



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

GAB. DES. KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT  
ÓRGÃO ESPECIAL



**DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº**  
0083326-52.2020.8.19.0000

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

**REPRESENTADO 1: EXMO. SR. PREFEITO DO MUNICÍPIO DE**  
**JAPERI**

**REPRESENTADO 2: EXMO SR PRESIDENTE DA CÂMARA**  
**MUNICIPAL DE JAPERI**

**LEGISLAÇÃO:** 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

**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



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

GAB. DES. KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT  
ÓRGÃO ESPECIAL



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.

### ACÓRDÃO

*VISTOS*, relatados e discutidos estes autos da Direta de Inconstitucionalidade n° 0083326-52.2020.8.19.0000, em que é Representante o Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Representado o Exmo. Sr. Prefeito do Município de Japeri e Exmo. Sr. Presidente da Câmara Municipal de Japeri

*ACORDAM*, por maioria, os Desembargadores que compõem o Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em **julgar procedente o pedido**, nos termos do voto da Relatora, vencido o des. Nagib Slaibi Filho.

Rio de Janeiro, 14 de junho de 2021

Des. Katya Maria de Paula Menezes Monnerat – Relatora





Representação de Inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 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, acarretando situação que conflita com o 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.

O 1º Representado alega a preliminar de inadmissibilidade da ação por ausência de parâmetro de dispositivos de controle da Constituição da República de reprodução obrigatória; e de não cabimento de Representação por Omissão em caso de norma de eficácia contida. No mérito, pela improcedência do pedido – *pasta 36*.

A Procuradoria do Município de Japeri ratificou as razões apresentadas pelo Chefe do Executivo municipal – *pasta 42*.

A Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro se manifestou pelo cabimento da Representação. No mérito, pela improcedência do pedido. Caso se entenda caracterizada a omissão inconstitucional e se determine a fixação de um percentual mínimo de provimento de cargos em comissão por servidores efetivos, reputa exacerbada a reserva de 50% (cinquenta por cento) dos cargos em comissão, à míngua de uma analítica apresentação do cenário administrativo vivenciado pela Municipalidade local – *pasta 46*.



O 2º Representado, sustenta que apesar da Constituição da República estabelecer exigência de que uma fração dos cargos comissionados sejam ocupados por servidores efetivos, esta não definiu os parâmetros para tais ocupações, permitindo que cada estrutura de poder, em sua esfera e de acordo com suas peculiaridades, possa melhor se organizar, em tempo e aspectos específicos à cada ente federativo. Cabe a cada ente decidir sobre a ocupação dos cargos em comissão por servidores de carreira, independentemente de existência de lei que o defina – *pasta 60*.

A Procuradoria de Justiça opina pela rejeição das preliminares e, no mérito, procedência da representação, para declarar a existência de mora legislativa do Município de Japeri, 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 fixar 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 50% (cinquenta por cento) do total de cargos comissionados para os servidores efetivos do Município de Japeri – *pasta 65*.

É o relatório.

Inicialmente, analisamos as preliminares.



Não procede a afirmação de que a presente ação adota como parâmetro de controle, exclusivamente, dispositivos da Constituição Federal.

Está evidenciado que esta ação direta de inconstitucionalidade é o instrumento adequado de verificação da compatibilidade entre a lei e a Constituição do Estado, tendo como parâmetro a Constituição Federal.

A peça inicial relata a ausência de norma legal no 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, conflita com o preceito instituído pelo artigo 77, inciso VIII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro<sup>1</sup> c/c artigo 37, inciso V, da Constituição Federal<sup>2</sup>. Não se encontra presente, portanto, qualquer ofensa ao disposto no art. 125, §2º, da Constituição Federal<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> 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**;

<sup>2</sup> 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

<sup>3</sup> Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.



No tocante à alegação de impossibilidade de se considerar o art. 37, inciso V, da Constituição da República, como norma de repetição obrigatória, ou sobre o não cabimento da Representação de Inconstitucionalidade por Omissão, em caso de norma de eficácia contida, esclarece-se que, para a configuração de determinada omissão inconstitucional, passível de discussão no âmbito de ADO, é necessária a existência de violação direta a dispositivo certo e determinado, que estabeleça em seu texto, a obrigatoriedade da atividade normatizadora para completar seu sentido e torná-la plenamente exequível.

