

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
ÓRGÃO ESPECIAL**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0017322-96.2021.8.19.0000**

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

**REPRESENTADO: EXMO SR PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS**

**REPRESENTADO: EXMO SR PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIO DAS OSTRAS**

**RELATORA: DES. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR**

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS. Criação de Cargos em Comissão por lei, sem relacionar suas atribuições, as quais somente foram definidas em Decreto Municipal anterior. Apenas a lei pode ser o instrumento de criação de cargos públicos, no que se inclui sua localização na estrutura administrativa, sua denominação e seu conjunto de atribuições, determinação constitucional esta que não foi observada pelos representados, tendo em vista a edição de lei sem a atribuição das funções do cargo, bem como sua previsão por decreto, restando patente a inconstitucionalidade do art. 7º da Lei nº 2050/2017 e do art. 2º da Lei nº 2150/2018, do Município de Rio das Ostras, por vício de inconstitucionalidade material, e dos arts. 3º e 4º da Lei nº 2150/2018, e do Decreto nº 739/2013, do mesmo Município, por arrastamento, este último ante a existência de vício de inconstitucionalidade formal, insanáveis. Orientação da E. Corte Suprema, reafirmada no julgamento do RE 1.041.210/SP, sob o regime da repercussão geral - Tema 1010, em que restou fixada expressamente, no item “d” da tese firmada, que *“as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir”*. Município que já instituiu sua Procuradoria Jurídica, estruturada com cargos de procurador jurídico municipal providos por meio de concurso público de provas e títulos, não**

havendo como olvidar que a representação judicial e a consultoria jurídica do ente municipal devem ser exercidas apenas por procurador legalmente investido no serviço público através de concurso. Representação acolhida, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 7º da Lei nº 2050/2017 e 2º, e, por arrastamento, dos artigos 3º e 4º, os três últimos da Lei nº 2150/2018, além do Decreto nº 739/2013, também por arrastamento, todos do Município de Rio das Ostras, por violarem os artigos 7º, 9º, *caput* e §1º, 77, *caput* e incisos II e VIII, 98, V, e 112, §1º, II, “a”, 145, VI, alínea “a”, e 345, *caput*, da Constituição Estadual, cuja inconstitucionalidade é de ser reconhecida com a atribuição de efeitos *ex nunc* (um mês a contar da publicação do presente acórdão). Voto vencido.”

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0017322-96.2021.8.19.0000, em que é representante o **EXMO SR PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e representados o **EXMO SR PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS** e o **EXMO SR PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIO DAS OSTRAS**, acordam os Desembargadores do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria, em julgar procedente a representação e declarar a inconstitucionalidade do artigo 7º da Lei nº 2050/2017, dos arts. 2º, 3º e 4º da Lei nº 2150/2018, e do Decreto nº 739/2013, do Município de Rio das Ostras, com atribuição de efeitos *ex nunc*, nos termos do voto do Relator, vencido o Desembargador Nagib Slaibi Filho, que julgava extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do seu voto.

Rio de Janeiro, 24 de abril de 2023.

**MARIA INÊS DA PENHA GASPAR  
DESEMBARGADORA RELATORA**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
ÓRGÃO ESPECIAL**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0017322-  
96.2021.8.19.0000**

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

**REPRESENTADO: EXMO SR PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIO  
DAS OSTRAS**

**REPRESENTADO: EXMO SR PRESIDENTE DA CÂMARA  
MUNICIPAL DE RIO DAS OSTRAS**

**RELATORA: DES. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR**

**RELATÓRIO E VOTO.**

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo EXMO SR PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em face do EXMO SR PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS e do EXMO SR PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIO DAS OSTRAS, pugnando pela declaração da inconstitucionalidade dos art. 7º da Lei nº 2050/2017, do art. 2º e, por arrastamento dos arts. 3º e 4º da Lei nº 2150/2018, e do Decreto nº 739/2013, ao argumento de terem criado cargos públicos comissionados em desacordo com as normas constitucionais previstas nos artigos 7º, 9º, *caput*, 77, *caput* e incisos II e VIII, 98, V, e 112, §1º, II, “a” e “d”, 145, VI, alínea “a”, e 345, *caput*, todos da CERJ, e nos artigos 2º, 5º, *caput* e II, 29, *caput*, 37, *caput*, 48, X, 61, §1º, II, alínea “a”, e 84, VI, alínea “a”, todos da CRFB.

Aduz o representante (fls. 2/19) serem inconstitucionais o art. 7º da Lei nº 2050/2017, o art. 2º e, por arrastamento os arts. 3º e 4º da Lei nº 2150/2018, e o Decreto nº 739/2013, do Município de Rio das Ostras, por terem criado cargos públicos comissionados para desempenharem as atividades de assessoria jurídica no âmbito do Poder Executivo Municipal, sem relacionar suas atribuições legalmente previstas.

Argumenta que, após questionamentos por parte do *Parquet*, foi editado um decreto (Decreto nº 739/2013) antes mesmo da criação das leis ora impugnadas, na tentativa de sanar a questão envolvendo a criação de cargos em comissão de Assessor Jurídico sem norma que previsse suas atribuições.

Sustenta que nem a Lei nº 2.050/2017, em que subsistiram os cargos de Assessor Jurídico de Conciliação e Mediação I, nem a Lei nº 2.150/2018, que modifica a anterior extinguindo e criando mais uma vez novos cargos de Assessor Jurídico, descreveram as atividades inerentes a qualquer deles, restando como referência, apenas, o já referido Decreto nº 739/2013, porém a matéria se encontra sujeita ao princípio constitucional da reserva legal e, além disso, os vícios de inconstitucionalidade não podem ser remediados, pois a norma inconstitucional é nula de pleno direito, não podendo ser convalidada, mesmo que fosse editado um novo decreto, ou uma lei em sentido formal.

