

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte

Ação Rescisória nº 2015.006869-9

Origem: Vara Única da Comarca de Portalegre/RN.
Autor: Vicente Hermenegildo do Rêgo.
Advogada: Jeany Gonçalves da Silva Barbosa. 6335/RN
Réu: Ministério Público
Relatora: Desembargadora Maria Zeneide Bezerra

EMENTA: PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGAÇÃO DE QUE O ACÓRDÃO RESCINDENDO FORA PROFERIDO COM VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI E/OU POR JUÍZO INCOMPETENTE. **PRELIMINAR DE INADMISSIBILIDADE DA RESCISÓRIA, SUSCITADA EM SEDE DE CONTESTAÇÃO. TRANSFERÊNCIA PARA O MÉRITO. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, EM FACE DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO REFERENTE À REALIZAÇÃO DE JUÍZO RESCINDENDO EM FACE DE OFENSA A ENUNCIADO DE SÚMULA VINCULANTE. REJEIÇÃO.** EFEITO VINCULATIVO QUE IMPLICA NA OBRIGATORIEDADE DE APLICAÇÃO DA NORMA AO CASO CONCRETO. ENTENDIMENTO DE QUE O VOCÁBULO “LEI” INSERTO NO INCISO V DO ARTIGO 485 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DEVE SER INTERPRETADO EM SENTIDO AMPLO. **PREJUDICIAL DE MÉRITO SUSCITADA PELA PROCURADORIA DE JUSTIÇA. ALEGADA DECADÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO. INOCORRÊNCIA.** TERMO INICIAL DO PRAZO BIENAL QUE TEVE INÍCIO NO PRIMEIRO DIA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA DECISÃO

FL. _____

PROFERIDA NO PROCESSO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO, ADEMAIS, QUE DEVOLVEU À CORTE TODA A MATÉRIA TRATADA NA SENTENÇA. **MÉRITO PROPRIAMENTE DITO. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE, EXPRESSAMENTE, AFASTOU A APLICAÇÃO DA LEI MUNICIPAL Nº 160/1994 EM DETRIMENTO DE FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS (INCISO II, ARTIGO 37, DA CARTA MAGNA). VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO CARACTERIZADA. INFRINGÊNCIA À SÚMULA VINCULANTE Nº 10 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** NECESSIDADE DE SUBMISSÃO DA MATÉRIA AO CRIVO DO PLENÁRIO DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RETORNO DOS AUTOS À CÂMARA DE ORIGEM PARA NOVO JULGAMENTO DO FEITO, DESTA VEZ COM OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO ESTABELECIDO NOS ARTIGOS 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 480 E 481 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE. **QUESTÃO DE ORDEM SUSCITADA PELO REVISOR.** APLICAÇÃO PELO EGRÉGIO TRIBUNAL PLENO DO JUÍZO RESCISÓRIO, AO INVÉS DE DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS À CÂMARA DE ORIGEM PARA NOVO JULGAMENTO DO FEITO. ACOLHIMENTO, POR MAIORIA. **JUÍZO RESCISÓRIO.** INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 160/1994. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PARA EXERCÍCIO DE FUNÇÕES ORDINÁRIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FL. _____

MUNICIPAL. VIOLAÇÃO AO ART. 26, INCISOS II E IX DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. CONFIGURAÇÃO. LEGISLAÇÃO QUE AUTORIZA A CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS PARA DIVERSOS CARGOS COM ATRIBUIÇÕES DE NATUREZA PERMANENTE. MATÉRIA PACÍFICA NO STF E NESTA CORTE DE JUSTIÇA. NÃO COMPROVAÇÃO DAS SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE PERMITEM A CONTRATAÇÃO PRECÁRIA POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE EVIDENCIADA. NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS, PELOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, INTERESSE SOCIAL E DA BOA FÉ. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DOLO. CONDUTA DO AUTOR BASEADA EM LEI MUNICIPAL. ILEGALIDADE QUE NÃO SE CONFUNDE COM IMPROBIDADE. MATÉRIA PACÍFICA NO STJ. PRECEDENTES DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL. PROCEDÊNCIA DO JUÍZO RESCISÓRIO.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores que integram a Tribunal Pleno deste Egrégio Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, em consonância com o parecer da Procuradoria de Justiça, transferir para o mérito a preliminar de inadmissibilidade da ação, suscitada em sede de contestação e rejeitar a preliminar de inadequação da via eleita em face da impossibilidade jurídica do pedido referente à realização de juízo rescindendo em face de ofensa a enunciado de súmula vinculante; rejeitar a prejudicial de mérito, referente a decadência do direito de ação, arguida pela Procuradoria de Justiça; e, no mérito, em dissonância com o parecer ministerial, pela mesma votação julgar procedente a ação

rescisória, para rescindir o acórdão impugnado (nº 2011.011670-9). Questão de ordem suscitada pelo Desembargador Revisor, no sentido de que, ao invés de determinar o retorno dos autos à Câmara de origem para novo julgamento do feito, desta vez com observância da cláusula de reserva de plenário, nos termos dos artigos 97 da Constituição Federal e 480 e 481 do Código de Processo Civil, a nova apreciação seja realizada pelo Egrégio Tribunal Pleno; vencido a Desembargadora relatora neste ponto. Em continuidade ao julgamento, aplicando-se o juízo rescisório, o Egrégio Tribunal Pleno, à unanimidade de votos, reconheceu a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 160/1994, todavia, em idêntica votação, modulou seus efeitos, estabelecendo como marco inicial a publicação do presente acórdão; enfim, pela mesma votação, acordam os eminentes desembargadores em julgar improcedente a pretensão formulada na Ação de Improbidade Administrativa em face de Vicente Hermenegildo do Rêgo.

RELATÓRIO

Vicente Hermenegildo do Rêgo ajuizou a presente ação rescisória, com fundamento no artigo 485, incisos II e V, do Código de Processo Civil e com o objetivo de desconstituir o acórdão proferido pela Primeira Câmara Cível deste Egrégio Tribunal de Justiça nos autos da apelação cível nº 2011.011670-9, da relatoria do Desembargador Dilermando Mota, assim ementado (fl. 53):

“EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINARES: TRANSFERÊNCIA PARA O MÉRITO. MÉRITO: ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 8.429/92 POR OFENSA À AUTONOMIA MUNICIPAL. INOCORRÊNCIA. LEI NACIONAL, REGULAMENTADORA DO ART. 37, § 4º, DA CF. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR

FL. _____

PÚBLICO, SEM CONCURSO, PARA ATENDIMENTO DE NECESSIDADE INADIÁVEL DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. ART. 37, IX, DA CF. ATIVIDADES CORRENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11, DA LEI Nº 8.429/92. SANÇÕES ADEQUADAS AO ATO ÍMPROBO PRATICADO. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO”.

Alega o autor que “*ao manter a inconstitucionalidade da Lei 160/94 do Município de Portalegre/RN proferida pelo Juízo Singular, o Acórdão rescindendo – lavrado pela 1ª Câmara Cível -, vai de encontro, como dito, não aos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil, mas também ao artigo 97 da Constituição federal, à Súmula Vinculante nº 10 e ainda aos artigos 241 a 244 do regimento Interno deste e. Tribunal”* (fl. 06).

Assevera que o acórdão rescindendo além de manter a inconstitucionalidade declarada, firmou argumentos sobre os efeitos dela decorrentes, razão pela qual sustenta que o incidente de inconstitucionalidade deveria ter sido instalado e levado ao conhecimento do Pleno desta e. Corte, tudo conforme o rito processual estabelecido nos artigos 480 e 481, do Código de Processo Civil (fl. 07).

Ao final, requer a procedência da demanda, a fim de: a) desconstituir o acórdão rescindendo proferido pela 1ª Câmara Cível, nos autos da Apelação Cível nº 2011.011670-9; e, **b)** determinar que a 1ª Câmara Cível proceda a novo julgamento, desta feita observando a reserva de plenário, com a submissão da matéria constitucional basilar do r. acórdão ao conhecimento do Tribunal Pleno, nos termos dos artigos 97 da Constituição Federal e 480 e 481 do Código de Processo Civil (fls. 10 e 11).

O pedido cautelar restou indeferido (fls. 70/71v).

O Ministério Público, em sede de contestação (fl. 95), apontou, preliminarmente, a necessidade de se indeferir a inicial, ante a existência de pedido juridicamente impossível, consistente na pretensão de rescisão de acórdão por suposta ofensa

à súmula vinculante e, subsidiariamente, a inadmissibilidade da ação rescisória, em razão da pretensão não se enquadrar nas hipóteses previstas nos incisos II e V, do artigo 485, do Código de Processo Civil, revertendo-se o depósito efetuado pelo autor em favor do Fundo de Reaparelhamento do Ministério Público do Rio Grande do Norte.

Caso não acolhidas as prefaciais supramencionadas, pleiteou, no mérito, a improcedência da demanda com a manutenção incólume do acórdão proferido nos autos da apelação cível nº 2011.011670-9.

A parte autora apresentou manifestação à contestação (fls. 98/108).

A 6ª Procuradora de Justiça, instada a se pronunciar, suscitou preliminar de consumação do prazo decadencial para ajuizamento da ação rescisória, sob o argumento de que *“na qualidade de Recorrente, o Sr. Vicente Hermenegildo do Rêgo não tentou, em segunda instância, obter pronunciamento jurisdicional no sentido de defender a constitucionalidade do diploma legal municipal, consistindo este capítulo autônomo da sentença intocado, pois o Apelante debateu apenas os efeitos de tal ato, tópico do decisum independente do primeiro”* (fl. 114v).

Ultrapassada essa fase, o órgão ministerial em segunda instância opinou pela transferência para o mérito da preliminar de inexistência de ofensa a literal disposição de lei; pela rejeição da preliminar de inadequação da via eleita diante da possibilidade jurídica do pedido referente à realização de juízo rescindendo sobre ofensa a enunciado de Súmula Vinculante; e, no mérito, pela improcedência total do pleito autoral, devendo o acórdão combatido permanecer inalterado (fls. 119v/120).

É o relatório.

VOTO

O autor da presente ação rescisória alega que o acórdão rescindendo, ao concluir pela consumação do ato de improbidade discutido nos autos da ação civil pública nº 0000003-32.1998.8.20.0150, com fundamento na infringência ao artigo 37, II, da Constituição Federal (princípio do concurso público), negou vigência à Lei Municipal nº

160/94, o que violou à Súmula Vinculante nº 10, assim como a literalidade dos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil¹ e 97 da Constituição Federal².

1. Preliminar de inadmissibilidade da ação rescisória.

O Ministério Público, em sede de contestação, alegou que o acórdão rescindendo não violou literal dispositivo de lei, haja vista não ter havido pronunciamento acerca da constitucionalidade da Lei nº 160/94. A declaração de inconstitucionalidade em comento, na verdade, fora proferida em caráter incidental pelo Juízo de primeira instância, a quem não se aplicaria a norma do artigo 97 da Constituição Federal.

Portanto, sustenta o órgão ministerial que, se inexistente a declaração de inconstitucionalidade no acórdão rescindendo, não haveria porque ser observada, no julgamento do recurso, a cláusula da reserva de plenário (artigo 97 da Constituição Federal), tampouco o procedimento dos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil, sendo incabível, por isso, a rescisória com esteio nos incisos II e V, do artigo 485, deste mesmo diploma legal.

Ocorre que tal matéria, a meu ver, se confunde com o próprio mérito da demanda, motivo pelo qual transfiro sua análise para momento posterior.

2. Preliminar de inadequação da via eleita, sob o argumento de não ser cabível ação rescisória por ofensa à súmula vinculante.

Um dos fundamentos da ação rescisória baseia-se no

¹ Art. 480. *Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.*

Art. 481. *Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.*

Parágrafo único. *Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.*

² Art. 97. *Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.*

FL. _____

reconhecimento de violação da cláusula de reserva de plenário, sob o argumento de que o acórdão rescindendo, ao manter a sentença de primeiro grau que recusou aplicabilidade a determinado preceito normativo (Lei Municipal nº 160/94), por entendê-lo contrário à Constituição Federal, terminou por violar o artigo 97 da Lei Maior, assim como a Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

"Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público".

