores efetivos ocuparão cargos em comissão criados no âmbito da Administração Pública Municipal. Violação ao preceito instituído no artigo 77, inciso VIII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro c/c artigo 37, inciso V, da Constituição da República. Preliminares afastadas. A imposição constitucional (inciso V do art. 37 da CF) traz em seu bojo uma norma constitucional de eficácia limitada, qual seja, a de que para os cargos em comissão cabe aos inúmeros órgãos e entidades da Administração Pública definir, mediante lei, o limite mínimo a ser reservado aos seus servidores efetivos. Em se tratando de matéria cuja iniciativa é do chefe do Poder Executivo (art. 61, §1º II, da Constituição Federal e art. 112, §1º, II, b, da CERJ), sua inércia configura a omissão normativa, a exigir a intervenção do Judiciário. Ao se omitir em estabelecer os requisitos para o provimento dos cargos, a municipalidade impede a fiscalização, em verdadeira burla às exigências do concurso público e da ética pública. A investidura em cargo público, em regra, dar-se-á por concurso, sendo as nomeações para cargos em comissão um modo excepcional de provimento. Não por outro motivo, deve se amoldar às estritas hipóteses previstas constitucionalmente para criação dos cargos em confiança. Os princípios básicos da Administração Pública devem ser os norteadores da atividade do administrador, explícitos na Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Desde a edição da Emenda Constitucional nº 19/1998, não houve, pelo Município de Japeri, qualquer



iniciativa de regulamentar o dispositivo para impedir que, de forma desordenada, os cargos sejam todos indistintamente providos por particulares, desafiando a intenção do legislador. Procedência da ação para declarar a existência de mora legislativa do Município de Japeri, fixando o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para a edição da norma imprescindível à concretização dos mencionados dispositivos constitucionais, sob pena de ser aplicado analogicamente o Decreto Federal 5.497 de 21/07/2005, do percentual mínimo razoável de 50% do total de cargos DAS 1, 2, 3 e 4 ou equivalente sejam ocupados por servidores de carreira e ao menos 60% do total de cargos DAS 5 e 6 ou equivalente, sejam ocupados por servidores de carreira, do total de cargos comissionados para os servidores efetivos do Município de Japeri.”

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 0083326-52.2020.8.19.0000, Rel. Des(a). KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT - Julgamento: 28/06/2021 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL.

Desta feita, verifica-se a inconstitucionalidade por omissão legislativa do Município de Niterói, por vulnerar o artigo 77, VIII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e 37, V, CRFB, devendo ser fixado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para a aprovação de lei municipal que estabeleça os casos, condições e percentuais mínimos em que servidores efetivos ocuparão cargos em comissão criados no âmbito da Administração Pública Municipal, e, acaso vencido o referido prazo, fica estabelecido o percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores públicos de carreira.

Por tais fundamentos, julgo procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade por omissão legislativa do Município de Niterói, em razão da mora em editar 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, na forma acima assinalada.

Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 2022.

Desembargadora ELISABETE FILIZZOLA
Designada para acórdão