A Emenda 19/1998, ao alterar o inciso V, do art. 37 da Constituição Federal, determinou que um percentual mínimo dos cargos comissionados fosse ocupado por servidores “de carreira nos casos, **condições e percentuais mínimos previstos em lei**” destinados apenas “às atribuições de direção, chefia e assessoramento”. A Constituição Estadual, por sua vez, reproduz em parte a norma em seu art. 77, inciso VIII pois prevê que preferencialmente os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei;

A omissão da municipalidade na fixação do percentual mínimo de cargos a serem preenchidos por servidores concursados, viola a Constituição Estadual que, pelo princípio da simetria deve ser observado, além do que, deixa de garantir o acesso do servidor efetivo, aos cargos em comissão.



Sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, o jurista José Afonso da Silva que recentemente completou 96 anos de idade (30/04/2021), trouxe a discriminação pioneira em três categorias: I- normas constitucionais de eficácia plena, II- **normas constitucionais de eficácia contida** e III- **normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida**. Esclarece que:

“Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário a outro órgão do Estado.



Por isso, pode-se dizer que as normas de eficácia plena sejam de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica, enquanto as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou, melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes, como melhor se esclarecerá depois. As normas de eficácia contida também são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade...'<sup>4</sup>

Assim, a norma de eficácia limitada com aplicabilidade indireta e mediata, um direito previsto na Constituição, mas não pode ser exercido enquanto não surgir uma lei, ou seja, a aplicabilidade da norma está limitada ao aparecimento de uma norma infraconstitucional posterior. E, o mestre José Afonso da Silva, divide a **norma de eficácia limitada em duas**: normas definidoras de princípio institutivo ou organizativo:

---

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso Da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 3ª ed, Malheiros, pág. 82/83



“Normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.”<sup>5</sup>

E normas definidoras de princípio programático.

“...“tais normas estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõe propriamente ao legislador a tarefa de atuá-la, mas requer uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nela indicados”<sup>6</sup>

O mestre Luis Roberto Barroso distingue as normas constitucionais de organização, normas definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas. As normas constitucionais de organização possuem o objetivo de organizar o exercício do poder político. As normas definidoras de direitos, teriam o escopo de fixar os direitos fundamentais dos indivíduos. E, as normas constitucionais programáticas delineariam os fins públicos a serem alcançados pelo Estado. E define o objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

“A Constituição de 1988 prevê, em diversos dispositivos, a necessidade da edição de leis

---

<sup>5</sup> idem

<sup>6</sup> idem



integradoras da eficácia de seus comandos. Isso pode ocorrer (i) em relação às normas constitucionais de organização; e (ii) em relação às normas definidoras de direitos. A inércia do legislador em qualquer dos dois casos configurará inconstitucionalidade por omissão.” “...Em relação às normas programáticas, onde se prevê genericamente a atuação do Poder Público, mas sem especificar a conduta a ser adotada, não será possível, como regra, falar em omissão inconstitucional.”<sup>7</sup>

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão configura, como se depreende singelamente, modalidade de controle abstrato de constitucionalidade. Trata-se de processo objetivo de guarda do ordenamento constitucional, afetado pela alegada lacuna normativa ou pela existência de um ato normativo reputado insatisfatório ou insuficiente. Não se destina, portanto, à solução de controvérsia entre partes em litígio, operando seus efeitos tão somente no plano normativo.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup>BARROSO. Luís Roberto. O Controle De Constitucionalidade No Direito Brasileiro: Exposição Sistemática Da Doutrina E Análise Crítica Da Jurisprudência, 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, pág.56.

<sup>8</sup>, BARROSO, Luis Roberto, idem, págs.326/327.



Neste caso, a imposição constitucional (inciso V do art. 37 da Constituição Federal) traz em seu bojo uma **norma constitucional de eficácia limitada**, norma definidora de princípio institutivo ou organizativo (José Afonso Da Silva) norma constitucional de organização (Luis Roberto Barroso), 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.

A gestão municipal é competência exclusiva do chefe do Executivo (condições para o exercício de cargo público – art. 61, § 1º, II, *c*, da Constituição Federal e art. 112, § 1º, II, *b*, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro<sup>9</sup>) em se tratando de matéria de sua iniciativa a sua inércia configura a omissão normativa, a exigir a intervenção deste Colegiado.

