



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 171/2019 – SFCONST/PGR
Sistema Único n.º 90965/2019

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 44/DF
REQUERENTE: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB)
INTERESSADOS: Presidente da República e Congresso Nacional
RELATOR: Ministro Gilmar Mendes

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INDICAÇÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA ATUAÇÃO LEGISLATIVA. CORRELAÇÃO ENTRE PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. ART. 37-V DA CONSTITUIÇÃO. CARGO EM COMISSÃO. PERCENTUAL RESERVADO A SERVIDORES DE CARREIRA. NORMA DE EFICÁCIA CONTIDA. PRODUÇÃO DE EFEITOS QUE INDEPENDE DE LEI REGULAMENTADORA. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE LEGISLAR. MATÉRIA RELATIVA A REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. COMPETÊNCIA DE CADA UM DOS ENTES FEDERATIVOS. INOCORRÊNCIA DE OMISSÃO NO DEVER DE LEGISLAR.

1. O pedido de fixação de prazo razoável para atuação legislativa decorrente do estado de *mora agendi* ou *mora deliberandi* em ação direta de inconstitucionalidade por omissão não afronta o postulado da independência e harmonia entre os Poderes. Precedentes.
 2. Não é inepta a petição inicial de ação direta por omissão que adequadamente aponta correlação direta entre pedido e causa de pedir, consistentes na determinação de colmatação de omissão legislativa inconstitucional ocasionada pela mora na edição da lei reclamada pelo texto da Constituição.
 3. A Constituição reserva ao domínio normativo da lei a restrição de acesso a cargos em comissão em função da norma contida no art. 37-V da CF, que possibilita que parte desses cargos seja ocupada exclusivamente por servidores de carreira.
 4. A norma do art. 37-V da CF, que reserva à lei dispor sobre os casos, as condições e os percentuais mínimos de cargos em comissão a serem ocupados por servidores de carreira é norma de eficácia contida que independe da atuação do legislador para produção dos seus efeitos. Inexistência do dever de legislar.
 5. A competência para edição da lei reclamada pelo art. 37-V da CF pertence à unidade federativa em que se insere o cargo. Lei nacional que eventualmente dispusesse a respeito afrontaria a autonomia e a competência do ente federativo para, de acordo com suas peculiaridades, disciplinar o regime jurídico-administrativo dos seus servidores (CF, art. 39-*caput*). Inocorrência de omissão no dever de legislar.
- Parecer pelo conhecimento da ação e improcedência do pedido.

I

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), tendo por objeto suposta omissão legislativa no que concerne à regulamentação do art. 37-V da Constituição, que remete à lei a definição dos casos, condições e percentuais mínimos de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira.

Este é o teor do preceito constitucional que se busca a colmatação:

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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, o 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; [...]

Sustenta o requerente que a Constituição atribuiu ao legislador ordinário o dever de regulamentar as condições e os percentuais mínimos em que os cargos comissionados devem ser ocupados por servidores efetivos, motivo pelo qual a atuação do legislador seria indispensável para o alcance da finalidade da norma constitucional de eficácia contida. Aponta a existência de Projeto de Lei com o escopo de regulamentar a matéria (PL 257/2014 do Senado Federal), bem como de Proposta de Emenda à Constituição (PEC 110/2015). Alega que a mora do Legislativo em definir parâmetros objetivos quanto ao percentual de cargos comissionados a serem ocupados apenas por servidores de carreira “*acarreta dificuldade de fiscalização do número exorbitante dessa modalidade de contratação*”. Afirma ter o Decreto 9.021/2017, ao modificar o art. 1.º-I e II do Decreto 5.497/2005, ocasionado um “*aumento de cargos comissionados ocupados por não concursados*”. Aduz que a utilização de decretos presidenciais para regulamentação da matéria do art. 37-V da CF afronta o princípio da legalidade (CF, art. 5.º-II).

Requer a concessão de medida cautelar para que, desde logo, seja fixado prazo ao Presidente da República e ao Congresso Nacional para que regulamentem a matéria e, no mérito, a decretação da mora legislativa, com fixação do prazo de 18 meses para a colmatação da lacuna.

O relator, Min. Gilmar Mendes, adotou o rito do art. 12 c/c art. 12-F da Lei 9.868/99, com solicitação de informações aos interessados e abertura de vista à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral da República para manifestações sucessivas (peça 10).