Súmula Vinculante nº 10: *"Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".*

O Ministério Público, ao impugnar o citado embasamento, defende que não se inclui nas hipóteses de cabimento de ação rescisória a ofensa a Súmula Vinculante, visto que não inserida no rol previsto no artigo 485 do Código de Processo Civil, concluindo que *"o remédio para evitar decisões que contrariem enunciados vinculantes está previsto no artigo 102, inciso I, alínea "l", da Constituição Federal. Trata-se da reclamação constitucional, que possui a finalidade de preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e garantir a autoridade de suas decisões"* (fl. 83).

Delimitada à insurgência, entendo necessário tecer algumas considerações acerca do enunciado sumular vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Pois bem, a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, o ordenamento jurídico brasileiro passou a prever a possibilidade de adoção da chamada **súmula vinculante**, instituto consagrado no artigo 103-A, da Constituição Federal, transcrito a seguir:

FL. _____

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

De acordo com parágrafo primeiro do aludido dispositivo, *"A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica"*.

Em resumo, da leitura dos mencionados comandos normativos, vê-se que tanto o Judiciário quanto os órgãos da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, ao se depararem com questões sobre as quais haja súmula vinculante, não poderão decidir de forma diferente, devendo adotar o enunciado sumulado.

Sobre o tema, o renomado doutrinador Alexandre de Moraes ensina que:

"As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à idéia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar

desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária". (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015).

Ressalto, igualmente, que a decisão judicial proferida ou o ato administrativo que contrariar súmula vinculante ou que indevidamente aplicá-la será alvo de reclamação constitucional perante o Supremo Tribunal Federal, onde este, caso julgue procedente a ação, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Necessário evidenciar, ainda, que a Reclamação Constitucional tem por finalidade preservar a competência e acautelar a autoridade das decisões dos tribunais; deve, por isso, ser proposta originariamente no tribunal superior a qual foi usurpada a competência, ou onde a sua decisão tenha sido desrespeitada.

Destaco, por fim, que a aludida reclamação não guarda qualquer relação com a ação rescisória, eis que: **1º)** só pode ser proposta antes do trânsito julgado, conforme dispõe a súmula nº 734 do Supremo Tribunal Federal: “*Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.*”; **2º)** não tem prazo para sua propositura; e, **3º)** visa garantir a competência do respectivo tribunal ou de suas decisões e não desconstituir a coisa julgada da decisão reclamada.

Dessa forma, não se pode admitir que, de uma decisão transitada em julgado proferida em desacordo com a súmula vinculante, seja proposta a reclamação constitucional, sobretudo porque, consoante reiterado entendimento do Supremo Tribunal Federal, esta ação – constitucionalmente vocacionada a cumprir a dupla função a que alude o art. 102, I, “I”³, da Carta Política (RTJ 134/1033) – não se qualifica como sucedâneo de recurso ou rescisória. Evidencio:

³ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; [...]”.

FL. _____

“E M E N T A: RECLAMAÇÃO – INVIABILIDADE – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE AGRAVO – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTOU O ATO DECISÓRIO RECORRIDO – ALEGADO DESRESPEITO AO ENUNCIADO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 43/STF – IMPOSSIBILIDADE – ATO RECLAMADO PROFERIDO EM DATA ANTERIOR À PUBLICAÇÃO, NA IMPRENSA OFICIAL, DE REFERIDA FORMULAÇÃO SUMULAR – AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR – INVIABILIDADE DA UTILIZAÇÃO PROCESSUAL DO INSTRUMENTO DA RECLAMAÇÃO COMO INADMISSÍVEL SUCEDÂNEO DE AÇÃO RESCISÓRIA, DE RECURSOS OU DE AÇÕES JUDICIAIS EM GERAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. [...] (STF, Rcl 21873 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016). grifei.

“EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ART. 102, III, ALÍNEAS, DA LEI MAIOR. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO VERIFICADA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO DE COMPETÊNCIA DE OUTROS TRIBUNAIS. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. 1. Ausente usurpação da competência prevista no art. 102, III, da Constituição Federal, não se amolda a espécie à hipótese autorizadora do cabimento da reclamação prevista no art. 102, I, “I”, da Carta da República. 2. A

FL. _____

jurisprudência desta Suprema Corte se alinha ao entendimento de que não é possível conferir à reclamação a natureza de sucedâneo recursal, de ação rescisória ou de meio viabilizador do reexame do conteúdo do ato reclamado. 3. *Agravo regimental conhecido e não provido*". (STF, Rcl 5932 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 27/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 13-11-2015 PUBLIC 16-11-2015)

*“E M E N T A: RECLAMAÇÃO – ARGUIÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) – SÚMULA VINCULANTE Nº 10/STF – INAPLICABILIDADE – INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE JUÍZO OSTENSIVO OU DISFARÇADO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER ATO ESTATAL – PRECEDENTES – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELA IMPROCEDÊNCIA DA PRESENTE AÇÃO – DECISÃO DO RELATOR QUE SE REPORTA AOS FUNDAMENTOS QUE DERAM SUPORTE AO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO – MOTIVAÇÃO “PER RELATIONEM” – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE MOTIVAÇÃO – FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA – **INADMISSIBILIDADE DO INSTRUMENTO RECLAMATÓRIO COMO SUCEDÂNEO DA AÇÃO RESCISÓRIA, DE RECURSOS OU DE AÇÕES JUDICIAIS EM GERAL – EXTINÇÃO DO PROCESSO DE RECLAMAÇÃO – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO**”.* (Rcl 20266 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 16-11-2015)

PUBLIC 17-11-2015). Grifei.

*“Agravo regimental em reclamação. 2. Trânsito em julgado da decisão reclamada. Incidência do Enunciado 734 da Súmula do STF. 3. **A reclamação é inadmissível quando utilizada como sucedâneo da ação rescisória ou de recurso. 4. Agravo regimental a que se nega provimento**”.* (STF, Rcl 21171 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 15-09-2015 PUBLIC 16-09-2015). grifei.

Feitas tais considerações, pergunto: se da decisão judicial que contrariar súmula vinculante cabe reclamação constitucional ao Supremo Tribunal Federal, qual seria o remédio processual adequado à impugnação de decisão judicial transitada em julgado proferida em desacordo com o enunciado sumular vinculativo?

Início meu posicionamento à pergunta retro, com uma interpretação teleológica do inciso V, constante no artigo 485 do Código de Processo Civil, o que faço a partir do entendimento do doutrinador Fredie Didier Jr, no sentido de que “O termo literal, contido no texto do inciso mencionado, está empregado ali no sentido de expresso, revelado, sendo cabível a ação rescisória quando o juiz tiver violado o direito expresso ou revelado no caso concreto” (2012, p. 424). Mais uma vez com o mesmo autor, em passagem seguinte, ratificando o meu entendimento:

Em outras palavras, tendo o juiz violado um costume, um princípio, uma lei expressa, ou, até mesmo, normas interpretativas, caberia ação rescisória, com fundamento no inciso V do art. 485 do CPC. Enfim, qualquer direito expresso o revelado, seja escrito ou não escrito, uma vez violado, poderá ser protegido pelo ajuizamento e posterior acolhimento da ação rescisória. (...) A violação de qualquer norma jurídica

FL. _____

possibilita o ingresso da ação rescisória, com vistas a desconstituir a sentença de mérito transitada em julgado". (Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, in Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, 10ª edição, Editora JusPodivm)

Assim, se o efeito vinculante da súmula a torna uma norma de aplicação obrigatória nos casos concretos que forem de essencial aplicação para solução de uma determinada demanda; e, se a expressão “lei” inserta no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil deve ser interpretada em sentido amplo; logo, conluo que na hipótese de uma decisão transitada em julgado afrontar uma súmula vinculante, será possível à aplicação do inciso V como pressuposto da ação rescisória.

O Superior Tribunal de Justiça segue a mesma linha de raciocínio. Destaco, a propósito, precedentes proferidos em casos análogos:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 97 DA CF/88. APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 10/STF. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/STF. COFINS. SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PROFISSÃO LEGALMENTE REGULAMENTADA. ISENÇÃO CONCEDIDA PELO ART. 6, II, DA LC 70/91. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO PELO ART. 56, DA LEI 9.430/96. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE MODULAÇÃO DE EFEITOS QUE NÃO IMPEDE A INTERRUPTÃO DA FLUÊNCIA DE MULTA E JUROS DE MORA (ART. 63, §2º, DA LEI N. 9.430/96, POR ANALOGIA). AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE. EFEITOS EX TUNC. 1. Houve violação do art. 97 da CF/88 porque o aresto rescindendo não submeteu à reserva de plenário a

FL. _____

inconstitucionalidade do art. 56 da Lei 9.430/96, concluindo tão-somente por afastar a incidência deste dispositivo, sob o fundamento de que, em razão do princípio da hierarquia das leis, a isenção concedida por lei complementar não poderia ser revogada por lei ordinária. Aplicação da Súmula Vinculante 10/STF. 2. A incidência da Súmula 343/STF deve ser afastada nos casos em que a interpretação controvertida disser respeito a texto constitucional. 3. O tema relativo à possibilidade de revogação, por lei ordinária (art. 56, da Lei 9.430/96), da isenção da COFINS concedida às sociedades civis pelo art. 6º, II, da LC 70/91 é de ordem constitucional, não se traduzindo o recurso especial na via adequada para o seu questionamento. 4. Ação rescisória julgada procedente para rescindir o acórdão impugnado e reconhecer a legitimidade da revogação da isenção da Cofins disciplinada pelo art. 56, da Lei n. 9.430/96, com efeitos ex tunc, dada à negativa de modulação de efeitos no julgamento do RE 377.457 / PR, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17.9.2008, que veio a ser confirmada pelo STJ no recurso representativo da controvérsia REsp. n.º 826.428 - MG, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9.6.2010. 5. A ausência de modulação de efeitos não impede que seja aplicado ao presente caso, por analogia, o disposto no art. 63, §2º, da Lei n. 9.430/96, que interrompe a incidência da multa de mora desde a concessão da medida judicial, até 30 (trinta) dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição, devendo a mesma lógica ser aplicada aos juros de mora. Inaplicável para o caso o disposto no art. 5º, do Decreto-Lei n. 1.736/79, tendo em vista que se refere a cobrança "suspensa por decisão administrativa ou judicial" e não a crédito tributário extinto por força de

FL. _____

decisão judicial transitada em julgado”. (AR 3.793/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/06/2014, DJe 01/07/2014). Grifei.