Assevera não ser possível aferir se o servidor público exerce seu mister de modo eficiente ou mesmo se o exerce, sem a previsão de atribuições, não se sustentando um cargo em comissão ou uma função de confiança apenas por sua nomenclatura, sendo inconstitucional a norma que os crie sem prever as atribuições correspondentes.

Destaca não ser possível convalidar o ato através de um instrumento tal como o Decreto nº 739/2013, bem como não poder este inovar no ordenamento jurídico, uma vez que a criação das atribuições, tal como a criação da nomenclatura dos cargos e funções, deve constar de lei em sentido formal, em decorrência do princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, II, da CF c/c o art. 9º, *caput* e 98, V, da CERJ, aplicável aos Municípios por força do art. 345, *caput*, do mesmo diploma.

Acrescenta incumbir à casa legislativa respectiva legislar sobre a criação de cargos, empregos e funções públicas, em projeto de lei de iniciativa atribuída ao Chefe do Poder Executivo, a teor do disposto no art. 112, §1º, II, alínea “a”, da CERJ.

Registra não autorizar o art. 145, VI, alínea “a”, da Carta Estadual, a criação de atribuições de cargos ou funções públicas por decreto, sob pena de supressão de competência constitucional da Câmara Municipal de participar do processo de formação da norma, interferindo, portanto, não apenas no regular desempenho de atividade tipicamente legislativa, mas também no necessário equilíbrio entre os poderes, prelecionado no art. 7º da CERJ.

Alega ter havido violação à regra geral na Administração Pública consistente no ingresso de servidores por meio de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, pois apesar de ser admissível o provimento de cargos em comissão, tal possibilidade

configura exceção, não podendo ocorrer de forma ampla e indiscriminada, conforme interpretação conjunta dos arts. 77, II, *in fine*, e VIII, da CERJ.

Assinala não terem as Leis n<sup>os</sup> 2050/2017 e 2150/2018 sequer mencionado as atribuições de seus cargos, o que descumpre a existência de criação pela própria lei que os institui, bem como ser exigível a criação de cargos em comissão somente para funções de direção, chefia e assessoramento, não sendo possível que se prestem a atividades burocráticas, técnicas ou operacionais, a par da necessária configuração de relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado, conforme já decidiu o STF no julgamento do RE n<sup>o</sup> 1.041.210/SP, sob o regime da repercussão geral (Tema 1010), requisitos que não foram observados pela lei alvejada.

Afirma ter a havido também a violação aos princípios da igualdade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e do interesse coletivo (artigos 9<sup>o</sup>, §1<sup>o</sup>, e 77, *caput*, da CERJ; artigos 5<sup>o</sup>, *caput*, e 37, *caput*, da CRFB), os quais têm como principais objetivos garantir o cumprimento das leis, conferir tratamento igualitário entre os administrados e conduzir a Administração a portar-se com o máximo de honestidade, produtividade e economicidade, pois além de vulnerar a regra do concurso público, a criação de cargos em comissão e de funções de confiança, sem atribuições específicas, ofende gravemente os princípios da igualdade, da moralidade e da impessoalidade, facilita o nepotismo e o clientelismo político, privilegiando poucos em detrimento de muitos.

Frisa contribuir a criação indiscriminada de cargos comissionados e de funções de confiança para dificultar o cumprimento das regras de responsabilidade fiscal, especialmente daquelas relativas aos limites máximos de despesa com pessoal (art. 213 da Constituição Estadual c/c arts. 19 e 20 da Lei Complementar Nacional n<sup>o</sup> 101/2000).

Aponta a inconstitucionalidade por arrastamento vertical do Decreto n<sup>o</sup> 739/2013, e horizontal dos arts. 3<sup>o</sup> e 4<sup>o</sup> da Lei n<sup>o</sup> 2150/2018, tendo em vista que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma impugnada se estende aos dispositivos normativos que apresentam com ela uma relação de conexão ou de interdependência, sendo, portanto, impossível a sua permanência no mundo jurídico se o seu fundamento de validade é inconstitucional.

Invoca julgados que entende favoráveis à tese sustentada, e pede, por fim, a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos citados frente à Constituição Estadual, com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*,

por violação aos arts. 7º, 9º, *caput* e §1º, 77, *caput* e incisos II e VIII, 98, V, e 112, §1º, II, “a”, 145, VI, alínea “a”, e 345, *caput*, da Constituição Estadual.

A Câmara Municipal prestou informações a fls. 37/65, salientando não ter havido violação às regras do concurso público, e nem aos princípios da igualdade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e do interesse coletivo, eis as atribuições dos cargos de assessor jurídico foram criadas pela Lei nº 1770/2013, a qual foi apenas regulamentada pelo Decreto nº 739/2013.

O prazo para o Exmo Sr. Prefeito do Município de Rio das Ostras prestar informações decorreu *in albis*, consoante certificado a fls. 74.

A Procuradoria Geral do Município de Rio das Ostras manifestou-se a fls. 119/122, se abstendo de defender os dispositivos impugnados na presente ação, por se alinhar ao que decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 1041210/SP, no sentido de que as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

A Procuradoria Geral do Estado manifestou-se a fls. 141/150, pugnando pela procedência total do pedido inicial.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da representação (fls. 152/159).

Tendo em vista a aposentadoria do antigo Relator, Exmo. Des. Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho (fls. 160), foi o presente feito redistribuído para esta Relatoria (fls. 163).

## **É O RELATÓRIO.**

### **VOTO.**

Assiste razão ao representante.

