

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

(Órgão Especial)

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE NÚMERO 05/91 - RJ

Relator: Desembargador Thiago Ribas Filho

Representação por Inconstitucionalidade do artigo 28, e seus parágrafos da Lei nº 1680/91, do Município do Rio de Janeiro - Procedência do pedido, por violação do artigo 77, II, da Constituição Estadual, não se podendo confundir enquadramento em cargos de atribuições diversas por desvio de função, com as situações de ascensão ou promoção dentro da mesma carreira e instituição do regime jurídico único para os servidores públicos - A investidura em cargo de categoria funcional diferente que passou a ocupar o funcionário em condições anômalas e para atender à necessidade do serviço, é incompatível com o referido preceito constitucional.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de representação por inconstitucionalidade número 05/91, relativa ao artigo 28 e seus parágrafos, da Lei nº 1680/91, do Município do Rio de Janeiro, promovida pelo Deputado Estadual Paulo Cesar Melo de Sá e onde é Assistente o Sindicato dos Servidores Públicos do Município do Rio de Janeiro,

Acordam os Desembargadores que compõem o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de ilegitimidade de parte e acolher a representação para declarar inconstitucionais os dispositivos referidos.

Assim decidem, fazendo o relatório de fls. 127/30 integrar o presente, pelos seguintes fundamentos:

De início, rejeitou-se a preliminar de ilegitimidade de parte do autor da Representação, por com provada suficientemente a sua qualidade de Deputado Estadual (fls. 18 e verso) e terem, indubitavelmente, os membros da Assembléia Legislativa, legitimidade para promoverem arguições da natureza da ora promovida (art. 159, *caput*, da Constituição Estadual).

Assinale-se, a respeito, basear-se o mencionado artigo no parágrafo 2º, do artigo 125, da Carta Federal, que não tornou obrigatória, no âmbito dos Estados, a adoção do modelo federal de representação ou ação direta para declaração de inconstitucionalidade.

Acrescente-se, desde logo, a isso, que o pedido é juridicamente possível, pois os dispositivos dele objeto são apresentados em confronto com as normas superiores da Carta Estadual vigente (art. 158, IV, letra "a").

No mérito, como bem salientado no parecer da douta Procuradoria da Justiça, às fls. 121/5, o que ocorreu na tramitação do Projeto 1133-A/90, que se converteu na Lei nº 1680/91, do Município do Rio de Janeiro, e está descrito no relatório deste aresto, "é, no mínimo, estranho e inacreditável".

Sob este aspecto, sobre o qual a Presidência da Câmara Municipal e o Senhor Prefeito negam a existência de um *desvio*, não se faz necessário tecer considerações, quando se vê, pelo outro, o relativo à desobediência da norma do artigo 77, II, da Lei Maior do Estado, ser gritante a inconstitucionalidade do art. 28 e seus parágrafos, da Lei 1680/91.

Os mencionados dispositivos estavam mesmo a merecer o veto inicialmente dado, pois não prevêem qualquer concurso público para o ingresso nos cargos públicos que serão ocupados por seus destinatários, por força de desvio de função, descumprindo o preceito

constitucional e em afronta aos princípios da impessoalidade e da moralidade no trato da coisa pública.

A Constituição Federal de 1988 deu à questão da *investidura* um trato diverso do existente na Emenda Constitucional de 1969, pois nesta havia uma exigência expressa de concurso público apenas para a primeira e, na atual, houve a supressão desse adjetivo, sendo ele necessário a qualquer outra, além da inicial, para cargos e empregos públicos efetivos. O constituinte de 1988 tornou absoluto o princípio, eliminando a possibilidade de dispensa do concurso público, por lei ordinária, para cargos e empregos públicos.

A ilustrada Procuradoria do Estado, às fls. 90/3, traz a *ratio* da nova prescrição constitucional: "a exigência de concurso público somente para a primeira investidura não impediu a admissão em empregos, direta ou mediante simples testes, e a nomeação para funções de confiança, seguidas da efetivação em cargos públicos, através de artifícios como as transformações, readaptações, entre muitos utilizados pela imaginação engenhosa dos que burlaram o comando constitucional".

Acrescentou que "o Constituinte, assim, decidiu abolir esses artifícios, que favoreciam privilegiados e fraudavam o princípio da competição pública de méritos, consubstanciador da garantia da ampla acessibilidade aos cargos públicos, parcela do princípio maior da isonomia, no aspecto de ingresso no serviço público."