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA RESCINDENDA. JULGAMENTO CONTRÁRIO A ENTENDIMENTO SUMULADO NO STJ (SÚMULA N. 289). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL SUPERADO. SÚMULA N. 343/STF. NÃO INCIDÊNCIA. SEGURANÇA JURÍDICA. UNIFORMIDADE E PREVISIBILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NECESSIDADE. 1. A principiologia subjacente à Súmula n. 343/STF é consentânea com o propósito de estabilização das relações sociais e, mediante a acomodação da jurisprudência, rende homenagens diretas à segurança jurídica, a qual é progressivamente corroída quando a coisa julgada é relativizada. 2. Porém, o desalinho da jurisprudência - sobretudo o deliberado, recalcitrante e, quando menos, vaidoso - também atenta, no mínimo, contra três valores fundamentais do Estado Democrático de Direito: a) segurança jurídica, b) isonomia e c) efetividade da prestação jurisdicional. 3. A Súmula n. 343/STF teve como escopo a estabilização da jurisprudência daquela Corte contra oscilações em sua composição, para que entendimentos firmados de forma majoritária não sofressem investidas de teses contrárias em maiorias episódicas, antes vencidas. Com essa providência, protege-se, a todas as luzes, a segurança jurídica em sua vertente judiciária, conferindo-se previsibilidade e estabilidade aos pronunciamentos da Corte. **4. Todavia, definitivamente, não constitui propósito do mencionado verbete a chancela da rebeldia judiciária. A solução oposta, a pretexto de não**

FL. _____

eternizar litígios, perpetuar injustiças e, muito pelo contrário, depõe exatamente contra a segurança jurídica, por reverenciar uma prestação jurisdicional imprevisível, não isonômica e de baixa efetividade. 5. Assim, a Súmula n. 343/STF não obsta o ajuizamento de ação rescisória quando, muito embora tenha havido dissídio jurisprudencial no passado sobre o tema, a sentença rescindenda foi proferida já sob a égide de súmula do STJ que superou o mencionado dissenso e se firmou em sentido contrário ao que se decidiu na sentença primeva. 6. Recurso especial provido para, removendo-se o óbice da Súmula n. 343/STF, determinar o retorno dos autos à Corte Estadual para que se prossiga no julgamento da ação rescisória”. (REsp 1163267/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 10/12/2013).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ACÇÃO RESCISÓRIA – CABIMENTO – VIOLAÇÃO DO ART. 97 DA CF/88: SÚMULA VINCULANTE 10/STF – SÚMULA 343/STF: INAPLICABILIDADE – COFINS – ISENÇÃO CONCEDIDA PELA LC 70/91 – REVOGAÇÃO PELA LEI 9.430/96 – RECURSO ESPECIAL – DESCABIMENTO. 1. A ação rescisória não se presta a rever regra técnica relacionada com a admissibilidade de recurso especial. 2. Violação do art. 97 da CF/88 porque o aresto rescindendo não submeteu a reserva de plenário a inconstitucionalidade do art. 56 da Lei 9.430/96, concluindo tão-somente por afastar a incidência deste dispositivo, sob o fundamento de que, em razão do princípio da hierarquia das leis, a isenção concedida por lei complementar não poderia ser revogada por lei ordinária.

FL. _____

Aplicação da Súmula Vinculante 10/STF. 3. *À época em que prolatado o aresto rescindendo, era controvertida a interpretação desta Corte em relação à legitimidade da revogação da isenção da COFINS.* 4. *Orientação firmada neste Tribunal no sentido de que a incidência da Súmula 343/STF deve ser afastada nos casos em que a interpretação controvertida disser respeito a texto constitucional.* 5. *O tema relativo à possibilidade de revogação, por lei ordinária (Lei 9.430/96), da isenção da COFINS concedida às sociedades civis pela LC 70/91 não há de ser resolvido em âmbito infraconstitucional, segundo precedentes do STF.* 6. *Ação rescisória julgada procedente.”* (AR Nº 3.844 - SC, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 12.11.2008).

Por fim, registro que **no dia 4 de fevereiro de 2016 foi publicada a Lei nº 13.256** que alterou a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), ampliando as hipóteses de cabimento da ação rescisória, para prever que **"Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento"**.

É bem verdade que o referido diploma legal somente entrará em vigor no início da vigência do novo código de processo civil e, também, que a lei reguladora da ação rescisória é a contemporânea ao trânsito em julgado da sentença rescindenda, conforme, inclusive, já decidiu o Supremo Tribunal Federal⁴, em situação análoga, quando apreciou a aplicabilidade de novas hipóteses de rescindibilidade da coisa julgada trazidas pelo Código de Processo Civil de 1973 – ampliadas em relação ao Código de 1939 –, posicionando-se no sentido de que elas não poderiam ser invocadas para rescindir as

⁴ RE 85750, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA, Segunda Turma, julgado em 15/04/1977, DJ 01-07-1977 PP-04452 EMENT VOL-01063-09 PP-03025 RTJ VOL-00082-03 PP-00982.

sentenças transitadas em julgado sob a égide do Código de Processo Civil de 1939.

Sobre o tema, Barbosa Moreira preleciona:

“A possibilidade de rescindir-se a sentença rege-se pela lei em vigor na data do seu trânsito em julgado: é nessa data, com efeito, que nasce o direito à rescisão, e obviamente só pode nascer se o sistema jurídico vigente prevê, como fundamento bastante, o fato invocado. Se a sentença transita em julgado sem que certo fato esteja previsto no ordenamento como motivo de rescindibilidade, a superveniência de lei que passe a considera-lo tal não torna rescindível, por esse fundamento, a sentença. E vice-versa: a lei nova que exclua determinado fato do rol dos fundamentos de rescisão não impede que rescinda a sentença se na data do trânsito em julgado o fato constituía motivo bastante. O Código de 1973, conforme oportunamente assinalado, ampliou o elenco dos pressupostos específicos de rescindibilidade. Os motivos acrescentados, porém, só podem invocar para pedir a rescisão de sentença já passada em julgado sob a vigência do novo diploma. As decisões transitadas em julgado ainda no domínio do estatuto de 1939, é que a luz dele eram irrevocáveis, permaneceram irrevocáveis. As que só eram passíveis de rescisão por fundamento estão reconhecido continuaram passíveis de rescisão por esse fundamento; não, contudo, por qualquer dos novos fundamentos contemplados no art. 485 (ob. Cit. Vol. V, p. 130/131)”.

Ocorre que, a importância dessa mudança legislativa, neste momento, se concretiza pela confirmação do meu pensar, no sentido de que a intenção do legislador não foi, em momento alguma, restringir o alcance da hipótese de rescisão da sentença por violação à literal disposição de lei (inciso V, do artigo 485, do CPC/1973), mas,

realmente, entender o vocábulo "lei" em seu sentido amplo.

Ante o exposto, em consonância com o parecer da Procuradoria de Justiça, rejeito a preliminar de inadequação da via eleita.

3. Prejudicial de decadência da Ação Rescisória, suscitada pela Procuradoria de Justiça.

Antes de adentrar no mérito propriamente dito da demanda, necessário enfrentar a prejudicial de decadência da ação suscitada pela Procuradoria de Justiça, que assim o fez com base na argumentação de que “[...] *em nenhum momento, o então recorrente refutou a declaração de inconstitucionalidade, apenas refutou os seus efeitos, reputando-os ex nunc, em detrimento de ex tunc [...].*” (fl. 114).

Em outras palavras, sustenta o *Parquet*, que o prazo bienal de ajuizamento da rescisória expirou, pois apesar de direcionada a ação contra o acórdão que apreciou o recurso, a questão objeto dos autos discute a (in) constitucionalidade da Lei Municipal nº 160/94, que teria transitado em julgado com a sentença monocrática.

A prejudicial não procede. Primeiro porque, como se sabe, o acórdão substitui a sentença conforme artigo 512 do Código de Processo Civil⁵ e, neste sentido, esclarece a doutrina que *"ainda que a decisão recursal negue provimento ao recurso, ou, na linguagem inexata mas corrente, "confirme" a decisão recorrida, existe o efeito substitutivo, de sorte que o que passa a valer e ter eficácia é a decisão substitutiva e não a decisão "confirmada"* (NERÝ JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008).

Sobre a matéria, cito o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. PENSÃO MILITAR. REVISÃO. INTEGRALIDADE. AÇÃO RESCISÓRIA. RECURSO

⁵ Art. 512. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.

FL. _____

ESPECIAL QUE DISCUTE OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RESCINDENDO, AO INVÉS DE IMPUGNAR O ACÓRDÃO DA RESCISÓRIA. POSSIBILIDADE. NOVA ORIENTAÇÃO DA CORTE ESPECIAL. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI CONFIGURADA. TRÂNSITO EM JULGADO DE CAPÍTULOS DA SENTENÇA OU DO ACÓRDÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRAZO PRESCRICIONAL RELATIVO À AÇÃO DE COBRANÇA. FLUÊNCIA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE CONCEDEU A SEGURANÇA. PRECEDENTES. 1.- Sendo a ação una e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial. 2.- A impetração do mandado de segurança faz interromper o fluxo do prazo prescricional, que só é reiniciado com o trânsito em julgado da decisão que concede a segurança. 3.-É procedente a alegação formulada na ação rescisória, que deveria ter sido julgada procedente pelo Tribunal de origem. Desconstituição do acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, devendo o referido colegiado, após afastar a prescrição, realizar o julgamento das outras questões ventiladas no apelo da União. 4.-Agravo regimental não provido”. (AgRg no REsp 1010583/RS, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 14/05/2015). Grifei.

“PROCESSUAL CIVIL - ACÇÃO RESCISÓRIA - PRAZO DECADENCIAL - ART. 495 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - TERMO A QUO - TRÂNSITO EM JULGADO DA

FL. _____

DECISÃO PROFERIDA SOBRE O ÚLTIMO RECURSO INTERPOSTO, AINDA QUE DISCUTA APENAS A TEMPESTIVIDADE DE RECURSO - PRECEDENTES - EMBARGOS REJEITADOS. I - Já decidiu esta Colenda Corte Superior que a sentença é una, indivisível e só transita em julgado como um todo após decorrido in albis o prazo para a interposição do último recurso cabível, sendo vedada a propositura de ação rescisória de capítulo do decisum que não foi objeto do recurso. Impossível, portanto, conceber-se a existência de uma ação em curso e, ao mesmo tempo, várias ações rescisória no seu bojo, não se admitindo ações rescisórias em julgados no mesmo processo. II - Sendo assim, na hipótese do processo seguir, mesmo que a matéria a ser apreciada pelas instâncias superiores refira-se tão somente à intempestividade do apelo - existindo controvérsia acerca deste requisito de admissibilidade, não há que se falar no trânsito em julgado da sentença rescindenda até que o último órgão jurisdicional se manifeste sobre o derradeiro recurso. Precedentes. III - No caso específico dos autos, a questão sobre a tempestividade dos embargos de declaração opostos contra sentença que julgou procedente o pedido do autor refere-se à alteração do serviço de intimação dos atos judiciais, que antes era feita pelo correio para o advogado residente em outra capital, e que posteriormente passou a ser por meio de publicação de edital. IV - Prevalecendo o raciocínio constante nos julgados divergentes, tornar-se-ia necessária a propositura de ação rescisória antes da conclusão derradeira sobre o feito, mesmo que a matéria pendente se refira à discussão processual superveniente V - Desconsiderar a interposição de recurso intempestivo para fins de contagem do prazo decadencial para a

FL. _____

propositura de ação rescisória seria descartar, por completo, a hipótese de reforma do julgado que declarou a intempestividade pelas instâncias superiores, negando-se a existência de dúvida com relação à admissibilidade do recurso. VI - Embargos de divergência rejeitados". (EREsp 441.252/CE, Rel. Ministro GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/06/2005, DJ 18/12/2006, p. 276). Grifei.

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO DECADENCIAL. TERMO INICIAL. CONTAGEM. TRÂNSITO EM JULGADO. ÚLTIMA DECISÃO DA CAUSA. RECENTE ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR. RECURSO PROVIDO. I - A jurisprudência recente desta Eg. Corte entende que não há como considerar o termo inicial da contagem do prazo decadencial distintamente, ou seja, para a parte não recorrida, o trânsito em julgado da sentença e para a parte recorrida, o trânsito em julgado do acórdão. Neste sentido, restou consignado no v. voto condutor que a sentença é una. Portanto, "não pode ser fracionada para efeito da rescisória, que, de modo nenhum, se pode admitir que a sentença seja ataca parcialmente enquanto em curso o processo". Precedente da Corte Especial. II - Não obstante o posicionamento pessoal deste Relator, deve-se considerar como termo inicial do prazo decadencial para ajuizar ação rescisória, o trânsito em julgado da última decisão posta no último recurso interposto. III - Recurso conhecido e provido." (REsp nº 405.236/RS, DJ de 01/07/2004). Grifei.

Dessa forma, ainda que a apelação não tivesse tratado da matéria

FL. _____

referente à inconstitucionalidade da Lei Municipal (o que não ocorreu, conforme explicarei em seguida), o prazo inicial da rescisória seria a data da última e definitiva decisão no processo, que foi o acórdão proferido pela Primeira Câmara Cível deste Egrégio Tribunal de Justiça (fls. 53/59), o qual transitou em julgado em 28/05/2013, conforme certidão de fl. 15.