A inconstitucionalidade por omissão, “verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais”<sup>10</sup>, o que se

<sup>9</sup> Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II - disponham sobre:

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

Art. 112. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público, a Defensoria Pública e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º. São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que:

II - disponham sobre:

b) servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade;

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso Da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 37ª ed. Malheiros, pág. 49



afigura no caso em exame. A matéria, portanto, é sujeita à apreciação deste Colegiado.

Assim, rechaçadas as preliminares, passamos ao mérito:

Não se desconhece a inexistência de separação absoluta dos Poderes Estatais. A essência do sistema adotado pelo direito brasileiro está na separação harmônica, a permitir que cada Poder exercite preponderantemente, mas não exclusivamente, um tipo de função e estrutura – Executivo, Legislativo e Judiciário, com uma margem de autonomia, não se subordinando à outra, mas permitindo o seu controle.

Neste contexto, cabe ao chefe do Poder Executivo – municipal, estadual ou federal, um conjunto de competências atinentes à existência do Estado e à formulação de escolhas políticas públicas.

A investidura em cargo público, em regra, dar-se-á por concurso público, sendo as nomeações para cargos em comissão forma 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 norteadores da atividade do administrador, uma vez que explícitos na



Constituição Federal e na Constituição do Estado do Rio de Janeiro: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência<sup>11</sup>.

Os Estados e Municípios não são soberanos, mas autônomos, para autodeterminarem-se dentro do conjunto de limitações extraídas das normas de observância obrigatória previstas na Constituição Federal.

É inafastável do controle judicial os atos dos administradores ou gestores públicos, notadamente os que importem em despesas ao erário. Sobre as limitações ao poder discricionário, a “moderna doutrina, sem exceção, tem consagrado a limitação ao poder discricionário, possibilitando maior controle do Judiciário sobre os atos que dele derivem. Um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste na adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa. Se a conduta eleita destoa da finalidade da norma, é ela ilegítima e deve merecer o devido controle judicial”<sup>12</sup>.

O Município de Japeri não possui norma legal que estabeleça os casos, condições e percentuais mínimos em que servidores efetivos ocuparão cargos em comissão, conforme esclarece o Presidente da Câmara Municipal em resposta ao Ministério Público (*pasto 01, anexo 01*).

No entanto, em inúmeras oportunidades os Tribunais se manifestaram, inclusive o E. Supremo Tribunal Federal em sede de

<sup>11</sup> 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

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

<sup>12</sup> CARVALHO FILHO, José Dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 28ª ed, Atlas, pg. 52



repercussão geral, sobre a imperiosa necessidade de que o provimento de tais cargos guarde estrita proporcionalidade com a necessidade que sua criação visa suprir, bem como com o número de cargos de provimento efetivo nos quadros do ente da Federação que os institui (*ADI nº 4.125/TO, Relatora a Ministra Cármen Lúcia*). Neste sentido:

EMENTA 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. (RE 1041210 RG, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-107 DIVULG 21-05-2019 PUBLIC 22-05-2019) – *grifo nosso*

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.

Os cargos em comissão são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante e na prática são denominados de cargos de confiança. A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram



estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, Constituição Federal). Os cargos em comissão somente podem destinar-se a funções de chefia, direção e assessoramento, todas elas de caráter específico dentro das funções administrativas, por conseguinte, a lei não pode criar tais cargos para substituir outros de cunho permanente e que devem ser criados como cargos efetivos, exemplificando-se como os de perito, auditor, médico, motorista e similares, pois seria inconstitucional por vulnerar a destinação dos cargos em comissão, concebida pelo Constituinte (art. 37, V, Constituição Federal).

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 19/1998, 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”<sup>13</sup>.

O Poder Executivo Federal fixou por meio do artigo 14 da Lei Federal n.º 8.460/1992<sup>14</sup> e do Decreto n.º 5.497, de 21 de julho de 2005, percentuais mínimos de provimento dos cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores (DAS), de níveis 1 a 4, por servidores de carreira. O Decreto n.º 9.021, de 2017, modificou o art. 1º do Decreto n.º 5.497, de 2005, para determinar que: (i) ao menos 50% do total de cargos DAS 1, 2, 3 e 4 sejam ocupados por servidores de carreira; (ii) ao menos 60% do total de cargos DAS 5 e 6 sejam ocupados por servidores de carreira<sup>15</sup>

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, José Dos Santos, Manual de Direito Administrativo, 28ª ed, Atlas, págs 635/636

<sup>14</sup>Lei Federal n.º 8.460/1992 ... Art. 14. 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.