Versa o art. 7º da Lei nº 2050/2017 sobre a transformação dos 6 cargos remanescentes de Assessor Jurídico de Mediação e Conciliação, símbolo CC1, em 3 cargos em comissão de Assessor Jurídico de Mediação e Conciliação 1, símbolo CC1, no âmbito da estrutura da Procuradoria Geral do Município de Rio das Ostras, *in verbis*:

"Dispõe sobre a criação, transformação e extinção de cargos no quadro geral de servidores do Município, na estrutura da Procuradoria-Geral do Município e dá outras providências".

O PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS, Estado do Rio de Janeiro, Faço saber que a Câmara Municipal APROVA e eu SANCIONO a seguinte LEI:

(...)

Art. 7 - Ficam transformados no Quadro Geral de Servidores do Município, na estrutura da Procuradoria Geral do Município, os 06 (seis) cargos em comissão remanescentes de Assessor Jurídico de Mediação e Conciliação, símbolo CC1 em:

I - 03 (três) cargos em comissão de Assessor Jurídico de Mediação e Conciliação I, símbolo CC1, com vencimento de R\$ 3.496,12 (três mil quatrocentos e noventa e seis reais e doze centavos);

II - REVOGADO

Parágrafo único - Para nomeação em quaisquer dos cargos em comissão de Assessor Jurídico de Mediação e Conciliação será necessária a comprovação de regular inscrição como advogado na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB."

Por sua vez, estabelecem os arts. 2º, 3º e 4º da Lei nº 2150/2018, que:

"Extingue e cria cargos em comissão no âmbito da Procuradoria-Geral do Município".

O PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS, Estado do Rio de Janeiro, Faço saber que a Câmara Municipal APROVA e eu SANCIONO a seguinte LEI:

(...)

Art. 2º - Ficam criados, nos quadros da Procuradoria-Geral do Município, 30 (trinta) cargos em comissão de Assessor Jurídico, símbolo CC1.

Art. 3º - Os ocupantes dos cargos extintos de Assessor Jurídico I, símbolo CC1A e Assessor Jurídico III, símbolo CC2, automaticamente ocuparão os cargos de Assessor Jurídico, símbolo CC1, criados no artigo anterior.

Art. 4º - O cargo Assessor Jurídico de Conciliação e Mediação I, símbolo CC1, passa a ser de Assessor Jurídico de Conciliação e Mediação, de mesma simbologia e com os mesmos ocupantes."

Observa-se, assim, das referidas normas, apresentarem estas uma listagem dos cargos comissionados transformados e/ou criados no

âmbito da Procuradoria Geral do referido Município, apenas acompanhados do símbolo e do quantitativo, além do salário correspondente a cada símbolo, sem qualquer especificação das atribuições inerentes a cada cargo ou função (fls. 2, 4, 5 e 8 do anexo 1), valendo acrescentar, outrossim, que o Decreto nº 739/2013, em seu texto, informa visar regulamentar a Lei Municipal nº 606/2001, de teor desconhecido nestes autos, e não a pretensa Lei nº 1770/2013, como sustenta a Câmara Municipal.

Com efeito, dispõe a *Lex Magna*, em seu art. 37, V, norma a ser interpretada em conjunto com o artigo 77, VIII, da CERJ, e de repetição obrigatória aos demais entes da Federação, tal como o Município de Rio das Ostras, que a criação de cargos de provimento em comissão está adstrita apenas e tão somente às atribuições de direção, chefia e assessoramento, cujos cargos devem ser preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei:

#### Constituição Federal

"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;"

#### Constituição Estadual

"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;"

Dispõem, ainda, os artigos 7º, *caput*, 9º, *caput* e §1º, 77, II, e os artigos 98, V, e 345, *caput*, todos Constituição Estadual, que:

#### Constituição Estadual

"Art. 7º. São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

(...)

Art. 9º O Estado do Rio de Janeiro garantirá, através de lei e dos demais atos dos seus órgãos e agentes, a imediata e plena efetividade dos direitos e garantias individuais e coletivos, mencionados na Constituição da República, bem como de quaisquer outros decorrentes do regime e dos princípios que ela adota e daqueles constantes dos tratados internacionais firmados pela República Federativa do Brasil.

§1º Ninguém será discriminado, prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, idade, etnia, raça, cor, sexo, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental, por ter cumprido pena nem por qualquer particularidade ou condição.

(...)

(...)

Art. 77

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público da administração direta, indireta ou fundacional depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

(...)

Art. 98. Cabe à Assembleia Legislativa com a sanção do Governador do Estado, não exigida esta para o especificado nos artigos 99 e 100, legislar sobre todas as matérias de competência do Estado, entre as quais:

(...)

V - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 145, caput, VI, da Constituição;

(...)

Art. 345 - O Município será regido por Lei Orgânica, votada em dois turnos, com o intervalo mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição da República, nesta Constituição e os seguintes preceitos:

Outrossim, estabelece o artigo 112, §1º, II, *a* da CERJ, por simetria ao disposto no artigo 61, §1º da CF que:

Constituição Estadual

"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 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:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica do Poder Executivo ou aumento de sua remuneração;"

Constituição Federal

"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:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;"

Nessa toada, consoante se extrai dos ensinamentos ministrados pelo ilustre Professor José dos Santos Carvalho Filho (*in* Manual de Direito Administrativo, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2009, 21ª edição), tem-se que *“cargo público é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente”*.