"Com a configuração jurídica de modalidade de investidura em cargo de categoria funcional diferente da ocupada anteriormente pelo funcionário, o reenquadramento por desvio de função, pretendido pelos dispositivos atacados, é inconciliável com o princípio constitucional que exige o concurso público para a investidura nos cargos e empregos públicos e não pode subsistir".

Ao se abolir a expressão "primeira investidura" e só admitir uma exceção, a da investidura em cargo em comissão, deixou-se claro que todas as demais investiduras dependem de concurso público de provas e títulos.

Desta forma, hoje, só é possível um servidor público passar de um cargo para outro mediante ascensão ou promoção dentro da própria carreira, ficando vedadas as transposições.

Por outro lado, em nada afeta a situação em exame a instituição do regime jurídico único para os servidores públicos, pois, por ele, um contrato pelo regime da CLT continuará a exercer sua função sem mudança de qualidade própria, para a qual foi contratado.

Lastima-se a situação de muitos funcionários que, para atender às necessidades da Administração, por muitos anos vêm exercendo funções que não são as suas, mais importantes, mas essa situação anômala, que não deveria ocorrer, não justifica a transposição pretendida, que importaria em proteger a um grupo em detrimento de pessoas que, almejando um cargo, em futuro concurso, vêm desaparecer as vagas por preencher ou reduzido em muito o seu número.

Por esses fundamentos, acolhe-se a Representação para declarar inconstitucionais o artigo 28 e seus parágrafos, da Lei nº 1680/91.

Rio de Janeiro, 23 de março de 1992.

Des. Jorge Fernando Loretti
Pres. s/voto

Des. Thiago Ribas Filho

Relator

Antonio Carlos Biscaia
Procurador-Geral da Justiça

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5.358/91-RJ

(Sexta Câmara)

Relator: Des. substituto Dr. Sérgio Cavaliéri Filho

Mandado de Segurança. Ato de Autoridade Administrativa Estadual. Necessidade de Intervenção da Procuradoria do Estado. Nulidade.

Se antes da Constituição de 1988 a justiça estadual já admitia pacificamente a necessária intervenção da Procuradoria do Estado nos mandados de segurança impetrados contra ato de autoridade administrativa estadual, depois dela a questão tornou-se indiscutível, porquanto em seu artigo 24, inciso XI, permite aos Estados legislar concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual.

A norma do artigo 228 do Código de Organização Judiciária do Estado foi recebida pela nova Constituição, pelo que nulo é o processo em que não se abriu vista à Procuradoria do Estado.

Provimento do recurso.

VISTOS, Relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 5.358/91, em que é Apelante o Estado do Rio de Janeiro e é Apelada Comesa Comércio e Importação Ltda.

ACORDAM os Desembargadores da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em acolher a preliminar para anular o processo a partir das informações da autoria impetrada, para que seja aberto vista à Procuradoria do Estado.

O juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital concedeu mandado de segurança para isentar do ICM a Importação de Bacalhau oriundo de país signatário do GATT, já que o produto nacional se encontra desonerado da tributação estadual. Apela o Estado arguindo cinco preliminares: a) nulidade da sentença por não ter sido aberto vista para a Procuradoria do Estado como determina o artigo 288 do Código de Organização Judiciária do Estado; b) impossibilidade do pedido por se dirigir o mandado contra lei em tese; c) conexão de causas por ter o impetrante aforado três mandados idênticos; d) litigância de má-fé; e) valor da causa insuficiente. No mérito, pede a reforma da sentença por ter se afastado da lei e da jurisprudência dominante. Pede a reforma da sentença, caso não seja anulada.

Respondido o recurso, a Curadoria da Fazenda e a douta Procuradoria da Justiça opinam no sentido do acolhimento da preliminar de nulidade.

É o relatório.

A norma do artigo 228 do Código de Organização Judiciária do Estado, que manda abrir vista à Procuradoria Geral do Estado nos mandados de segurança impetrados contra ato de autoridades administrativas estaduais, tem sido pacificamente admitida pela justiça deste Estado, mesmo antes da Constituição de 1988. Depois dela não há mais o que questionar quanto à sua validade, porquanto o artigo 24, inciso XI da nova Constituição atribui competência concorrente aos Estados para legislar sobre procedimento em matéria processual.

Não obstante a divergência existente na doutrina acerca da distinção entre processo e procedimento, não há como negar que a norma em exame diz respeito a simples procedimento, tendo assim, sido recebida pela nova Constituição. Por se tratar de norma válida e eficaz em face da Constituição, a sua violação importa em nulidade do processo,