Em contrapartida, entendo necessário esclarecer que, dos documentos colacionados aos autos, em especial o recurso mencionado pela Procuradoria de Justiça, resta claro que o então Recorrente, **expressamente**, provocou a Corte de Justiça quanto à necessidade de se pronunciar a legalidade do ato imputado como ímprobo na ação civil ajuizada pelo Ministério Público, eis que, sua defesa em sede recursal foi toda centrada na legalidade da sua conduta, posto que amparada pela Lei Municipal nº 160/94, diploma legal que fora considerado inconstitucional na sentença recorrida, por violar o princípio do concurso público, previsto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

Para uma melhor compreensão da controvérsia, destaco abaixo as matérias impugnadas na via recursal (fls. 21/52):

1) Em sede preliminar, o então recorrente suscitou a inconstitucionalidade da Lei nº 8.429/92, assim como a prescrição intercorrente e a consequente extinção do processo com julgamento do mérito.

2) No mérito, pleiteou a reforma da sentença, com base nos seguintes argumentos: **a)** o ato acoimado de ímprobo é legal, posto que baseado na Lei Municipal nº 160/94, à época, vigente e sem qualquer questionamento acerca da sua constitucionalidade; **b)** ausência de provas quanto à prática da improbidade administrativa; **c)** eventual declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal não opera efeitos *ex tunc*, mas sim *ex nunc*, tendo em vista a aplicação dos princípios da boa-fé, da razoabilidade e da segurança jurídica; e, **d)** ausência de dolo, posto que inexistente a intenção de contrariar a Constituição, prejudicar o interesse público ou obter qualquer benefício de ordem pessoal, sobretudo porque sua atuação se pautava pelo permissivo legal constante no diploma legal em referência.

Assim, concluo que os limites postos na lide foram: legalidade do ato, ausência de provas, inexistência de dolo e boa-fé do Autor. E, nesse contexto, entendo, por óbvio, que a manifestação quanto à validade do ato dependeria da análise acerca da (in)

constitucionalidade mencionada pelo magistrado singular, tanto que o Desembargador Relator ao tratar da matéria afastou a sua aplicação em detrimento de fundamentos constitucionais.

Portanto, o efeito devolutivo expresso nos artigos 505 e 515 do Código de Processo Civil, que consagra o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, transferiu ao Tribunal *ad quem*, naquela oportunidade, todo o exame da matéria impugnada, inclusive a constitucionalidade da Lei nº 160/94.

Fixado esse entendimento, registro que o art. 495 do Código de Processo Civil⁶ dispõe que o direito de propor a ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa.

In casu, o prazo para propor a presente ação rescisória teve início no dia seguinte ao trânsito em julgado do acórdão rescindendo (último pronunciamento judicial proferido no processo). Assim, se o trânsito em julgado ocorreu em **28/05/2013**, conforme certidão acostada à fl. 15, o termo inicial foi 29/05/2013 e o final em 28/05/2015, **razão pela qual rejeito a prejudicial suscitada, posto que, ao ajuizar a ação em 27/05/2015, a parte respeitou o prazo bienal aplicado à espécie.**

4. Mérito propriamente dito.

Ultrapassadas as questões preliminares e prejudiciais, passo a análise do mérito propriamente dito da presente demanda, a qual tem por objeto o reconhecimento de violação da cláusula de reserva de plenário, uma vez que, de acordo com o Autor, o acórdão rescindendo proferido por órgão fracionário deste Tribunal, ao julgar improcedente o recurso de apelação cível nº 2011.011670-9, violou a súmula vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, assim como os artigos 97 da Constituição Federal, 480 e 481 do Código de Processo Civil, pois afastou a incidência da Lei Municipal nº 160/1994, por entendê-la contrária ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

Destaco, a propósito, a ementa do mencionado julgado (fl. 53):

“EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL.

⁶ Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado

FL. _____

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINARES: TRANSFERÊNCIA PARA O MÉRITO. MÉRITO: ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 8.429/92 POR OFENSA À AUTONOMIA MUNICIPAL. INOCORRÊNCIA. LEI NACIONAL, REGULAMENTADORA DO ART. 37, § 4º, DA CF. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO, SEM CONCURSO, PARA ATENDIMENTO DE NECESSIDADE INADIÁVEL DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. ART. 37, IX, DA CF. ATIVIDADES CORRENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11, DA LEI Nº 8.429/92. SANÇÕES ADEQUADAS AO ATO ÍMPROBO PRATICADO. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO”.

O Ministério Público rebate as alegações postas na inicial, alegando, em resumo, que a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei nº 160/1994 fora proferida pelo juízo singular, a quem não se aplica a cláusula de reserva de plenário, tendo o acórdão rescindendo apenas declarado os seus efeitos.

Antes de me posicionar sobre a controvérsia posta, faço pequenas considerações acerca do tema.

Com efeito, dispõe o art. 97 da CF/88:

"Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

FL. _____

Cumpre destacar que, consoante entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, a decisão que afasta a incidência de um dispositivo legal por reputá-lo incompatível com um princípio constitucional deve obedecer à reserva de plenário, conforme consagrado no enunciado de Súmula Vinculante nº 10, *in verbis*:

"Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte".

Nesse contexto, após a edição da mencionada súmula, que surgiu com o propósito de interpretar o quanto disposto no artigo 97 da Constituição Federal, restou fixado o entendimento (vinculante) no sentido de que *"Equivale à própria declaração de inconstitucionalidade a decisão de Tribunal, que, sem proclamá-la, explícita e formalmente, deixa de aplicar, afastando-lhe a incidência, determinado ato estatal subjacente à controvérsia jurídica, para resolvê-la sob alegação de conflito com critérios resultantes do texto constitucional."* (AI 591.373-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 18-9-2007, Segunda Turma, DJ de 11-10-2007.)

Existem duas mitigações quanto à adoção da cláusula de reserva de plenário, ou seja, duas hipóteses em que o órgão fracionário poderá decretar a inconstitucionalidade sem necessidade de remessa dos autos ao Plenário (ou órgão especial), são elas: a) quando o Plenário (ou órgão especial) do Tribunal que estiver decidindo já tiver se manifestado pela inconstitucionalidade da norma; e, b) quando o Plenário do STF já tiver decidido que a norma em análise é inconstitucional. Evidencio:

"Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não

FL. _____

submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão".

Com tais considerações, inicio meu voto sobre a controvérsia dizendo concordar com a tese defendida na ação rescisória, por verificar, claramente, que o acórdão rescindendo ao negar provimento ao recurso de apelação cível nº 2011.011670-9, afastou expressamente o quanto disposto na Lei Municipal nº 160/1994, na medida em que afirmou categoricamente que a norma combatida seria contrária ao princípio do concurso público estatuído no inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal. Confira-se, a propósito, trecho do voto condutor do acórdão recorrido:

“No que tange à questão de fundo propriamente dita, verifico que o ato ímprobo imputado ao recorrente versa sobre a contratação de servidores públicos sem prévia aprovação em concurso público, sob a justificativa de necessidade pública inadiável.

O art. 37, IX, prevê o seguinte:

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: (Omissis)

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Como se vê, a contratação temporária, sem prévio concurso público, visa a atender necessidade temporária de excepcional interesse público. Constitui, portanto, exceção, não podendo servir de válvula de escape para que o gestor público se exima

FL. _____

de cumprir a regra, ou seja, realização de concurso.

Já me pronunciei nesse sentido:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1º DA LEI Nº 2.379/07 E ART. 1º DA LEI Nº 2.622/10, AMBAS DO MUNICÍPIO DE MOSSORÓ. AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO, NOS TERMOS DO ART. 26, IX, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. LEIS DE EFEITOS CONCRETOS. ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE CONCENTRADO. PRECEDENTES DO STF. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA ATENDIMENTO DE NECESSIDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL. DIREITO FUNDAMENTAL. ARTS. 6º E 203 E SEQUINTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POLÍTICA PÚBLICA DE CARÁTER PERMANENTE. ADMISSIBILIDADE, EM ABSTRATO, DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRECEDENTES DO STF. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA EXCEPCIONALIDADE DO INTERESSE PÚBLICO ATENDIDO. AUSÊNCIA. ATENDIMENTO ÀS NECESSIDADES ORDINÁRIAS DECORRENTES DOS DEVERES CONSTITUCIONAIS E DA POLÍTICA NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. INADMISSIBILIDADE DA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA, NA ESPÉCIE. OFENSA AO ART. 26, II, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. OBRIGATORIEDADE DE CONCURSO PÚBLICO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE, POR ARRASTAMENTO, DOS DEMAIS DISPOSITIVOS DAS LEIS IMPUGNADAS. PRECEDENTES. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. EFICÁCIA EX NUNC. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. (TJRN – ADI nº

2011.004597-4, rel. Des. Dilermando Mota, Tribunal Pleno, j. 11/04/2012)

No presente caso, a instrução processual demonstrou que a contratação com dispensa de concurso realizada pelo recorrente objetivou atender necessidade rotineiras da Administração, como indicam os documentos de fls. 144/259, de acordo com os quais houve a contratação de segurança, odontólogo, bibliotecário, entre outros.

Tais fatos estão devidamente provados nos autos, sendo desnecessária juntada de termo de posse dos beneficiados, mormente porque não foi este o modo pelo qual a ilicitude foi cometida. O recorrente não preencheu cargos públicos, e sim contratou diretamente, sem concurso, quando essa exigência era evidente, já que não foi demonstrada a ocorrência de qualquer necessidade especial do Poder Público.

Desse modo, as contratações realizadas infringiram o art. 37, II, da CF.

Observe-se, ademais, que a eventual inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 160/94, declarada em caráter incidental, não possui eficácia ex nunc, a afastar a ilicitude da conduta do apelante.

A inconstitucionalidade é uma invalidade do ato do poder público que a atinge na origem, gerando, portanto, sua nulidade, de acordo com a tradição norte-americana, inspiração para o controle de constitucionalidade brasileiro em seus primórdios. Em assim sendo, a declaração de inconstitucionalidade, tanto em caráter principaliter tantum quanto incidenter tantum, tem eficácia ex tunc. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é a exceção, de inspiração austríaca, e, para isso, exige quorum de 2/3 (dois

terços) nos órgãos colegiados, no controle concentrado e, excepcionalmente, no difuso (mutação constitucional aplicada pelo Supremo Tribunal Federal).

Assim, a despeito da Lei Municipal nº 160/94, os atos do apelante são ilícitos”.

Como se vê, o acórdão rescindendo, embora não tenha declarado expressamente a inconstitucionalidade da Lei Municipal em comento, afastou sua aplicação com base em fundamentos declaradamente constitucionais.

Ora, se o Demandante defende sua conduta em razão de ter atuado em consonância com a Lei Municipal de regência e, se o acórdão mantém a sentença, concluindo que seu ato foi ímprobo por ter violado o inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal, obviamente que terminou por afastar a incidência daquele diploma legal em detrimento do dispositivo constitucional em foco, procedimento que inevitavelmente violou a cláusula da reserva de plenário, a teor da Súmula Vinculante 10, *in verbis*:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

Com efeito, a necessidade de observar a regra do “*full bench*”⁷ em casos como o que ora se analisa, encontra amparo no entendimento do Supremo Tribunal Federal, a exemplo **da decisão monocrática proferida pelo Ministro DIAS TOFFOLI, julgada em 22/08/2013, nos autos da Reclamação Constitucional nº 7888.**

⁷ A regra da *full bench*, também conhecida como cláusula de reserva de plenário, é, por assim dizer, um requisito para que lei ou ato normativo do Poder Público seja declarado inconstitucional, qual seja o voto da maioria dos membros do tribunal. (<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/169704/que-se-entende-por-regra-da-full-bench>)

Explico: o Eminentíssimo Ministro Dias Toffoli julgou reclamação constitucional, com pedido de liminar, ajuizada pelo Instituto Capixaba de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural - Incaper em face do Tribunal Superior do Trabalho, cuja decisão teria afrontado a autoridade do Supremo Tribunal Federal e negado aplicação à Súmula Vinculante nº 10.