Nesse diapasão, tem-se que apenas a lei pode ser o instrumento de criação de cargos públicos, no que se inclui sua localização na estrutura administrativa, sua denominação e seu conjunto de atribuições, determinação constitucional esta que não foi observada pelos representados, tendo em vista a edição de lei sem a atribuição das funções do cargo, bem como sua previsão por decreto, restando patente a inconstitucionalidade do art. 7º da Lei nº 2050/2017 e do art. 2º da Lei nº 2150/2018, do Município de Rio das Ostras, por vício de inconstitucionalidade material, e dos arts. 3º e 4º da Lei nº 2150/2018, e do Decreto nº 739/2013, do mesmo Município, por arrastamento, este último ante a existência de vício de inconstitucionalidade formal, insanáveis.

Ressalte-se que a inconstitucionalidade formal reside na circunstância de uma norma ter sido editada por autoridade incompetente ou ter deixado de seguir as regras de elaboração legislativa que a própria Carta Magna do Estado enuncia, o que ocorreu na espécie, ao ter o Decreto suprimido a edição de lei formal, a ser votada pela Câmara dos Vereadores, ainda que sua iniciativa seja privativa do Prefeito, a teor do disposto no artigo 98, V c/c o artigo 112, §1º, II, “a”, ambos da Constituição Estadual.

De acordo com os ensinamentos ministrados pelo ilustre professor Luis Roberto Barroso (*in* Temas de Direito Constitucional, Ed. Renovar), a legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido, manifestando-se tal princípio sob duas formas diversas, que constituem, na verdade, dois princípios autônomos: o da preeminência da lei e o da reserva de lei.

*A “preeminência da lei significa que todo e qualquer ato infralegal será inválido de estiver em contraste com alguma lei. O princípio tem, nesta acepção, um sentido hierárquico: a lei prevalece sobre as categorias normativas inferiores. Vale dizer: tratando-se de matéria que não seja reservada exclusivamente à lei, poderão ser editados atos normativos inferiores. Mas se a lei preexistir ou sobrevier, prevalecerá”. Já a “reserva de lei, por outro lado, significa que determinadas matérias somente podem ser tratadas mediante lei, sendo vedado o uso de qualquer outra espécie normativa. É uma questão de competência.*

*O princípio da reserva legal comporta, ainda, especificações que permitem identificar duas grandes categorias, que abrangem a reserva de lei material ou formal, e absoluta ou relativa. Haverá reserva de lei formal quando determinada matéria só possa ser tratada por ato emanado do Poder Legislativo, mediante adoção do procedimento analítico ditado pela própria Constituição que, normalmente, incluirá iniciativa, discussão e votação, sanção-veto, promulgação e publicação”.*

Ressaltou, ainda, o augusto Mestre, que os regulamentos não acarretam e nem podem acarretar qualquer modificação ou inovação à ordem jurídica vigorante, por serem insuscetíveis de criar obrigações novas, sendo apenas aptos a desenvolver as existentes na lei, sob pena de incidir em abuso do poder regulamentar e invasão de competência legislativa, como na espécie, em que o Chefe do Executivo Municipal sonegou o procedimento previsto na Constituição ao editar o Decreto em tela, a implicar em inequívoca violação do princípio da reserva legal.

No mesmo diapasão, a orientação da E. Corte Suprema, reafirmada no julgamento do RE 1.041.210/SP, sob o regime da repercussão geral - Tema 1010, abaixo ementado, em que restou fixada expressamente, no item “d” da tese firmada, que “*as atribuições dos*

*cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir”:*

“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 1.041.210/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 22/05/2019)

No mesmo sentido, os arestos da E. Corte Suprema e deste E. Órgão Especial, abaixo ementados:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Condição. Objeto. Decreto que cria cargos públicos remunerados e estabelece as respectivas denominações, competências e remunerações. Execução de lei inconstitucional. Caráter residual de decreto autônomo. Possibilidade jurídica do pedido. Precedentes. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 5º da Lei nº 1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos arts. 61, § 1º, inc. II, "a", e 84, inc. VI, "a", da CF. Precedentes. Ações julgadas procedentes. São inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução."  
(ADI 3232/TO, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 03.10.2008)

"Ação Direta De Inconstitucionalidade. Lei nº 8.531/2019, do Estado De Sergipe. Legitimidade ativa da Associação Nacional dos Servidores do Ministério Público - Ansemp. Alteração do quadro de servidores do Ministério Público do Estado de Sergipe. Preliminar. (...) Mérito. Normas que instituem cargos em comissão e extinguem cargos de provimento efetivo no âmbito do parquet estadual. Tema 1.010 da sistemática da Repercussão geral. Criação de cargos em comissão sem o atendimento do pressuposto obrigatório de descrição das atribuições de assessoramento, chefia ou direção. violação dos imperativos do concurso Público (art. 37, II e V, CF). Afronta aos Princípios da moralidade e da isonomia (arts. 37, caput, e 5º, caput, CF). Precedentes. (...) Tema 1.010 da Sistemática da Repercussão Geral, o Plenário desta Suprema Corte debateu amplamente a questão constitucional envolvida na criação de cargos em comissão,

bem como seus pressupostos e condições, chegando-se a seguinte orientação: "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". 4. **É cediço o entendimento deste Tribunal no sentido de que viola a regra do concurso público (art. 37, II e V, CF) a criação de cargos em comissão, por meio de lei em sentido estrito, que não possuam a descrição detalhada dos atributos de chefia, direção e assessoramento, bem como que não demandem relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico.** Precedentes: ADI 4867, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 11.05.2020; RE 719870, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator p/ Acórdão: Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 13.10.2020; RE 806436 AgR, Relator: Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17/09/2014. Desatendido, pela Lei nº 8.513/19, o requisito do detalhamento das atividades dos cargos criados. A mera utilização do vocábulo "assessor" não delinea, por si só, as atividades desenvolvidas, a fim de possibilitar a compreensão do seu caráter de real assessoramento, direção ou chefia, nos termos constitucionalmente exigidos. Carece, a norma impugnada, do requisito constitucional relativo à finalidade específica de criação dos cargos para o exercício de atividades de assessoramento, direção ou chefia. Inconstitucionalidade configurada. 5. Embora não demonstrado o excesso da criação de 25 (vinte e cinco) cargos, a ausência de (i) justificativa para a criação de cargos em comissão e de (ii) descrição das atribuições impede seja delineada a necessidade da criação dos 25 cargos previstos nos arts. 4º e 5º da lei estadual em exame. Igualmente, a proporcionalidade em sentido estrito - a exigir a correlação entre os meios e os fins - não está presente, mormente considerando que não são revelados os objetivos a serem atingidos por meio dos novos cargos