<sup>15</sup> DECRETO Nº 5.497, DE 21 DE JULHO DE 2005.

Art. 1º Serão ocupados exclusivamente por servidores de carreira os seguintes cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS da administração pública federal direta, autárquica e fundacional:

I - cinquenta por cento do total de cargos em comissão DAS, níveis 1, 2, 3 e 4; e (Redação dada pelo Decreto n.º 9.021, de 2017)

II - sessenta por cento do total de cargos em comissão DAS, níveis 5 e 6. (Redação dada pelo Decreto n.º 9.021, de 2017)

§ 1º A partir da vigência deste decreto não serão providos cargos em comissão em desacordo com o disposto no caput.

§ 2º Caberá ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão normatizar, acompanhar e controlar o cumprimento dos percentuais fixados no caput.

§ 3º Enquanto não for implementado sistema informatizado de controle para essa finalidade, a nomeação de não servidores de carreira para os cargos referidos no caput será precedida de consulta ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

§ 4º A nomeação de não servidores de carreira somente poderá ser efetivada mediante a comprovação de que o percentual de cargos providos por servidores de carreira, aferido para o conjunto dos órgãos e entidades sujeitos ao disposto no caput, é igual ou superior aos percentuais ali estabelecidos na data da consulta.

§ 5º Na hipótese de o cômputo dos percentuais de que tratam os incisos I e II resultar número fracionário de cargos, deverá ser considerado o número inteiro imediatamente superior.



No âmbito federal a matéria tem sido objeto de várias iniciativas para a sua regulamentação: no Senado Federal tramitam as PECs nº 20, de 2012, e nº 110, de 2015, o Projeto de Lei do Senado nº 257, de 2014 e na Câmara Legislativa o Projeto de Lei Federal n.º 10.896/18, além da Medida Provisória 1042/21, encaminhada pelo Executivo à Câmara dos Deputados em 15/04/2021, que busca simplificar a gestão de cargos em comissão e de funções de confiança na administração pública federal direta, autárquica e fundacional.<sup>16</sup>

E, não houve, pelo Município de Japeri, qualquer iniciativa no sentido de regulamentar o dispositivo para impedir que, de maneira desordenada, os cargos sejam todos indistintamente providos por

---

§ 6º O disposto neste Decreto não afasta a aplicação de normas mais restritivas, inclusive constantes de atos internos do órgão ou entidade, referentes à nomeação de não servidores de carreira para cargos em comissão.

Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se como servidor de carreira os servidores, ativos ou inativos, oriundos de órgão ou entidade de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, suas empresas públicas e sociedades de economia mista, ocupante de cargo ou emprego permanente no qual ingressou mediante concurso público ou, se em data anterior a 5 de outubro de 1988, mediante forma de provimento permitida pelo ordenamento da época de ingresso.

Parágrafo único. O disposto no caput aplica-se ao militar das Forças Armadas, agregado ou inativo, e ao militar do Distrito Federal.

Art. 3º Os órgãos, autarquias e fundações da administração pública federal deverão incluir em seus planos de capacitação ações voltadas à habilitação de seus servidores para o exercício de cargos de direção e assessoramento superiores, as quais terão, na forma do art. 9º da Lei nº 7.834, de 6 de outubro de 1989, prioridade nos programas de desenvolvimento de recursos humanos na administração pública federal.

Parágrafo único. Caberá à Fundação Escola Nacional de Administração Pública - ENAP promover, elaborar e executar programas de capacitação para os fins do disposto no caput, bem assim a coordenação e supervisão dos programas de capacitação gerencial de pessoal civil executados pelas demais escolas de governo da administração pública federal.

Art. 4º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 21 de julho de 2005; 184º da Independência e 117º da República.