A Câmara dos Deputados limitou-se a informar a inexistência de proposição legislativa em trâmite com vistas a regulamentar o art. 37-V da CF. Noticiou, contudo, a existência de Propostas de Emenda à Constituição – PECs n.ºs 428/2005, 140/2007, 271/2008, 126/2011, 130/2011 e 358/2017, todas visando alteração do art. 37-V da Constituição (peça 14).

O Senado Federal, por sua vez, apontou a inépcia da petição inicial pelo fato de não haver conexão lógica entre a causa de pedir e o pedido e por falta de interesse de agir. No mérito, defendeu a impossibilidade de o Judiciário impor ao Legislativo prazo para edição de lei regulamentadora de preceito constitucional, pois “o §2.º do art. 103 da Constituição da República é bastante claro no sentido de somente facultar a assinatura de prazo para o saneamento da omissão na hipótese de a responsabilidade incumbir a órgão administrativo” (peça 20).

A Presidência da República afirmou inexistir omissão constitucional na regulamentação do art. 37-V da CF. Assentou que a regulamentação do preceito constitucional, no âmbito do Poder Executivo Federal, consta do art. 14 da Lei 8.460/92 e que o Decreto 5.497/05 foi editado com base no art. 84-VI-a da CF. Asseverou que “a ação direta de inconstitucionalidade por omissão pressupõe inobservância de um dever de normatizar, de maneira que, existindo regra infraconstitucional, a ação se mostra manifestamente improcedente” (peça 18).

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido (peça 22).

É o relatório.

II

1. Fixação de prazo em ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal, em respeito ao princípio da divisão funcional de Poder, afirmava que “a procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional” (ADI 1.439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 30.5.2003).¹ Ocorre que, como bem observa

¹ A jurisprudência tradicional do STF, a par dessa premissa, era no sentido de que o prazo de 30 dias para adoção de providências necessárias, em caso de omissão constitucional, previsto no art. 103-§2.º da CF, aplicava-se somente às atribuições administrativas do Chefe do Poder Executivo (ADI 2.061, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 29.6.2001).

Luiz Guilherme Marinoni, “o princípio da separação dos poderes confere ao Legislativo o poder de elaborar as leis, mas, evidentemente, não lhe dá o poder de inviabilizar a normatividade da Constituição”. Isso porque, “admitir que o Judiciário nada pode fazer quando o Legislativo se nega a tutelar as normas constitucionais é não perceber que o dever de tutela da Constituição é acometido ao Estado e não apenas ao Legislativo”.²

Com base nessa compreensão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal avançou para permitir que, diante do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão no dever de legislar, o STF estabelecesse prazo razoável para adoção das providências legislativas necessárias à colmatação, sem, no entanto, representar imposição judicial de atuação legislativa (ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 6.9.2007). Tendo em vista o primado da supremacia da constituição e a necessidade de conferir efetividade aos seus comandos, o STF passou não apenas a admitir fixação de prazo, como também, em caso de permanência do estado de inércia legislativa, estabelecer soluções para sanar a situação de omissão inconstitucional.

É o que corretamente observa o Ministro Gilmar Mendes:

[...] a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admitia liminar em ação direta por omissão. Hoje a lei [Lei 9.868/1999] admite, e nós a temos aplicado. Por quê? Porque, veja, até supletivamente, em caráter provisório, editar uma norma, de caráter cautelar, para superar a situação. Então, parece-me que a leitura que temos que fazer é que — claro — o texto foi categórico quanto à fixação daquele prazo para o caso de providências de índole administrativa [CF, art. 103-§2.º], mas isso não elide, não afasta a possibilidade de termos providências de índole legislativa.

Acho que, de qualquer forma — é claro que podemos discutir sobre o prazo — mas estamos sendo respeitosos em relação à independência e à harmonia dos Poderes, na medida em que está-se chamando a atenção do Congresso para o fato de que há mora legislativa, há um direito subjetivo que está sendo negligenciado já por tantos anos. Portanto, isso precisa ser atendido. E, claro, estamos também encaminhando uma solução. Por que? Porque, a rigor, isso tem ocorrido, quer dizer, o Congresso, por razões até mesmo de crise orgânica — nada deliberado, de recalcitrância quanto ao descumprimento das decisões do Supremo Tribunal Federal — mas, por conta de dificuldade de construir consenso, pode não se conseguir deliberar. [...]