criados. Inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, CF) e ao imperativo de realização de concurso público, que tem como corolários os princípios da moralidade e da isonomia (art. 37, caput, II e V, e art. 5º, caput, da Carta Magna). 6. A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que a extinção da vigência da norma impugnada ou a alteração substancial do seu conteúdo normativo, após a instauração do processo de controle concentrado de constitucionalidade, acarreta a perda superveniente do seu objeto, independentemente da existência de efeitos residuais concretos dela decorrentes. Precedentes. 7. Ação direta prejudicada."

(ADI 6386, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 14/10/2022) grifos nossos

"DECISÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO E FUNÇÕES GRATIFICADAS. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL: DESNECESSIDADE DE EXAME. ART. 323, PRIMEIRA PARTE, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório

1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República.

O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO E FUNÇÕES GRATIFICADAS. Mostram-se inconstitucionais disposições das Leis nº 6.145/07, n. 6.308/07 e n. 6.401/07, do Município de São Leopoldo, alterando o quadro de cargos em comissão e funções gratificadas da Fundação Hospital Centenário, sem especificar as atribuições de direção, chefia ou assessoramento. Afronta aos arts. 8º, 19, 'caput' e inciso I, 20 e 32 da Constituição Estadual. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME" (fl. 226).

2. A decisão agravada teve como fundamento para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a incidência na espécie da Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal (fls. 286-287).

3. O Agravante alega que o Tribunal *a quo* teria contrariado o art. 37, inc. V, da Constituição da República. Sustenta que "o aresto recorrido negou vigência aos seguintes dispositivos: artigo 32 da Constituição Estadual, artigo 535 do Código de Processo Civil, artigo 1º da Lei Municipal n. 6.145/2007, de parte do artigo 1º da Lei n. 6.308/2007 e do artigo 1º da Lei n. 6.401/2007" (fl. 6).  
Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO.

(...)

5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a criação de cargos em comissão para burlar a exigência do concurso público afronta o disposto no art. 37, inc. II, da Constituição da República. Firmou-se, ainda, no sentido de que é necessária a demonstração efetiva, pelo legislador municipal, da adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público. Nesse sentido, os seguintes julgados: RE 365.368-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 29.6.2007; e ADI 3.233, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Plenário, DJe 14.9.2007.

6. Na espécie vertente, o Tribunal *a quo* assentou que "mostram-se inconstitucionais disposições das Leis n. 6.145/07, n. 6.308/07 e n. 6.401/07, do Município de São Leopoldo, alterando o quadro de cargos em comissão e funções gratificadas da Fundação Hospital Centenário, sem especificar as atribuições de direção, chefia ou assessoramento. Afronta aos arts. 8º, 19, 'caput' e inciso I, 20 e 32 da Constituição Estadual" (fl. 226). Concluir de forma diversa do que foi decidido pelas instâncias originárias demandaria a análise prévia de legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Leis municipais ns. 6.145/07, 6.308/07 e 6.401/07). Assim, a alegada contrariedade à Constituição da República, se tivesse ocorrido, seria indireta, o que não viabiliza o processamento do recurso extraordinário. (...)

7. Nada há, pois, a prover quanto às alegações do Agravante.

8. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)."

(AI 778145/RS, Rel. Min. Carmen Lucia, DJ 10.02.2010)

"REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO NO ÂMBITO DA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DA PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO FIDÉLIS. ATRIBUIÇÕES DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SEGURANÇA URBANA QUE NÃO CONFLITAM COM AS PRÓPRIAS DE GUARDA MUNICIPAL OU DE SEGURANÇA PÚBLICA. CARGOS CRIADOS CUJAS ATRIBUIÇÕES NÃO SE ENCONTRAM DESCRITAS NO TEXTO LEGAL. OFENSA AO ARTIGO 37, V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. Representação por inconstitucionalidade proposta pelo Órgão Diretivo do Partido Socialista Brasileiro do Município de São Fidélis contra a Lei Municipal nº 1.587, de 10 de setembro de 2019, que criou a Secretaria Municipal de Segurança Urbana e cargos em comissão no âmbito da estrutura administrativa da Prefeitura do Município. Atribuições definidas pela lei impugnada à Secretaria Municipal de Segurança Urbana que não conflitam com as próprias de guarda municipal ou de segurança pública inerentes às diversas polícias enumeradas no texto constitucional, constituindo, em verdade, órgão de assessoramento superior, incumbida de estabelecer políticas, programas de segurança urbana, gerência e integração. Cargos criados cujas atribuições não se encontram descritas no texto legal, o que se faz necessário a fim de se verificar se de fato são destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento, nos termos do artigo 37, V, da Constituição da República. Como já decido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 1.041.210/RG, ao se reconhecer a repercussão geral do Tema 1010, deve-se reclamar, dentre outras exigências, que as atribuições dos cargos em comissão estejam descritas de forma clara e objetiva na lei que os criou, sob pena de se incorrer em vício de inconstitucionalidade. Artigos 9º a 12 da lei impugnada que não refletem qualquer inconstitucionalidade, figurando os argumentos de isolamento sem nexos dos referidos dispositivos, de inexistência de pertinência temática com o contexto do projeto legislativo ou mesmo da existência de relação

de interdependência com os demais dispositivos legais, meras conjecturas. Procedência parcial da representação."