<sup>16</sup>Fonte: Agência Câmara de Notícias



particulares, desafiando a intenção do legislador. Neste sentido o entendimento desta Corte:

0029282-54.2018.8.19.0000 - DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Des(a). ANTONIO CARLOS NASCIMENTO AMADO - Julgamento: 09/09/2019 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL - DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE VALENÇA. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 198/2017. ARTIGOS 18; 19; 20; 21 E 49, IV; 52 E 57, DA LC 198/2017. Perda de objeto no que se refere aos artigos 49, IV; 52 e 57, da Lei 198/2017, do Município de Valença. LC 218/2018 que revogou expressamente os referidos dispositivos. Representação acerca da (in)constitucionalidade dos dispositivos legais que criaram cargos em comissão e respectivos vencimentos para as funções de "Assessor da Procuradoria-Geral", "Chefe de Gabinete do Procurador-Geral" e "Diretor de Divisão das Coordenadorias", bem como da expressão "preferencialmente" no que se refere à escolha de servidores do quadro efetivo da PGM para ocupar o cargo de Procurador Coordenador-Geral, previsto no artigo 18. **A criação e preenchimento dos cargos em comissão devem observar os requisitos previstos na Constituição da República (artigo 37, V), repetidos pela Constituição Estadual (artigo 77, II), e ressaltados pela Suprema Corte quais sejam: criação para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, que**



**pressupõem a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado, bem como a existência de proporcionalidade entre o número de cargos comissionados criados e a necessidade que eles visam suprir e o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar.** Ademais, as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir. Cargos de "Assessor da Procuradoria-Geral", "Chefe de Gabinete do Procurador-Geral" e "Diretor de Divisão das Coordenadorias" artigos (arts. 19, 20 e 21, da LC 198/2017) que não trazem atribuições meramente técnicas, que fujam ao escopo de direção, chefia e assessoramento. Ademais, os três cargos demandam uma relação de confiança entre os Procuradores e os agentes que forem nomeados para exercer as funções a eles inerentes. Presença de funções técnicas que não desnaturam o cargo em comissão na feição dada pela Constituição da República e reproduzida na Constituição do Estado. O que é vedado é o exercício de atribuições exclusivamente técnicas - sem qualquer natureza de direção, chefia ou assessoramento - por ocupantes de cargos em comissão. Artigo 18, da lei impugnada, que trata do cargo de Procurador Coordenador-Geral, o qual poderia ser por advogado não concursado, o que vai de encontro ao artigo 176, da CERJ, que determina que a representação judicial e a consultoria jurídica do Estado, ressalvados o disposto nos artigos 121 e 133, parágrafo único, são exercidas pelos Procuradores do Estado, membros da Procuradoria-Geral. Declaração



de inconstitucionalidade da expressão "preferencialmente", contida o artigo 18, que se impõe, de forma a ser necessário o preenchimento desse cargo por servidor efetivo. Em consequência, os valores mencionados no anexo III, respectivos ao cargo em comento, somente poderão ser conferidos aos servidores efetivos. Efeitos da decisão. É razoável que se confira eficácia diferida por 18 meses, a contar do julgamento de eventuais embargos de declaração deste acórdão, tempo mais do que suficiente para que seja realizado novo concurso, com a reestruturação do quadro funcional da Procuradoria Geral do Município de Valença. PERDA DO OBJETO NO QUE SE REFERE AOS ARTIGOS 49, IV; 52 E 57, DA LC 198/2017. PROCEDÊNCIA PARCIAL da representação.

E o recente precedente desta Corte:

0050091-94.2020.8.19.0000 - RELATORA: DES. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR - Julgamento: 07/06/2021 - 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.”

O mestre português Canotilho afirma que, para ganhar significado autônomo e relevante, a omissão legislativa deve conezionar-se



com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional.<sup>17</sup>

Está, portanto, corroborada a necessidade de critérios específicos e constitucionalmente previstos para a ocupação de cargos em comissão, imperativo seja suprida a omissão legislativa, com base nos fundamentos acima expostos e na esteira do parecer ministerial.

E considerando a Constituição Federal promulgada em 05/10/1988, a emenda 19/1998, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro em 05/10/1989, está evidenciada a mora, caracterizada pelo decurso do prazo de mais de vinte anos, sem encaminhamento de mensagem pelo Executivo, nos termos do art.103, § 2º da Constituição Federal e art. 162, § 2º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, pág. 917.

<sup>18</sup> 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.

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 ~~Procurador-Geral da Defensoria Pública~~, \*\*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.

