



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 31.942

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº
2174301-62.2018.8.26.0000

AUTOR: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RÉUS: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAÇAPAVA E PRESIDENTE DA
CÂMARA MUNICIPAL DE CAÇAPAVA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL — LEI QUE FIXA PERCENTUAL DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO A SER PREENCHIDO POR SERVIDORES DE CARREIRA EM 5% — Afronta aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da moralidade — Mora legislativa parcial reconhecida, devendo subsistir o dispositivo legal apontado — Inconstitucionalidade por omissão parcial verificada — Concessão de prazo de 180 (cento e oitenta) dias para nova regulamentação da matéria, sob pena de aplicação de percentual mínimo de 50%. Ação procedente.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão parcial, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, objetivando a declaração da inconstitucionalidade por omissão parcial quanto à definição do percentual mínimo de cargos em comissão do quadro de servidores da Câmara Municipal de Caçapava a serem preenchidos por servidores públicos efetivos, haja vista o constante do artigo 1º da Resolução n. 06, de 1º de novembro de 2017, da Câmara Municipal de Caçapava, a qual estabelece o percentual mínimo de 5%.

Transcreve o ato normativo impugnado, alegando violação aos artigos 111 e 115, inciso V, da Constituição Estadual, que, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 21/06, juntamente com o artigo 37, inciso V, da Constituição Federal, exige a edição de lei específica que estabeleça percentual mínimo dos cargos em comissão a serem preenchidos por



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

serem preenchidos por servidores de carreira” (fls. 11).

A ação é procedente.

A Resolução n. 06/17, da Câmara Municipal de Caçapava, em seu art. 1º, assim dispõe:

Art. 1º. Fica estabelecido que no mínimo 5% do total de cargos em comissão pertencentes ao quadro de servidores da Câmara Municipal de Caçapava deverão ser preenchidos por servidores públicos efetivos.

Tendo em vista o dispositivo guerreado, deve ser reconhecida a mora legislativa inconstitucional parcial, em afronta aos artigos 111 e 115, inciso V, da Constituição Estadual¹, que assim dispõem:

Art. 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

Art. 115 - Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

[...]

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,

¹ Aplicáveis aos Municípios em função do disposto no artigo 144 da Constituição do Estado, segundo o qual “os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; [...]

Observa-se que o dispositivo apontado criou a obrigação de que 5% dos cargos em comissão pertencentes ao quadro do Poder Legislativo Municipal sejam preenchidos por servidores de carreira.

Como é cediço, “a Emenda Constitucional n. 19/98 sistematizou a disciplina dos cargos em comissão, tendo em vista os excessos e os abusos, tão comuns à Administração brasileira. Basta citar o elevado número de cargos em comissão de direção superior, de recrutamento amplo. Tal prática acaba deteriorando o verdadeiro sentido da carreira e da profissionalização.” (Uadi Lammêgo Bulos. **Constituição Federal anotada**. 11. ed. SP: Saraiva, 2015. p. 700/701).

A intenção do comando constitucional é garantir que parte significativa dos cargos de direção, chefia e assessoramento seja preenchida por servidores efetivos, que tiveram sua capacidade técnica atestada por meio de concurso público.

Fixar percentual exíguo de cargos comissionados a ser preenchido por servidores efetivos é esvaziar a finalidade da regra constitucional, que busca garantir a qualidade do serviço público e a probidade administrativa.

Como bem salientou a douta Procuradoria Geral de Justiça, “a previsão de percentual ínfimo de 5% supre apenas de forma parcial a omissão, subsistindo a necessidade de sua complementação, para integral adequação ao preceito constitucional. Ensina a doutrina que: ‘Como a norma é inconstitucional por omissão parcial, a declaração de sua inconstitucionalidade retiraria o pouco de proteção que foi conferido pela lei ou a proteção que, embora prometida pela Constituição em maior extensão, foi deferida apenas a determinado grupo. Neste sentido, a declaração de inconstitucionalidade não constitui solução judicial adequada, uma vez que



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

é necessário preservar o benefício outorgado pela lei, ainda que insuficiente ou indevidamente limitado a determinado grupo ou categoria. (...) Ademais, no caso de omissão parcial em sentido horizontal (exclusão do grupo), da inobservância do legislador ao prazo fixado na decisão seria possível pensar em extrair os benefícios que deveriam ter sido conferidos pela lei ao grupo excluído. Neste caso, a decisão não estaria limitada à declaração de omissão constitucional, mas faria surgir – mediante conhecida e velha técnica processual respeitante às sentenças – a própria norma faltante, assumindo conteúdo constitutivo-positivo.' (Sarlet, Ingo Wolfgang – 'Curso de direito constitucional' Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pg. 1191). Possível, assim, a manutenção do preceito considerado insuficiente, que fixou o percentual de 5%, subsistindo, contudo, a necessidade de se suprir a omissão parcial, mediante o reconhecimento da mora legislativa quanto a este aspecto." (fls. 86, g.n.).

Essa questão já foi pacificada neste Colendo Órgão Especial, no seguinte sentido:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. Pretensão de que seja reconhecida mora legislativa no tocante à fixação de percentual mínimo dos cargos em comissão na estrutura administrativa da Companhia Docas de São Sebastião, a serem preenchidos por empregados públicos de carreira. Inteligência do artigo 115, inciso V, da Constituição estadual.

[...]

Artigo 115, inciso V, da Carta bandeirante statuindo que os cargos de provimento em comissão sejam preenchidos por servidores de carreira, nos percentuais mínimos previstos em lei. Norma constitucional de eficácia contida, segundo a classificação adotada pelo consagrado



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Professor José Afonso da Silva, incumbindo à Companhia e ao Chefe do Executivo estadual editar norma que regulamente esse comando constitucional. Mora legislativa verificada. Precedentes deste Egrégio Órgão Especial. Imposição do prazo de 180 (cento e oitenta) dias para a edição da lei específica. No caso de persistência da omissão, estipulação de percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) para os referidos cargos. (Direta de inconstitucionalidade n. 2066428-03.2018.8.26.0000 – Rel. Des. Geraldo Wohlers – j. em 12.9.18 – v.u).

Assim, é mesmo o caso de se reconhecer a mora legislativa inconstitucional parcial, por ofensa aos artigos 111 e 115, inciso V, da Constituição Estadual.

Ressalta-se que, em relação ao percentual mínimo fixado para os servidores do Poder Legislativo Municipal, com o reconhecimento da mora legislativa parcial em razão da edição do art. 1º da Resolução n. 06, de 1º de novembro de 2017, que regulou insuficientemente a matéria, conforme argumentação acima delineada, concede-se, então, à Câmara Municipal de Caçapava, prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que edite ato normativo regulamentador que cumpra efetivamente o comando constitucional.

Caso, vencido o prazo, verifique-se a omissão legislativa, fica fixado o percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira.

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, reconhecendo-se a mora legislativa parcial inconstitucional, fixando o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que a Câmara Municipal de Caçapava tome as providências cabíveis, estabelecendo-se que, em caso de persistência da mora após o transcurso do prazo ora fixado, no mínimo 50% dos cargos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

em comissão do quadro de servidores do Poder Legislativo Municipal
deverão ser preenchidos por servidores públicos efetivos.

MOACIR PERES

Relator