(ADI nº 0061168-37.2019.8.19.0000, Rel. Des. Adolpho Correa de Andrade Mello Junior, Órgão Especial, Julgamento: 24/08/2020)

"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 5930/2002 E DOS DECRETOS NºS 289/94, 320/99, 363/99, 440/99, 442/99, 446/99, 470/99 E 529/2000, TODOS DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS, QUE DISPÕEM SOBRE A CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO A SER OCUPADOS SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA O INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO. 1. A legislação em comento cria cargos de provimento efetivo e de comissão, sem definição normativa das funções atribuídas a cada cargo, desrespeitando os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, o que fere o preceito contido no art. 37, II, da Carta Magna. 2. De outro lado, os Cargos em Comissão destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, daí porque a estes são exigidas atribuições definidas, devendo ser observado, também o número de vagas destinadas a servidores de carreira, como se vê do art. 37, V, da Lei Maior. 3. Arguição de Inconstitucionalidade que se julga procedente." (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0029961-06.2008.8.19.0000, Rel. Des. Miguel Ângelo de Barros, Órgão Especial, julgada em 15/06/2009)

"REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. Leis Municipais de São Gonçalo nº 25/1991, Anexos II, III e IV nº 18/1993, nº 40/1996 e nº 60/1996 e Resoluções da Câmara Municipal de São Gonçalo nº 89/2005 e nº 167/2007, que dispõem sobre criação de cargos em comissão. Violação ao art. 77, caput, II e VIII da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Legislação impugnada que cria cargos em comissão sem lhes definir as atribuições. Impossibilidade de verificação do exercício de direção, chefia ou assessoramento. Flagrante desproporcionalidade entre o número de cargos

efetivos e em comissão, correspondendo estes a mais do dobro daqueles. Vulneração a regra gera de provimento de cargos públicos por intermédio de aprovação em concurso público. Declaração de inconstitucionalidade. Procedência da Representação." (ADI nº 0012940-12.2011.8.19.0000, Rel. Des. Leila Mariano, julgada em 16.01.2012)

"Representação de inconstitucionalidade. Leis do Município de Duque de Caxias. Criação de cargos em comissão e função de confiança sem a descrição das atribuições no texto da lei. Temas 1010 e 670 de repercussão geral do STF. Violação aos Princípios do concurso público, da moralidade pública, da isonomia, da impessoalidade, da eficiência e da economicidade. Violação aos artigos 6º, 9º, § 1º, 77, caput, inciso II e V, da Constituição Fluminense. Impossibilidade de delegação ao Chefe do Executivo a criação de cargos em comissão. Matéria reservada à lei em sentido formal. Violação ao artigo 98, inciso V c/c artigo 145, inciso VI, alínea b, da Constituição do Estado do RJ. Preliminares, parcialmente, acolhidas. Inconstitucionalidade reconhecida." (ADI: 00442658720208190000, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, Órgão Especial, Julgamento: 13/12/2021)

De seu turno, é de se acrescentar que, embora a Constituição Federal não estenda aos municípios a obrigatoriedade de estruturar a Procuradoria-Geral do Município, sendo facultada ao ente municipal a opção de fazê-lo, em virtude de sua autonomia, tem-se que uma vez criado e organizado tal órgão, não é mais possível a criação de cargos comissionados para o desempenho de funções de natureza técnica, operacional, típicas dos cargos efetivos de procuradores municipais, restringindo-se aqueles, portanto, às funções de confiança e de assessoramento.

Consoante anteriormente já asseverado, os cargos de provimento em comissão constituem exceção, admitida pelo ordenamento jurídico constitucional, à regra do concurso público, estabelecida no art. 37, II, da Constituição da República, e, por simetria, no artigo 77, VIII, da CERJ.

Deve se ter em mente que o legislador constituinte pretendeu restringir a ampla discricionariedade na nomeação de servidores comissionados, no intuito de evitar o inchaço da máquina pública, e a proliferação de casos de imoralidade e nepotismo, que afloram em todos os setores da Administração dos entes públicos, estabelecendo, dada a relevância das atribuições a serem exercidas nos cargos de chefia, direção e assessoramento, que um percentual deles, deve ser preenchido por servidores de carreira, derivando tal mandamento do próprio princípio da moralidade, que norteia a Administração Pública, bem como dos princípios da impessoalidade, eficiência e da continuidade do serviço público.

Seguindo a mesma orientação, o aresto desta E. Corte, ora colacionado:

"REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DA CRIAÇÃO DOS CARGOS EM COMISSÃO DE 'PROCURADOR ADJUNTO I', 'PROCURADOR ADJUNTO II, CONSTANTES DO ARTIGO 21, INCISOS III, IV E PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO V E ANEXO III- 16 DA LEI Nº 2.725, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2009 COM A REDAÇÃO DADA PELOS ARTIGOS 2º, LETRAS 'A' E 'B' E 12 DA LEI Nº 2.862, DE 21 DE JULHO DE 2011, DO MUNICÍPIO DE RESENDE. INCONSTITUCIONALIDADE DOS REFERIDOS CARGOS POR NÃO SE ENQUADRAREM NAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS QUE EXCEPCIONAM A REGRA DO CONCURSO PÚBLICO. A DESPEITO DA CARTA MAGNA NÃO ESTENDER AOS MUNICÍPIOS A OBRIGATORIEDADE DE ESTRUTURAR A PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO, SENDO FACULTADO AO ENTE MUNICIPAL A OPÇÃO DE FAZÊ-LO, EM VIRTUDE DE SUA AUTONOMIA, UMA VEZ CRIADO E ORGANIZADO AQUELE ÓRGÃO, NÃO É POSSÍVEL A CRIAÇÃO DE CARGOS COMISSIONADOS PARA O DESEMPENHO DE FUNÇÕES DE NATUREZA TÉCNICA, OPERACIONAL, TÍPICAS DOS CARGOS EFETIVOS. ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS DE PROCURADOR ADJUNTO QUE NÃO CONDIZEM COM MERO 'ASSESSORAMENTO', POR TRADUZIREM ASPECTOS TÉCNICOS, CONFUNDINDO-SE COM AS FUNÇÕES ATRIBUÍDAS AO PROCURADOR JURÍDICO MUNICIPAL 'CARGO DE PROVIMENTO