§ 4º - Declarada a inconstitucionalidade, a decisão será comunicada a Assembleia Legislativa ou a Câmara Municipal.



Em que pese não estar prevista a sanção para o não cumprimento do prazo para a edição da lei faltante (art. 103, § 2º da Constituição Federal e art. 162, § 2º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro), reconhecida a omissão e a mora em saná-la, com base no art. 4º da Lei de Introdução às Normas Do Direito Brasileiro<sup>19</sup>, utilizando a analogia os costumes e os princípios gerais do Direito, conforme precedentes deste Tribunal de Justiça<sup>20</sup> além dos citados acima, e do Supremo Tribunal Federal que vem acolhendo em sua jurisprudência a possibilidade de o Poder Judiciário preencher eventual vazio normativo, até que sobrevenha norma integrativa produzida pelos demais Poderes (precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.682/MT, o Supremo fixou prazo de 18 (dezoito) meses para que o Congresso Nacional adotar as providências legislativas necessárias à regulamentação do artigo 18, § 4º, da Constituição da República; ADO n.º 25/DF, Min. Rel. Gilmar Mendes, julgamento em 30/11/2016, o Supremo Tribunal Federal fixou prazo para o Poder Legislativo sanar a omissão relativa ao artigo 91 do ADCT da Constituição de 1988, e determinou a concretização da norma, caso o prazo estipulado deixasse de ser atendido; julgamento em 2019 da ADO n.º 26/DF reconheceu a mora do parlamento para editar lei que criminalize

<sup>19</sup> DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942.

Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010)

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

<sup>20</sup> TJRJ, DO, 29 abr. 1991, MI 6/90, rel. Des. José Carlos Barbosa Moreira. Havendo omissão do legislador estadual em regulamentar a norma da Constituição estadual que previa licença sindical para dirigentes de sindicatos de servidores públicos, o tribunal deferiu o pedido de licença, aplicando analogicamente as regras vigentes no setor privado, adotadas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).” *In*. BARROSO. Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019., pág.58



atos de homofobia e de transfobia, e enquadrando as condutas nos tipos penais da Lei n.º 7.716/1989, até a lei sobre o tema seja editada pelo Congresso Nacional)

Assim, na hipótese de descumprimento do prazo estabelecido neste julgado, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas Do Direito Brasileiro, aplicamos analogicamente o artigo 14 da Lei Federal n.º 8.460/1992<sup>21</sup>, as regras do Decreto Federal 5.497 de 21/07/2005, com as alterações do Decreto Federal 9.021 31/03/2017, 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.<sup>22</sup>

VOTO, pois no sentido de JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO, declarar a mora legislativa do Município de Japeri, em razão da ausência de norma que estabeleça os casos, as condições e os percentuais mínimos em que servidores efetivos ocuparão cargos em comissão criados no âmbito da Administração Pública Municipal (artigo 77, inciso VIII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro c/c artigo 37, inciso V, da Constituição da

<sup>21</sup> LEI FEDERAL n.º 8.460/1992 ...Art. 14. 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.

<sup>22</sup> DECRETO Nº 5.497, DE 21 DE JULHO DE 2005. Art. 1º Serão ocupados exclusivamente por servidores de carreira os seguintes cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS da administração pública federal direta, autárquica e fundacional:

I - cinquenta por cento do total de cargos em comissão DAS, níveis 1, 2, 3 e 4; e (Redação dada pelo Decreto nº 9.021, de 2017)

II - sessenta por cento do total de cargos em comissão DAS, níveis 5 e 6. (Redação dada pelo Decreto nº 9.021, de 2017)



**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**

**GAB. DES. KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT**  
**ÓRGÃO ESPECIAL**



República) e FIXAR O PRAZO DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS PARA A EDIÇÃO DA NORMA imprescindível à concretização dos mencionados dispositivos constitucionais sob pena de aplicando analogicamente as regras do artigo 14 da Lei Federal n.º 8.460/1992 e Decreto Federal 5.497 de 21/07/2005, o 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.

Cientifique-se o Chefe do Poder Executivo e a Câmara Municipal de Japeri (art.12-H da lei 9.868/99<sup>23</sup>).

Rio de Janeiro, 14 de junho de 2021

Des. Katya Maria de Paula Menezes Monnerat

Relatora

---

<sup>23</sup>Lei n. 9.868/99 Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009).