Agora, nós temos que fazer uma releitura do Texto Constitucional, que, no caso, adotou o modelo português, o da ação direta por omissão, ao dizer que só haverá advertência. Mas aqui houve um aprendizado quando nós percebemos que a omissão não se resume apenas a uma omissão de caráter absoluto (ADO 25/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 18.8.2017).

É, portanto, descabida a preliminar apontada pela Advocacia-Geral da União de impossibilidade jurídica do pedido de fixação de prazo para adoção de providências legislativas.

2 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.195.

2. Pedido e causa de pedir em ação direta por omissão

O art. 12-B da Lei 9.868/1999, com redação da Lei 12.063/2009, estabelece que a petição inicial da ação direta por omissão indicará (i) “*a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento do dever constitucional de legislar ou quanto a adoção de providências de índole administrativa*” e (ii) “*o pedido, com suas especificações*”. É ônus processual do autor da ação direta por omissão apontar a norma constitucional impositiva da atuação legislativa (**dever de legislar**) e demonstrar que a falta da norma regulamentadora ou a *inertia deliberandi* impedem a realização ou reduzem o campo de proteção de direitos constitucionais (**mora legislativa**).

No caso, a petição inicial adequadamente apontou a norma do art. 37-V da CF, que remete à lei a disciplina das condições e dos percentuais mínimos em que os cargos comissionados devem ser ocupados por servidores públicos ocupantes de cargos efetivos, bem como o tempo decorrido desde a promulgação da Emenda Constitucional 19/1998 (mais de 20 anos) e a *inertia deliberandi* do Congresso Nacional em aprovar projeto de lei para a regulamentação da matéria. Há, portanto, evidente adequação do pedido à causa de pedir. Essa conexão lógica não fica afastada pela circunstância de terem sido apontados, na petição inicial, fatores tangenciais à discussão e que não necessariamente seriam alterados com a procedência do pedido: como o caso do aumento do número de cargos em comissão e da prática do nepotismo.

Ressalte-se que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não considera bastante para a desqualificação do interesse processual de agir, em ação direta por omissão, o fato de haver projeto de lei em tramitação visando a regulamentação da matéria. É que a mera existência de projeto de lei, ainda que tramitando em regime de urgência, não descaracteriza a situação de omissão legislativa inconstitucional (ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 6.9.2007; ADO 24-MC, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 1.º.8..2013). A propósito, esclarece o Min. Celso de Mello que “*o estado de mora legislativa pode restar configurado tanto na fase inaugural do processo de elaboração das leis ('mora agendi') quanto no estágio de deliberação sobre as proposições já veiculadas ('mora deliberandi'), desde que evidenciada, pela superação excessiva de prazo razoável, inércia abusiva e inconstitucional do Poder Legislativo*”.³

São, portanto, descabidas as preliminares de inépcia da petição inicial e de falta de interesse de agir, suscitadas pelo Senado Federal em virtude da ausência de conexão lógica entre pedido e causa de pedir e da ineficácia de eventual pronúncia de inconstitucionalidade para evitar o aumento no número de cargos em comissão ou a prática de nepotismo (peça 20).

³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>>.

III

O art. 37-V da Constituição, com a redação dada pela EC 19/1998, contém três normas autônomas: (i) as funções de confiança serão exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo; (ii) os cargos em comissão serão preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei e (iii) as funções de confiança e os cargos em comissão destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

A redação anterior do dispositivo estabelecia que “*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*”. Parte da doutrina interpretava o termo preferencialmente como faculdade e não comando de reserva prioritária de cargos em comissão e funções de confiança a servidores de carreira.⁴ A EC 19/1988 sistematizou a questão tendo em conta os abusos cometidos na convocação por recrutamento amplo para esses cargos e funções. Tornou o exercício das funções de confiança exclusivo dos servidores efetivos e reservou ao domínio normativo da lei o estabelecimento dos casos, condições e percentuais mínimos dos cargos em comissão a serem ocupados por servidores de carreira.