Esclareço que no mencionado precedente, o Instituto Capixaba de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural - Incaper alegava que, no Airr⁸ nº 00724-1997-007-17-41-4, o órgão fracionário do TST havia descaracterizado sua natureza autárquica sem a necessária submissão da matéria à cláusula de reserva de plenário, o que evidencia o desrespeito à autoridade do STF e à eficácia da súmula vinculante nº 10.

Pois bem. Ocorre que, após examinar a matéria, o Ministro Dias Toffoli concluiu que “*Ao negar provimento ao recurso, **adotando os fundamentos do TRT da 17ª Região**, por decisão de órgão fracionário, o e. TST **afastou a incidência da Lei Complementar Estadual nº 194/2000 por fundamento constitucional, sem a necessária submissão da matéria à cláusula de reserva de plenário, em afronta à autoridade do STF e à eficácia da Súmula Vinculante nº 10**” e julgou procedente a ação “*para cassar a decisão colegiada do e. TST nos autos do Airr nº 00724-1997-007-17-41-4, devendo outra ser proferida, como entender de Direito, respeitada a eficácia da Súmula Vinculante nº 10*”⁹.*

Assim, *mutatis mutandis*, não há como extrair conclusão diversa da que, mesmo na hipótese em que o Tribunal mantém o entendimento exarado na decisão do magistrado singular, em sede de controle difuso de constitucionalidade, deve observar a cláusula de reserva de plenário.

No mesmo sentido, cito o seguinte precedente da jurisprudência pátria:

“O afastamento, pelo órgão fracionário do TRF 4ª Região, da incidência de norma prevista em lei federal aplicável à hipótese concreta, com base no art. 37 da CR, viola a cláusula de

⁸ Agravo de instrumento em recurso de revista.

⁹ Rcl 7888, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 22/08/2013, publicado em DJe-168 DIVULG 27/08/2013 PUBLIC 28/08/2013.

FL. _____

reserva de plenário. Súmula Vinculante 10 do STF.” (STF, HC 92.438, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 19-8-2008, Segunda Turma, DJE de 19-12-2008.). No mesmo sentido: RE 613.748-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-10-2011, Segunda Turma, DJE de 26-10-2011.

“EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO Nº 6-1841/2011. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PISO, NO SENTIDO DE, AFASTANDO A INCIDÊNCIA DO ART. 1º DA LEI ESTADUAL Nº 6.773/06, DETERMINAR AO ESTADO DE ALAGOAS O PAGAMENTO DAS GRATIFICAÇÕES DEVIDAS A MEMBRO DO PARQUET LOCAL, POR CÚMULO DE PROMOTORIAS, COM BASE NO ART. 59 DA LCE Nº 15/96. PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO DO ACÓRDÃO. DEFERIMENTO. VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DA RESERVA DE PLENÁRIO (ART. 97 DA CF/88). ACÓRDÃO DESCONSTITUÍDO. MÉRITO. TESE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 6.773/2006. POSSIBILIDADE DE LEI ORDINÁRIA ALTERAR LEI FORMALMENTE COMPLEMENTAR E MATERIALMENTE ORDINÁRIA. PEDIDO CONTRAPOSTO. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. ARTS. 97 DA CF/88, E 330 C/C 331 DO RITJ/AL. NECESSIDADE DE SUBMISSÃO DA MATÉRIA AO CRIVO DO PLENÁRIO DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO DESCONSTITUÍDO NO JUÍZO RESCINDENDO. JULGAMENTO DO MÉRITO RECISÓRIO SUSPENSO”.
(TJAL, Ação Rescisória n.º 0006516-88.2012.8.02.0000,

julgado em 14/02/2014, da relatoria do Des. Pedro Augusto Mendonça de Araújo). Grifei.

“AÇÃO RESCISÓRIA. APELAÇÃO CÍVEL. VIOLAÇÃO LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. OFENSA À CLAUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. SÚMULA VINCULANTE Nº 10. LEI COMPLEMENTAR Nº 102/2000. ALTERAÇÃO DOS ARTIGOS 20, § 5º E 33, II E IV, LEI COMPLEMENTAR 87/96. LEGITIMIDADE. I - Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Súmula vinculante nº 10”. (TJ-MA - AR: 0242182011 MA 0004945-94.2011.8.10.0000, Relator: JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF, Data de Julgamento: 25/06/2012, CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, Data de Publicação: 18/07/2012). Grifei.

Esclarecedor o artigo extraído do site âmbito jurídico¹⁰, em que explica o procedimento no controle difuso de constitucionalidade:

“[...] Suponhamos que um juiz opte pela inconstitucionalidade de uma Lei em demanda que irá julgar. Deixando de aplicá-la no caso concreto a ação será fatalmente improcedente no seu mérito. O processo, já em grau de recurso, é distribuído para um dos órgãos fracionários do Tribunal (turma, câmara ou seção) no qual três desembargadores irão julgar, sendo que um deles será o relator do processo. Este dará vista ao Ministério Público para emitir parecer sobre o incidente de

¹⁰http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9308

FL. _____

inconstitucionalidade antes de submetê-lo a turma, “sob pena de nulidade” (NERY e NERY, 2003, p. 822). Caso entendam que a lei é constitucional julgarão o mérito da ação, pois a favor dos atos normativos do poder público milita a presunção de constitucionalidade não necessitando, para tanto, de quorum qualificado do tribunal. Porém, se entenderem que a lei é inconstitucional, o processo fica suspenso e a questão, lavrada em acórdão, será remetida ao plenário ou órgão especial, pois em razão do art. 97 da CF:

“A inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, pelo respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário...” (MOARES, 2001, p. 566)

O Pleno (ou órgão especial) irá decidir, por unanimidade ou maioria absoluta, somente a (in)constitucionalidade, pois conforme aduz Theodoro Júnior “... O julgamento é puramente de direito, em torno da questão controvertida. Não há devolução da matéria de fato, nem de outras questões de direito não atingidas pela argüição...” (2002, p. 578). A cognição do Pleno ou órgão especial é limitada, em sentido horizontal, funcionalmente à questão de constitucionalidade. Destaca-se, ainda, a não vinculação do Plenário aos fundamentos do incidente de inconstitucionalidade alegados pelas partes, pois não há uma suposta causa pretendi, “... até porque a argüição não constitui pedido em sentido técnico, e as questões de direito são livremente suscetíveis, ex officio, pelos órgãos judiciais, na área que lhes toque exercer atividade cognitiva” (MOREIRA, 2007, p. 182). Caso tenha declarado a constitucionalidade da lei, remeterá os autos à Turma originária para se pronunciar

sobre a matéria de fato, pois “...Todo tribunal tem competência para declarar a inconstitucionalidade de lei, mas dentro dele só o plenário tem essa competência...” (NERY e NERY, 2003, p. 823). Esta competência para apreciar a constitucionalidade das normas nos tribunais é funcional, logo, absoluta. [...]”.

Entendo necessário nesse ponto, rebater dois argumentos utilizados pelo Ministério Público em sede de contestação, a fim de que não se suscite eventual omissão, **o primeiro**, no sentido de que *“ainda que a Câmara Cível houvesse enfrentado a constitucionalidade da lei municipal em questão, o que não se verificou, não afrontaria a competência absoluta prevista na norma constitucional acima mencionada, eis que o acórdão se limitou a apreciar as questões suscitadas na apelação, cujo objeto foi limitado pelo autor do recurso, não contendo pedido de análise da CONSTITUCIONALIDADE da lei municipal nº 160/94, mas tão somente pleito de aplicação de efeitos ex nunc à decisão”* (fl. 80), **e, o segundo**, no tocante à alegação de que como se *“não bastasse a ausência de declaração expressa da inconstitucionalidade no dispositivo do acórdão rescindendo, por si só suficiente para afastar a frágil tese de incompetência absoluta por violação ao princípio da reserva de plenário, observe-se que a condenação que se pretende desconstituir é baseada na infração do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, independentemente da aderência ou não da lei municipal à Carta Magna”* (fl. 80).

Isso porque, após analisar detidamente os autos, em especial o acórdão que ora se pretende rescindir, extraio as seguintes conclusões:

I) A ação que deu origem a presente contenda foi ajuizada pelo Ministério Público¹¹ com o objetivo de que fosse reconhecida a prática de ato de Improbidade Administrativa¹² pelo então demandado Vicente Hermenegildo do Rêgo, eis que, supostamente, *“teria contratado e mantido contratações anteriores de servidores sem prévio concurso público”* (fl. 17).

¹¹ Ação Civil Pública nº **150.98.000003-2**.

¹² Art. 11, “caput” e inciso V da Lei nº 8.429/92.

II) A sentença acolheu o pleito ministerial e impôs as sanções estabelecidas no art. 12, III da Lei nº 8.429/92, quais sejam: “1º) suspensão dos direitos políticos por 03 (três) anos; 2º) pagar ao Município um multa equivalente a 10 (dez) vezes a remuneração que ele recebia na condição de Prefeito do Município de Riacho da Cruz, quando praticou os fatos narrados nos autos; 3º) proibição do demandado contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 (três) anos” (fl. 20).

III) O magistrado singular utilizou, em seu *decisum*, os seguintes fundamentos:

“No mérito, observa-se que restou incontroverso o fato de ter havido a contratação de servidores sem concurso público, tanto que o demandado reconheceu em sua contestação.

Por essa razão, resta patente que tal conduta se subsume ao tipo de improbidade administrativa descrito no art. 11, “caput” e inciso V da Lei n. 8.429/92:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

V - frustrar a licitude de concurso público;

Ressalte-se que o fato de as contratações terem sido realizadas com fundamento em Lei Municipal n. 160/94, não exclui a prática do ato de improbidade, porquanto é evidente a inconstitucionalidade dessa norma quando autoriza a contratação temporária fora da hipótese autorizativa do art. 37, “caput” e inciso IX da 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,

FL. _____

também, ao seguinte:

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Com efeito, as contratações temporárias devem ser excepcionais, temporárias e apenas para atender a excepcional interesse público, o que não restou configurado nos autos, já que as provas constantes dos autos dão conta que eram contratadas pessoas para as mais diversas e corriqueiras funções, como vigia, auxiliar de almoxarifado, mensageiro, merendeiras, zeladoras, limpeza e conservação de ruas (fls. 171- 211), professora (fl. 352), fiscal de rua (fl. 357), administrador de obras (fl. 363), cozinheira (fl. 364), segurança (fl. 565), bibliotecária (fl. 566), dentista (fl. 570), e diversos outros cargos (fls. 352-420), sem qualquer alusão do motivo justificador da excepcionalidade da contratação e que duraram por longos períodos.

Assim, não resta dúvida quanto a caracterização da improbidade administrativa, o que acarreta a necessidade de aplicação das sanções constantes do art. 12, III da Lei n. 8.429/92:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: (...)

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber

FL. _____

benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos". (destaques acrescidos)

Nesse sentido, confirma o entendimento jurisprudencial abaixo:
"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIDORES PÚBLICOS. CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PARA ATIVIDADES DE NATUREZA PERMANENTE NO ENTE PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA. COMPROVAÇÃO DE DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. SANÇÕES DESCRITAS NO ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO". (AP nº 2008.883748-9, Relatora Juiza Convocada Maria Zeneide Bezerra, DOE 02/12/2008). (destaques acrescidos)

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INSERTOS DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO À NORMA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO LEGAL DE DOLO. DESNECESSIDADE DE PREJUÍZO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. PROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES APLICADAS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO

FL. _____

CONHECIDO E IMPROVIDO". (AP nº 2005.004251-5, Rel. Juiz Convocado Virgílio Fernandes, DOE 20/09/2006). (destaques acrescidos)".

IV) O Demandado (à época) interpôs recurso de apelação em face da sentença em referência e aduziu em suas razões (fls. 27/52), dentre vários argumentos, que o ato questionado pelo Ministério Público seria lícito, pois baseado em Lei Municipal autorizadora da contratação com dispensa de concurso público (Diploma Legal que foi considerado inconstitucional na sentença por violar, em tese, **o art. 37, "caput" e inciso IX, da Constituição Federal**).