EFETIVO QUE COMPÕE A ESTRUTURA DA PROCURADORIA MUNICIPAL DE RESENDE. EXISTÊNCIA DE 10 CARGOS DE PROCURADORES JURÍDICOS MUNICIPAIS, NÃO SE PODENDO ADMITIR A CRIAÇÃO DE NOVE CARGOS COMISSIONADOS PARA O EXERCÍCIO DAS MESMAS FUNÇÕES, POR FLAGRANTE AFRONTA AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE. OFENSA AOS ARTIGOS 9º, 77, CAPUT E INCISOS II E VIII, E 176, CAPUT E § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS QUE JUSTIFIQUEM A MODULAÇÃO TEMPORAL DO EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA EX TUNC. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO."

(ADI nº 0032300-54.2016.8.19.0000, Rel. Des. Luiz Zveiter, Órgão Especial, julgada em 16.01.2012)

Ora, nessa toada, revela-se inadmissível que o administrador continue nomeando indistintamente pessoas de fora dos quadros da Procuradoria do Município, de modo a consubstanciar a existência de vício de inconstitucionalidade, 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.

Ademais, como bem salientou o ilustre Procurador de Justiça a fls. 156/159, *in verbis*:

"Em síntese, trata-se da análise das Leis n.º 2.050/2017 e 2.150/2018, que criam cargos públicos comissionados para desempenharem as atividades de assessoria jurídica no âmbito do Poder Executivo do Município de Rio das Ostras sem, no entanto, prever as atribuições correspondentes. Questionada pelo Parquet, a Procuradoria-Geral do Município indicou, no Ofício n.º 797/2018-PGM, relativamente aos cargos em comissão de Assessor Jurídico, fora editado o Decreto n.º 739/2013, que descreveria as atribuições - embora, como facilmente se verifica, o referido Decreto seja anterior às próprias leis impugnadas na presente ação.

Além de, a toda evidência, as atribuições precisarem vir descritas na própria norma que cria os cargos, observe-se que a matéria se encontra sujeita ao princípio constitucional da reserva legal e, além disso, que vícios de

inconstitucionalidade não podem ser remediados: a norma inconstitucional e nula de pleno direito, não podendo ser convalidada, de modo que, ainda que fosse editado um novo decreto, ou mesmo uma lei em sentido formal, a situação de inconstitucionalidade não se alteraria.

O cargo público o configura um conjunto de direitos, deveres e competências conjugados de modo organizado e interrelacionado, ou seja, um conjunto de atribuições (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 724) Sem a previsão de atribuições, não seria possível aferir se o servidor público exerce o seu mister de modo eficiente ou mesmo se o exerce. Em síntese, um cargo em comissão ou uma função de confiança não se sustentam apenas por sua nomenclatura, sendo inconstitucional a norma que os crie sem prever as atribuições correspondentes.

Desse modo, é inevitável concluir que os referidos dispositivos da Lei n.º 2.050/2017 e 2.150/2018, do Município de Rio das Ostras, ao criarem cargos em comissão sem estabelecer as suas atribuições, revelam insanável vício de inconstitucionalidade. A tentativa de indicar um decreto (anterior à lei!) é inócua, além dos motivos expostos, por se tratar de ato infralegal, que não inova no ordenamento jurídico.

Como decorrência do princípio da reserva legal, inscrito no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República (c/c artigo 9º, caput, da Constituição do Estado), compete à lei, e não ao decreto, indicar as condições de aquisição ou restrição de direitos, e bem assim impor deveres.

A incidência do princípio da reserva legal, relativamente ao tema ora em análise, também se evidencia no artigo 98, inciso V, da Constituição do Estado, aplicável aos Municípios por força do seu artigo 345, caput. De acordo com o dispositivo, incumbe à casa legislativa respectiva legislar sobre a criação de cargos, empregos e funções públicas - mediante iniciativa do Chefe do Poder Executivo, consoante o disposto no artigo 112, §1º, inciso II, alínea "a", da CERJ. *Ad argumentandum tantum*, registre-se que o artigo 145, inciso VI, alínea "a", da Constituição Estadual não autoriza a criação de atribuições de cargos ou funções públicas por decreto. O raciocínio exposto está alinhado com o entendimento do Órgão Especial do TJRJ.

Como consequência da violação ao princípio da reserva legal, colhe-se, ainda, ofensa ao princípio da separação de poderes, que constitui não apenas um dos principais fundamentos do Estado de Direito, mas também a grande base das democracias modernas. Com efeito, a definição, através de decreto, das atribuições dos cargos e funções públicas em questão conduz à supressão da competência constitucional da Câmara Municipal de participar do processo de formação da norma, interferindo não apenas no regular desempenho de atividade tipicamente legislativa, mas também no necessário equilíbrio entre os poderes.