Conquanto o art. 37-V da CF/88 exija lei para dispor sobre os casos, as condições e os percentuais mínimos de cargos em comissão a serem ocupados por servidores de carreira, a falta desta não impede a designação de tais servidores para ocupação de cargo em comissão, embora também não limite percentualmente o recrutamento amplo para cargos comissionados.⁵

Se o art. 37-II da CF permite ocupação de cargo em comissão por servidores não efetivos e o art. 37-V não estabelece um patamar mínimo desses cargos a serem ocupados por servidores de carreira, não há que se falar em norma constitucional que dependa, necessariamente, de regulamentação para a produção de seus efeitos. Trata-se, conforme reconhecido pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de **norma constitucional de eficácia contida** (RMS 24.287/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 1.º.8.2003; RE 1.069.936-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 23.4.2018; RE 986.269, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 12.6.2018).

4 Cite-se, por exemplo: DALLARI, Adilson de Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 41.

5 A desproporcionalidade entre o número de cargos em comissão em relação à quantidade de cargos de provimento efetivo, inclusive, é considerada inconstitucional pelo STF (ADI 4.125/TO, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.2.2011). Segundo Emerson Garcia e Rogério Pacheco, “*havendo nítido desequilíbrio entre o número de cargos em comissão e as atividades a serem desempenhadas, ou mesmo a superioridade em relação aos cargos de provimento efetivo, ter-se-á inconstitucionalidade da norma que os instituiu*” (GARCIA, Emerson, PACHECO, Rogério. *Improbidade administrativa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 385).

Flávia Piovesan, em rico estudo sobre as omissões inconstitucionais, esclarece que a omissão legislativa inconstitucional abrange somente as normas constitucionais que dependam, de alguma forma, de legislação para produção de seus efeitos. Segundo esta:

[...] o tema da inconstitucionalidade por omissão se atém às normas de eficácia limitada, posto que a omissão inconstitucional frustra a ampla produção de seus efeitos.

De fato, se a atuação do legislador em se tratando de norma de eficácia contida é a de restringir a amplitude eficaz normativa, no tocante às normas de eficácia limitada a tarefa é desenvolver a aplicabilidade reduzida da norma constitucional. Acrescente-se que **as normas de eficácia contida não dependem da atuação do legislador para a produção dos seus efeitos, ou seja, detêm aplicabilidade imediata**, o que não se verifica com as normas constitucionais de eficácia limitada, que dependem necessariamente da atividade ulterior do legislador infraconstitucional para produção integral dos seus efeitos.⁶

Além disso, a reserva absoluta de lei para a definição dos casos, condições e percentuais mínimos de cargos em comissão que deverão ser ocupados por servidores de carreira ajusta-se à exigência de lei para a restrição de acesso a cargos e empregos públicos prevista no art. 37-I da Constituição. A matéria alusiva ao regime jurídico-administrativo de servidor público compete a cada ente da federação. Logo, a competência para a edição da lei a que se refere o art. 37-V da CF, na redação original da norma ou na conferida pela EC 19/1998, pertence à unidade federativa em que se insere o cargo.

É dizer, compete a cada ente federado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) disciplinar o estatuto jurídico aplicável a seus servidores (CF, art. 39-*caput*), inclusive no que concerne à definição de parâmetros para a reserva de cargos em comissão a servidores de carreira. Embora a Constituição estabeleça exigência de que parte dos cargos em comissão seja preenchidos por servidores efetivos, não definiu o texto constitucional parâmetros para a ocupação, de modo a permitir que cada estrutura de poder, em sua esfera e de acordo com suas peculiaridades, possa melhor se organizar sem descuidar da finalidade do preceito constitucional.

Não se extraindo do art. 37-V da CF exigência de lei nacional para a disciplina da matéria, não há inércia caracterizadora de omissão inconstitucional que possa ser reputada ao Presidente da República e ao Congresso Nacional. Eventual lei nacional que dispusesse sobre a matéria, definindo os casos, as condições e os percentuais mínimos de cargos em comissão a serem ocupados por servidores de carreira, afrontaria a autonomia e competência de cada um dos entes da Federação para dispor sobre o tema de acordo com as suas peculiaridades.

6 PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 p. 80.

III

Ante o exposto, opina a Procuradora-Geral da República pelo conhecimento da ação e improcedência do pedido.

Brasília, 5 de abril de 2019.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

PC