V) O recurso em questão foi distribuído ao gabinete do Desembargador Dilermando Mota¹³. Cito novamente trecho do acórdão questionado:

*"No que tange à questão de fundo propriamente dita, verifico que **o ato ímprobo imputado ao recorrente versa sobre a contratação de servidores públicos sem prévia aprovação em concurso público, sob a justificativa de necessidade pública inadiável**.*

O art. 37, IX, prevê o seguinte:

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:

(Omissis)

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Como se vê, a contratação temporária, sem prévio concurso

¹³ Apelação Cível nº 2011.011670-9.

FL. _____

público, visa a atender necessidade temporária de excepcional interesse público. Constitui, portanto, exceção, não podendo servir de válvula de escape para que o gestor público se exima de cumprir a regra, ou seja, realização de concurso.

Já me pronunciei nesse sentido:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1º DA LEI Nº 2.379/07 E ART. 1º DA LEI Nº 2.622/10, AMBAS DO MUNICÍPIO DE MOSSORÓ. AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO, NOS TERMOS DO ART. 26, IX, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. LEIS DE EFEITOS CONCRETOS. ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE CONCENTRADO. PRECEDENTES DO STF. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA ATENDIMENTO DE NECESSIDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL. DIREITO FUNDAMENTAL. ARTS. 6º E 203 E SEGUINTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POLÍTICA PÚBLICA DE CARÁTER PERMANENTE. ADMISSIBILIDADE, EM ABSTRATO, DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRECEDENTES DO STF. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA EXCEPCIONALIDADE DO INTERESSE PÚBLICO ATENDIDO. AUSÊNCIA. ATENDIMENTO ÀS NECESSIDADES ORDINÁRIAS DECORRENTES DOS DEVERES CONSTITUCIONAIS E DA POLÍTICA NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. INADMISSIBILIDADE DA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA, NA ESPÉCIE. OFENSA AO ART. 26, II, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. OBRIGATORIEDADE DE CONCURSO PÚBLICO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE, POR ARRASTAMENTO, DOS DEMAIS DISPOSITIVOS DAS LEIS

FL. _____

IMPUGNADAS. PRECEDENTES. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. EFICÁCIA EX NUNC. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. (TJRN – ADI nº 2011.004597-4, rel. Des. Dilermando Mota, Tribunal Pleno, j. 11/04/2012)

No presente caso, a instrução processual demonstrou que a contratação com dispensa de concurso realizada pelo recorrente objetivou atender necessidade rotineiras da Administração, como indicam os documentos de fls. 144/259, de acordo com os quais houve a contratação de segurança, odontólogo, bibliotecário, entre outros.

Tais fatos estão devidamente provados nos autos, sendo desnecessária juntada de termo de posse dos beneficiados, mormente porque não foi este o modo pelo qual a ilicitude foi cometida. O recorrente não preencheu cargos públicos, e sim contratou diretamente, sem concurso, quando essa exigência era evidente, já que não foi demonstrada a ocorrência de qualquer necessidade especial do Poder Público.

Desse modo, as contratações realizadas infringiram o art. 37, II, da CF.

Observe-se, ademais, que a eventual inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 160/94, declarada em caráter incidental, não possui eficácia ex nunc, a afastar a ilicitude da conduta do apelante.

A inconstitucionalidade é uma invalidade do ato do poder público que a atinge na origem, gerando, portanto, sua nulidade, de acordo com a tradição norte-americana, inspiração para o controle de constitucionalidade brasileiro em seus primórdios. Em assim sendo, a declaração de inconstitucionalidade, tanto em caráter principaliter tantum

quanto incidenter tantum, tem eficácia ex tunc. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é a exceção, de inspiração austríaca, e, para isso, exige quorum de 2/3 (dois terços) nos órgãos colegiados, no controle concentrado e, excepcionalmente, no difuso (mutação constitucional aplicada pelo Supremo Tribunal Federal).
Assim, a despeito da Lei Municipal nº 160/94, os atos do apelante são ilícitos”.

Portanto, resta claro que admitir o reexame das questões postas na ação civil pública, em sede de apelo, sem adentrar no estudo da compatibilidade da Lei Municipal nº 160/1994 com o princípio do concurso público elencado no texto da Constituição Federal é tese indefensável, tanto que o acórdão rescindendo, ao negar provimento ao recurso, **afastou de modo expresso a disposição contida na Lei Municipal nº 160/94**¹⁴, com base em fundamentos constitucionais, constatação que confirma a alegada violação à cláusula da reserva de plenário, conforme determina a Súmula Vinculante nº 10, assim como a necessidade de procedência do juízo rescindendo.

Ante o exposto, em dissonância com o *Parquet*, julgo PROCEDENTE a Ação Rescisória para rescindir o acórdão impugnado (nº 2011.011670-9), determinando o retorno dos autos à Câmara de origem para novo julgamento do feito, desta vez com observância da cláusula de reserva de plenário, nos termos dos artigos 97 da Constituição Federal e 480 e 482 do Código de Processo Civil, prejudicada a análise das demais questões suscitadas.

É como voto.

QUESTÃO DE ORDEM SUSCITADA PELO REVISOR:

¹⁴ A Lei Municipal nº 160/94 estabelece às hipóteses em que pode ocorrer a contratação por prazo de terminado. Por outro lado, o inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal, estabelece que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

Na sessão ordinária do dia 16/03/2016 proferi voto julgando procedente a ação rescisória e "*determinando o retorno dos autos à Câmara de origem para novo julgamento do feito, desta vez com observância da cláusula de reserva de plenário, nos termos dos artigos 97 da Constituição Federal e 480 e 481 do Código de Processo Civil*".

No entanto, o Desembargador Ibanez Monteiro suscitou questão de ordem no sentido de que "*em vez do retorno dos autos à Câmara de Origem, a nova apreciação do feito fosse realizada pelo Pleno*" (fl. 125). E, de acordo com o pensar do Desembargador Revisor, o reconhecimento da inobservância da cláusula de reserva de plenário implica na necessidade de se julgar, imediatamente, o incidente de inconstitucionalidade, que, na sua concepção, constitui o Juízo Rescisório da demanda.

Todavia, mister esclarecer que, quando da análise do feito, em reverência ao princípio da adstrição (ou congruência), segundo o qual cabe ao magistrado decidir a lide dentro dos limites objetivados pelas partes, sob pena de proferir sentença de forma *extra*, *ultra* ou *infra petita*¹⁵, abstive-me de realizar o *judicium rescissorium* porque o autor, expressamente, afastou tal possibilidade, delimitando a matéria nos seguintes termos:

"[...]

c) seja julgada totalmente procedente a presente demanda, a fim de:

(1) desconstituir o acórdão rescindendo proferido pela 1ª Câmara Cível desta e. Corte, nos autos da Apelação Cível nº 2011.011670-9;

(2) determinar que a 1ª Câmara Cível proceda a novo julgamento, desta feita observando a Reserva de Plenário, com a submissão da matéria constitucional basilar do r. Acórdão ao conhecimento do Tribunal Pleno, o qual possui competência legal para se manifestar acerca do incidente; tudo em

¹⁵ Artigo 460, do Código de Processo Civil vigente à época: "*É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado*".

FL. _____

conformidade com o rito processual estabelecido no art. 97 da Constituição Federal e art. 480 e 481 do Código de Processo Civil; [...]".

Portanto, considerando que durante a sessão se mencionou a possibilidade de, na ação rescisória proposta por violação à literal disposição de lei, se reconhecer implicitamente o pedido rescisório, bom esclarecer, agora, que, após minuciosa pesquisa sobre o tema, antes mesmo de colocar o voto em julgamento, me convenci de que a cumulação de pedidos na ação rescisória (*iudicium rescindens e iudicium rescissorium*), prevista no art. 488, I, do CPC, se for o caso, deve ser expressa, não se admitindo, na espécie, o reconhecimento de pedido implícito¹⁶.

A propósito, o mencionado dispositivo determina que a petição inicial deve ser elaborada com observância dos requisitos essenciais postos no art. 282 do CPC/1973, assim como que o autor, se for o caso, deve cumular, ao pedido de rescisão, o de novo julgamento da causa. Ou seja, o juízo sobre a necessidade de novo julgamento (ou não) pela Corte, deve ser delimitado pela parte autora, o que não foi feito, no meu sentir, acertadamente, exatamente porque o incidente de inconstitucionalidade tem um rito especial a ser seguido, mas, posteriormente, falarei de forma detalhada sobre este ponto.

Pois bem, antes de adentrar na temática procedimental e, uma vez mencionado na sessão de julgamento ser possível o reconhecimento de pedido implícito, necessário evidenciar o entendimento dos Tribunais Pátrios no tocante a matéria, pois, apesar de existir precedentes admitindo tal proceder, esta não é a regra; pelo contrário, esta flexibilização se restringe às hipóteses de demandas fundadas na **existência de coisa julgada ou na incompetência absoluta do órgão prolator da sentença** ou, ainda, quando for

¹⁶ "Art. 488. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor: I - **cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa;** [...]".

possível aferir que o pedido se encontra subentendido nas razões do autor¹⁷, situações, todavia, que, a meu ver, não se enquadram na realidade destes autos, conforme explicarei em seguida, após destacar precedentes sobre a matéria (apenas na parte que interessa):

"[...] 1. O Colendo STJ tem entendimento assentado no sentido de que "a cumulação de pedidos na ação rescisória (iudicium rescindens e iudicium rescissorium), prevista no art. 488, I, do CPC, é obrigatória, exceto nas demandas fundadas na existência de coisa julgada ou na incompetência absoluta do órgão prolator da sentença. Assim, é inviável considerar como implícito o pedido de novo julgamento da causa" (AR nº 2.677-PI, Primeira Seção, Rei. Min. Denise Arruda, j. 14/11/07, DJU 07/02/08). 2. [...]". (TJ-AM - AR: 40018845720138040000 AM 4001884-57.2013.8.04.0000, Relator: Sabino da Silva Marques, Data de Julgamento: 08/07/2015, Câmaras Reunidas, Data de Publicação: 13/07/2015). Grifei.

"AÇÃO RESCISÓRIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CRITÉRIO DE APURAÇÃO DO VALOR PATRIMONIAL DE AÇÃO. DESNECESSÁRIO ESGOTAMENTO DE INSTÂNCIA. PEDIDO DE NOVO JULGAMENTO. PRESCINDIBILIDADE. COISA JULGADA. VIOLAÇÃO RECONHECIDA. [...] 2. Na hipótese de ação rescisória proposta com fulcro no art. 485, IV, do CPC, não é imprescindível o pedido de novo julgamento. [...]" (STJ, AR 4.836/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/09/2013, DJe

¹⁷ Nesse sentido, são os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: EDcl no AgRg no REsp 1184763/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 22/05/2014; AR 2.677/PI, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/11/2007, DJ 07/02/2008, p. 1.

10/12/2013¹⁸). Grifei.

“[...] 2. É obrigatória a cumulação de pedidos do iudicium rescindens e do iudicium rescissorium, prevista no art. 488, I, do Código de Processo Civil, sendo inviável considerar como implícito o pedido de novo julgamento da causa. [...]”. (STJ, EDcl no AgRg no REsp 1184763/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 22/05/2014). Grifei.

“[...] II - A ação rescisória ajuizada com fundamento no inciso IX do artigo 485 do CPC exige cumulação de pedidos: rescisão do julgado (iudicium rescindens) e novo julgamento do feito (iudicium rescissorium). III - Caso em que os autores pleitearam apenas a rescisão do julgado "a fim de determinar a devida apuração do débito", sem fazer o pedido de rejuízo da causa, com a apresentação dos valores que entende devidos. IV - Impossibilidade de se considerar como pedido implícito, não podendo o tribunal efetuar qualquer pronunciamento sob pena de ofensa aos princípios da congruência e da inércia da jurisdição[...].” (TRF-3 - AR: 43585 SP 0043585-68.2009.4.03.0000, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, Data de Julgamento: 01/10/2013, SEGUNDA SEÇÃO,)

“[...] AUSÊNCIA DE PEDIDO DE NOVO JULGAMENTO. RESCISÃO DO JULGADO E REMESSA AO ÓRGÃO JULGADOR PARA NOVO JULGAMENTO. 1. [...] 4. Desta forma, evidentemente violadas as disposições expressas nos

¹⁸ Precedente que reflete a hipótese prevista no art. 485, inciso IV (ofender a coisa julgada).