Ainda a respeito do silêncio referente às atribuições dos cargos criados pelo artigo 7º da Lei n.º 2.050/2017 e pelo artigo 2º da Lei n.º 2.150/2018, ambas de Rio das Ostras, convém ressaltar que a regra geral na Administração Pública consiste no ingresso de servidores por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, admitindo-se exceção aos cargos em comissão para funções de chefia, assessoramento e direção, conforme artigo 77, II e VIII da CERJ. Para que seja possível verificar o atendimento a contento da citada diretiva constitucional, as suas atribuições devem ser sempre explicitadas de forma clara, precisa e incontroversa, não comportando conjecturas, sob pena do reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Nesse sentido, menciona-se, mais uma vez, conforme já trazido pela PGE e pela própria PGM Rio das Ostras, o RE 1.041.210/SP, submetido ao regime de repercussão geral, com tese fixada no tema 1010, em que foram estabelecidos critérios de estrita observância para que se legitime o provimento de livre nomeação e exoneração. Veja-se:

'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.'

Dos quatro critérios estabelecidos, verifica-se que ao menos três não estão observados na hipótese em debate. Consoante já se explanou em tópico anterior, as Leis n.ºs 2.050/2017 e 2.150/2018, de Rio das Ostras, sequer mencionam as atribuições de seus cargos, o que descumpra, claramente, a exigência da criação pela própria lei que os institui. Pela mesma razão, descumpridas as exigências de criação de cargos somente para funções de direção, chefia e assessoramento, não sendo possível que se prestem a atividades burocráticas, técnicas ou operacionais, e de que haja relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado.

Observa-se, ainda, a violação aos princípios da igualdade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e do interesse coletivo (artigos 9º, § 1º, e 77, caput, da CERJ; artigos 5º, caput, e 37, caput, da CRFB). Ora, parece evidente que, além de vulnerar a regra do concurso público, a criação de cargos em comissão e de funções de confiança sem atribuições específicas ofende gravemente os princípios

da igualdade, da moralidade e da impessoalidade, facilita o nepotismo e o clientelismo políticos, privilegiando poucos em detrimento de muitos.

Mas não é só. Além de garantir que o acesso a cargos públicos ocorra em situação de plena igualdade, a regra de concurso público auxilia na seleção dos candidatos, de fato, mais aptos ao serviço público. Significa dizer que se viabiliza por seu intermédio, a concretização dos princípios da eficiência e do interesse coletivo, evitando a destinação de recursos públicos para o pagamento de servidores que não detêm qualificação técnica adequada para o exercício das funções para as quais foram nomeados.

Por fim, importa mencionar que, esteira da declaração de inconstitucionalidade do artigo 7º da Lei n.º 2.050/2017 e do artigo 2º da Lei n.º 2.150/2018, o Decreto n.º 739/2019, que alegadamente define as suas atribuições, e os artigos 3º e 4º do diploma de 2018, que alteram a nomenclatura e a lotação dos cargos comissionados impugnados, deverão, conseqüentemente e por arrastamento, ser declarados inconstitucionais.

A inconstitucionalidade por arrastamento ou por atração ocorre quando a declaração de inconstitucionalidade de uma norma impugnada se estende aos dispositivos normativos que apresentam com ela uma relação de conexão ou de interdependência. Na hipótese sob exame, em virtude da conexão e dos efeitos que os dispositivos ora apontados como inconstitucionais poderão produzir sobre os demais preceitos legais, haverá inegável esvaziamento dos conteúdos do diploma que se refiram aos cargos impugnados. É o que ocorre em relação ao referido decreto, que encerraria as atribuições dos cargos comissionados, e aos dispositivos que regulamentam detalhes dos cargos em comissão viciados, e que, como não poderia deixar de ser, revelam estreita relação de interdependência, sendo, portanto, impossível a sua subsistência no cenário jurídico, se o seu fundamento é inconstitucional."

Por sua vez, tem-se que os imperativos da realidade demandam um temperamento da decisão, como autoriza o artigo 27 da Lei nº 9.868/99.

A declaração de inconstitucionalidade, a princípio, demanda a atribuição de efeitos *ex tunc*, contudo, além do longo tempo em que as referidas leis se encontravam vigor, com vários servidores nomeados, tal atribuição poderia causar dificuldades técnicas ao Poder Público Municipal ante o afastamento dos ocupantes dos cargos de assessores jurídicos, no âmbito da Procuradoria Geral do Município, com possíveis prejuízos às atividades administrativas de consultoria e representação judicial, de modo a recomendar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*.

Dessa forma, há flagrante vício material e formal no que tange aos arts. 7º da Lei nº 2050/2017 e 2º, e, por arrastamento, dos artigos 3º e 4º, os três últimos da Lei nº 2150/2018, além do Decreto nº 739/2013, também por arrastamento, todos do Município de Rio das Ostras, por violarem os artigos 7º, 9º, *caput* e §1º, 77, *caput* e incisos II e VIII, 98, V, e 112, §1º, II, “a”, 145, VI, alínea “a”, e 345, *caput*, da Constituição Estadual, cuja inconstitucionalidade é de ser reconhecida, com a atribuição de efeitos *ex nunc* (um mês a contar da publicação do presente acórdão).

**EM FACE DO EXPOSTO**, julgo procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade do art. 7º da Lei nº 2050/2017 e do art. 2º, e, por arrastamento, dos artigos 3º e 4º, os três últimos da Lei nº 2150/2018, além do Decreto nº 739/2013, também por arrastamento, com efeitos *ex nunc*, na forma acima assinalada.

Rio de Janeiro, 24 de abril de 2023.

**MARIA INÊS DA PENHA GASPAR  
DESEMBARGADORA RELATORA**

Acr/1303