FL. _____

*arts. 460 e 515 do Código de Processo Civil, o pedido inicial deve ser provido neste ponto. 5. **No entanto, a autora deixou de formular pedido de novo julgamento sobre a matéria, limitando-se a requerer a remessa dos autos à primeira instância para prosseguimento do feito, entretanto, consoante o art. 515, § 2º, do Código de Processo Civil, a questão omitida deve ser julgada pelo próprio magistrado ad quem. Assim, a decisão desta rescisória deve restringir-se à desconstituição do acórdão citra petita, com a consequente devolução dos autos ao órgão prolator do julgado rescindido para novo julgamento do feito.** 6. Ação rescisória procedente em parte". (TRF-3 - AR: 94770 SP 0094770-87.2005.4.03.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, Data de Julgamento: 04/10/2012, PRIMEIRA SEÇÃO). Grifei.*

Então, quanto a questão procedimental anteriormente citada, vejo que o incidente de inconstitucionalidade tem um trâmite a ser seguido, o qual vem disposto nos artigos 480 a 482 do CPC/1973 e, portanto, o princípio da economia processual não pode ser privilegiado em detrimento da ordinariedade do rito, daí afastá-lo.

Nesse diapasão, explico que o Código de Processo Civil regula, nos artigos supra, o curso processual que deve ser observado pelos tribunais, nos casos de controle difuso de constitucionalidade, estabelecendo, dentre outras medidas, que a alegação de incompatibilidade de determinada lei ou ato normativo do poder público com a Constituição seja submetida ao órgão fracionário responsável pelo julgamento do caso concreto, para que ele afaste, de plano, a tese ou remeta a questão ao pleno ou ao órgão especial da Corte. Destaco:

"Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o

FL. _____

conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. § 1o O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2o Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3o O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

Nesse sentido, registro os comentários extraídos do Código de Processo Civil Comentado de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (13. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013), que esmiuçam o procedimento a ser observado no incidente da declaração de inconstitucionalidade (artigos 480 a 482 do CPC/1973):

“• §1º. 4. *Manifestação no incidente. A norma faculta às pessoas jurídicas de direito público responsáveis pelo ato questionado, bem como ao MP, manifestarem-se no incidente de inconstitucionalidade. Mesmo não possuindo personalidade jurídica, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas e das Câmaras Municipais, como responsáveis pela edição do ato impugnado, têm personalidade judiciária, isto é, podem intervir nos incidentes, como faculta a norma. Quando o ato questionado for administrativo, a intervenção processual é facultada à pessoa jurídica de direito público à qual se encontra vinculado o órgão que editou a norma.*

5. *Intervenção do MP. Quanto ao MP, a intervenção é obrigatória, nada obstante o texto equívoco do § 1.o . A matéria do controle concreto da constitucionalidade das normas no âmbito dos tribunais tem natureza de direito difuso, cuja defesa é função institucional do MP (CF 129 III). O CPC 480, a seu turno, já estabelece a intervenção obrigatória do MP no incidente de declaração de inconstitucionalidade. A interpretação sistemática dessas normas (CF 129 III, CPC 480 e 482 § 1.o) nos leva à conclusão de que a intervenção do MP no incidente é obrigatória, sob pena de nulidade do processo (CPC 84 e 246). O que é facultativa é a intervenção da pessoa*

jurídica de direito público responsável pela edição da norma questionada.

• § 2.º : 6. *Manifestação dos colegitimados da CF 103. Como a CF 103 confere legitimação concorrente ao ajuizamento da ADIn, as entidades ali mencionadas poderão intervir no incidente de declaração de inconstitucionalidade, no intuito de colaborar, apresentando razões, documentos, memoriais etc., no prazo fixado pelo regimento interno do tribunal.* • 7. *Inconstitucionalidade de norma estadual ou municipal. Caso o incidente tenha como objeto a declaração de inconstitucionalidade de norma estadual ou municipal contestada em face da Constituição estadual, e, seguindo-se o modelo federal, os colegitimados ao ajuizamento da ADIn estadual também poderão manifestar-se no incidente, apresentando razões, documentos, memoriais etc.*

• § 3.º : 8. *Amicus curiae. Tendo em vista a relevância da matéria objeto do incidente, a intervenção de qualquer pessoa física, jurídica, professor de direito, cientista, órgão ou entidade, desde que tenha respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade para opinar sobre a matéria objeto da questão constitucional, pode ser admitida pelo relator, em decisão irrecorrível. Trata-se da figura do amicus curiae, originária do direito anglo-saxão. No direito norte-americano, há a intervenção por consenso entre as partes ou por permissão da Corte. O sistema brasileiro adotou a segunda solução, de modo que a intervenção do amicus curiae, no incidente brasileiro de declaração de inconstitucionalidade, dar-se-á de acordo com decisão positiva do relator. O amicus*

FL. _____

curiae poderá apresentar razões, manifestações por escrito, documentos, memoriais etc. Para melhor exame da figura do amicus curiae, v.: Ferraz-Milaré-Nery. ACP, 10.1, p. 53; Giovanni Criscuoli. Amicus curiae, Riv.Trim.Dir.Proc.Civ., 1973, 187/216. V., ainda, normas norte-americanas sobre o instituto: Regra n. 29 das Federal Rules of Appellate Procedure e Regra n. 36 das Rules of the Supreme Court of the United States (“Brief of an amicus curiae”). V. LADIn 7.o § 2.o”.

No mesmo sentido, é a lição doutrinária retirada do Manual de Direito Constitucional de autoria de Nathalia Masson:

"(...) sempre que um incidente de inconstitucionalidade for recebido pelo Tribunal o relator deve, necessariamente, submeter a questão ao órgão fracionário. O órgão fracionário pode entender pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Caso entenda que a norma é constitucional, julga a questão de constitucionalidade (declarando a norma compatível com a Constituição) e, na sequência, julga o pedido principal. Se, todavia, entender que a norma é inconstitucional, deve enviar o 'acórdão provisório' que revela a percepção pela inconstitucionalidade ao pleno ou ao órgão especial para julgamento". (MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. Editora JusPodium. Salvador: 2013. p. 998).

Por fim, cito precedente do Superior Tribunal de Justiça, que, claramente, descreve a necessidade de observância do rito estabelecido pelos artigos 480 e 482 do CPC/1973:

FL. _____

"[...] IV - Nos termos dos arts. 480 e 482 do Código de Processo Civil, o incidente de declaração de inconstitucionalidade, pela sua natureza, deve ser processado com observância das peculiaridades próprias, ou seja, precisa ser conduzido e decidido como tal, até porque do julgado específico da inconstitucionalidade poderá advir recurso extraordinário para a Suprema Corte. V -A Súmula 513 do STF -"A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão que completa o julgamento do feito" - [...] VI - Tendo o Tribunal a quo deixado de atender ao procedimento e ao objeto precípua do incidente de declaração de inconstitucionalidade, que além de rito especial produz veredicto com conteúdo específico, o qual não se confunde com o conteúdo de mérito da questão principal e comporta recurso apropriado e diverso do da causa principal, o acórdão recorrido mereceria anulação para que fosse observado o procedimento adequado. Entretanto, mostra-se possível desde logo apreciar o mérito da causa [...]"]"

(STJ - RMS: 19895 GO 2005/0064738-2, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 23/11/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/02/2011)

Ainda sobre a matéria, destaco os seguintes julgados:

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. ALÍQUOTA SOBRE OPERAÇÕES DE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. PRINCÍPIOS DA ESSENCIALIDADE E DA SELETIVIDADE. DECLARAÇÃO, PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE ORIGEM, DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA DE DECRETO

FL. _____

*ESTADUAL QUE REPETE NORMA DE LEI ESTADUAL AINDA HÍGIDA. CONSTITUCIONALIDADE QUE DEVE SER ANALISADA PELO TRIBUNAL LOCAL. **PROCEDIMENTO PREVISTO NOS ARTIGOS 480 A 482, DO CPC. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. SÚMULA VINCULANTE 10/STF. 1. O error in procedendo; vício de procedimento consistente na aplicação incorreta de regra processual, autoriza a anulação da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, ao apreciar o mandado de segurança em que se discutiu a constitucionalidade da norma inserta na Lei Estadual 2.657/96 (alíquota do ICMS incidente sobre a operação de circulação de energia elétrica), violou o disposto no artigo 103, do seu Regimento Interno (segundo o qual "a decisão que declarar a inconstitucionalidade ou rejeitar a arguição, se for proferida por 17 (dezessete) ou mais votos, ou reiterada em mais 02 (duas) sessões, será de aplicação obrigatória para todos os Órgãos do Tribunal"), tendo em vista a inobservância da decisão proferida pelo Órgão Especial do Tribunal que declarou a inconstitucionalidade da norma do Decreto Estadual 27.427/2000, a qual se limitava a reproduzir o artigo da Lei Estadual apontado como inconstitucional (Precedente do STJ: RMS 22.524/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13.11.2007, DJ 22.02.2008). 2. É que: "... existe, nesses autos, óbice intransponível ao julgamento de mérito pelo STJ, eis que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao analisar o caso concreto, fê-lo sem observância das regras processuais próprias, em especial o art. 481, parágrafo único, do CPC, com a redação dada pela Lei 9.756/98. (...) O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de***

FL. _____

Janeiro, em seu próprio Regimento Interno, consignou expressamente o efeito vinculante de que trata o dispositivo processual nos seguintes termos: 'Art. 103 - A decisão que declarar a inconstitucionalidade ou rejeitar a arguição, se for proferida por 17 (dezesete) ou mais votos, ou reiterada em mais 02 (duas) sessões, será de aplicação obrigatória para todos os Órgãos do Tribunal.' Na específica hipótese dos autos, temos a seguinte situação: a) Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por seu Órgão Especial, em 27/03/2006, declarou a inconstitucionalidade do art. 14, VI, item 2, e VIII, item 7 do Decreto 27.427/2000, que fixa alíquota do ICMS incidente sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações, por desatender aos princípios constitucionais da seletividade e da essencialidade dispostos no art. 155, § 2º da CF/88, ... (...) b) o acórdão recorrido, cujo julgamento deu-se posteriormente, em 11/04/2006, ignorando o precedente do órgão especial, concluiu em sentido contrário pela constitucionalidade do dispositivo e, conseqüentemente, denegou o mandamus, reconhecendo a legitimidade da cobrança do ICMS com alíquota de 25% para comunicação e energia elétrica. E não se diga que o precedente do Órgão Especial somente produziria efeito vinculante com a sua publicação no Diário da Justiça, o que ocorreu em 19/04/2006, posteriormente ao julgamento do acórdão ora recorrido, eis que o Tribunal não poderia alegar desconhecimento do que foi decidido por ele próprio. Nessas circunstâncias, ocorreu error in procedendo porque não observada norma de ordem pública, o que justifica o reconhecimento da nulidade do julgamento e o retorno dos autos ao Tribunal a quo para novo pronunciamento, ficando, pois, prejudicada a análise das questões suscitadas no

FL. _____

presente recurso." (RMS 22.524/RJ) 3. In casu, o acórdão regional data de 02.09.2008, razão pela qual impõe-se sua anulação, a fim de que seja observado o procedimento encartado nos artigos 480 a 482, do CPC, c/c o artigo 103, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 4. Recurso ordinário provido para anular o acórdão regional, determinando a remessa dos autos à origem para rejuízo do mandado de segurança". (STJ, RMS 28.431/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 23/09/2010). Grifei.

"[...] AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. RESERVA DE PLENÁRIO. NULIDADE 1. A inconstitucionalidade apreciada incidenter tantum para justificar a procedência do pedido de anulação de atos administrativos autorizados pela regra acoimada de vício, reclama a obediência à cláusula de plenário pro força da Súmula Vinculante n.º 10, do E. STF, que assim dispõe: 'Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte'. 2. A declaração de inconstitucionalidade exercida por meio difuso pelos Tribunais deve seguir o procedimento disposto nos arts. 480 e 482 do CPC, em respeito ao princípio da reserva de plenário, sendo autorizado somente ao Órgão Especial ou Plenário da Corte a emissão do juízo de incompatibilidade do preceito normativo com a Magna Carta Brasileira, restando os órgãos fracionários dispensados dessa obrigação apenas se a respeito da questão constitucional já

houver pronunciamento do Órgão competente do Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal. 3. *A dispensa da reserva de plenário reclama que o Tribunal ou o próprio STF tenham se pronunciado sobre a norma em tese, vedada a equiparação analógica de thema iudicandum* 4. *In casu, os pedidos sucessivos, formulados pelo Parquet, em sede de ação civil pública, tinham como pressuposto o pleito primeiro assim deduzido: "a) anular as nomeações efetuadas pelo Município de Nova Iguaçu ao exercício de cargos em comissão de agentes de trânsito, declarando-se, neste particular, a inconstitucionalidade das Leis Municipais n.º 2.884, de 12 de fevereiro de 1998, 2.956, de 18 de dezembro de 1998 e 3.012, de 14 de outubro de 1999;"* 5. *Consectariamente, houve violação da cláusula de reserva de plenário, por isso que merecedor de anulação o aresto recorrido para que se proceda, preliminarmente, o incidente no Tribunal a quo.* 6. *Recurso especial provido para, reconhecendo a violação à cláusula de plenário, declarar nulo o processo, nos termos da fundamentação, prejudicada a análise das demais questões suscitadas".* (STJ, REsp 931.373/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 18/11/2010). Grifei.

Dessa forma, embasada na doutrina e jurisprudência pátria sobre a matéria, não tenho dúvidas de que o vício de procedimento (*error in procedendo*), consubstanciado na aplicação incorreta de regra processual, autoriza a anulação de eventual decisão proferida pelo Tribunal de Justiça, in casu, do julgamento proferido na ação rescisória em exame, razão pela qual, apoiada no artigo 216 do Regimento Interno desta Corte¹⁹, ratifico o meu voto para determinar o retorno dos autos à Câmara de origem para novo julgamento do

¹⁹ Art. 216. Os Desembargadores poderão modificar o voto até a proclamação do resultado final.

feito, desta vez com observância da cláusula de reserva de plenário, nos termos dos artigos 97 da Constituição Federal, 480 e 482 do Código de Processo Civil, bem como 241 e seguintes do RI, prejudicada a análise das demais questões suscitadas.

É como voto.

TODAVIA, POR MAIORIA DE VOTOS, O EGRÉGIO TRIBUNAL PLENO, ACOLHEU A QUESTÃO DE ORDEM SUSCITADA PELO REVISOR, RAZÃO PELA QUAL, PASSO AO ANÁLISE DO JUÍZO RESCISÓRIO.

JUÍZO RESCISÓRIO

Consoante decisão do Egrégio Tribunal Pleno, passo ao análise do Juízo Rescisório da demanda.

Trata-se de Ação Rescisória visando desconstituir o Acórdão proferido pela 1ª Câmara Cível desta Corte de Justiça, nos autos da apelação cível nº 2011.011670-9, julgado em 18 de abril de 2013, da relatoria do Des. Dilermando Mota, assim ementado (fl. 53):

“EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINARES: TRANSFERÊNCIA PARA O MÉRITO. MÉRITO: ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 8.429/92 POR OFENSA À AUTONOMIA MUNICIPAL. INOCORRÊNCIA. LEI NACIONAL, REGULAMENTADORA DO ART. 37, § 4º, DA CF. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO, SEM CONCURSO, PARA ATENDIMENTO DE NECESSIDADE INADIÁVEL DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. ART. 37, IX, DA CF. ATIVIDADES CORRENTES

DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11, DA LEI Nº 8.429/92. SANÇÕES ADEQUADAS AO ATO ÍMPROBO PRATICADO. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO”.

Aduziu o autor (fls. 02/11), em síntese, que:

- a) a presunção de constitucionalidade da Lei nº 160/1994 do Município de Riacho da Cruz/RN, afasta, conseqüentemente, possível dolo em sua conduta;
- b) eventual declaração incidental de inconstitucionalidade, deve-se aplicar os efeitos *ex nunc*;
- c) impossível perdurar sua condenação por improbidade administrativa quando, agiu amparado por legislação vigente.

Pois bem. O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, na forma como constituído em nosso sistema legal, apresenta-se como o legítimo instrumento processual para identificar as normas incompatíveis com o ordenamento constitucional, de sorte a fazer prevalecer as disposições preservadas na norma ápice do arcabouço jurídico.

No caso em análise, o Município de Riacho da Cruz, em 26 de janeiro de 1994, editou a Lei Municipal nº 160, prevendo a contratação direta em diversas áreas, sem, contudo, justificar a sua excepcionalidade.

Com efeito, analisando referida norma municipal, **verifico realmente existir vício constitucional**, eis autorizar o Poder Público a **contratar diretamente**, sem concurso público, indeterminado número de pessoas, **para serviços inerentes a própria administração, com atividades fim**, o que, obviamente, vai de encontro aos requisitos legais do serviço temporário, bem como, inexistente qualquer justificativa plausível, apto a embarcar a excepcionalidade do emprego temporário.

Logo, somente é cabível a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público em situações restritas, não podendo as leis que autorizam tais contratações estabelecer hipóteses abrangentes e genéricas, em lugar de especificar a conjuntura fática que, caso presente, apontaria para um

real estado de emergência.

Neste sentido, não obstante a legislação guerreada sequer especificar em seus artigos as atividades passíveis de contratação, em seu art. 1º, estabeleceu "*são aqueles vinculados às áreas de saúde, educação e os que digam respeito ao atendimento dos setores envolvidos com a calamidade pública vivida pelo Município.*" (Mídia às fls. 16).

Resta, pois, caracterizado afronta ao art. 26, incisos II e IX, da Constituição Estadual, que dispõe:

"Art. 26. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios, obedece aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, observando-se:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público 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;

(...)

IX - a lei estabelece os casos de contratação, por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, que não pode ser feita para o desempenho de cargo, emprego ou função em atividade de caráter permanente do Estado;" (Grifei).

Igualmente, não posso deixar de registrar, que a necessidade do concurso público, está previsto na própria Constituição Federal, em seu art. 37, inciso II, *in verbis*:

"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:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;" (Grifei).

Consubstanciando meu pensar, destaco os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho e Alexandre de Moraes:

"tem-se admitido que o concurso público também é inexigível para o recrutamento de servidores temporários. Aqui a dispensa se baseia em razões lógicas, sobretudo as que levam em conta a determinabilidade do prazo de contratação, a temporariedade da carência e a excepcionalidade da situação de interesse público". (In, Manual de Direito Administrativo, 13ª Ed., ed. Lumen Juris, p. 487).

"haverá flagrante desvio inconstitucional dessa exceção se a contratação temporária tiver como finalidade o atendimento de necessidade permanente da Administração Pública.

*Assim, **é impossível a contratação temporária por tempo determinado – ou de suas sucessivas renovações – para atender a necessidade permanente, em face do evidente desrespeito ao preceito constitucional que consagra a obrigatoriedade do concurso público; admitindo-se excepcionalmente essa contratação, em face da urgência da***

FL. _____

hipótese e da imediata abertura de concurso público para preenchimento dos cargos efetivos." (Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 6ª ed., ed. Atlas, p. 885).

E, exatamente neste sentido, ressalto que o **Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral**, nos autos do Recurso Especial nº 658.026, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, destacou:

"EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA MUNICIPAL QUE DISPÕE SOBRE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PESSOAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS REQUISITOS DA TEMPORARIEDADE E DA EXCEPCIONALIDADE, JUSTIFICADORES DO INTERESSE PÚBLICO EM QUE FUNDAMENTADA A CONTRATAÇÃO. MATÉRIA QUE ULTRAPASSA OS INTERESSES DAS PARTES, PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL." (RE 658026 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 01/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2012 PUBLIC 13-11-2012) (grifos acrescentados).

Em conclusão à Repercussão Geral, se pronunciou a Suprema Corte:

"Ementa Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu.

Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, “à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, [d]a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos”. **2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente.** 3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração. **4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é**

peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal. 5. Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de la culture de gestion, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para 'cultura de gestão estratégica') que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção de que os atos de administração devem ter a pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação positiva. 6. Dá-se provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, aplicando-se à espécie o efeito ex nunc, a fim de garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e o atendimento do excepcional interesse social." (RE 658026, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, **Tribunal Pleno**, julgado em 09/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-214 DIVULG 30-10-2014 **PUBLIC 31-10-2014**).

Contudo, interpretando-se a Constituição Estadual em conformidade com a Constituição Federal, juntamente com o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, inclusive em sede de repercussão geral, resta evidenciado que a Lei nº 160/1994 do Município de Riacho da Cruz fere o artigo 26, incisos II e IX da Constituição Estadual. Destaco:

FL. _____

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 1.120/2003 DO MUNICÍPIO DE CONGONHAL/MG. 1) NECESSIDADE TEMPORÁRIA E EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO NÃO CONFIGURADOS. 2) CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE MÉDICOS, DENTISTAS, ENFERMEIROS, TÉCNICOS EM ENFERMAGEM, BIOQUÍMICO, TÉCNICOS EM RX, AUXILIARES DE ENFERMAGEM E AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE, AUXILIARES ADMINISTRATIVOS, PROFESSORES, OPERÁRIOS DE OBRAS E SERVIÇOS PÚBLICOS; OPERADORES DE MÁQUINAS, PEDREIROS, PINTORES, ELETRICISTAS, ENCANADORES, AUXILIARES DE PEDREIROS, TÉCNICO AGRIMENSOR E MESTRE DE OBRAS, MERENDEIRAS E SERVIÇAIAS, MAGAREFE E MONITOR DE ESPORTES. 3) CONTRARIEDADE AO ART. 37, INC. II E IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. PRECEDENTES. . 4) RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 2º, 3º E 4º DA LEI COMPLEMENTAR N. 1.120/2003 DO MUNICÍPIO DE CONGONHAL/MG." (STF. RE 527109, Relator(a): **Min. CÁRMEN LÚCIA**, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014. Grifei).

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 260/2010 DO MUNICÍPIO DE LAGOA SALGADA/RN. NORMA

MUNICIPAL QUE DISPÕE SOBRE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PESSOAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS REQUISITOS DA TEMPORARIEDADE E DA EXCEPCIONALIDADE, JUSTIFICADORES DO INTERESSE PÚBLICO EM QUE FUNDAMENTADA A CONTRATAÇÃO. AFRONTA AO ESTABELECIDO NO ARTIGO 26, INCISOS II E IX, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. NÃO COMPROVAÇÃO DAS SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE PERMITEM A CONTRATAÇÃO PRECÁRIA POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI MUNICIPAL QUE AUTORIZA A CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS PARA DIVERSOS CARGOS COM ATRIBUIÇÕES DE NATUREZA PERMANENTE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO ESTABELECIDO NO ARTIGO 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. MATÉRIA PACIFICADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 658026 RG, RELATOR: MiN. DIAS TOFFOLI, JULGADO EM 01/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2012 PUBLIC 13-11-2012). **INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA.** (TJRN. Tribunal Pleno. ADI nº 2014.009668-8. Rel. Des. Amaury Moura Sobrinho. Julgado em 25/11/2015. Destaquei).

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADA EM FACE DAS LEIS MUNICIPAIS 436/2014 E 444/2014 DO MUNICÍPIO DE CORONEL EZEQUIEL.

INSTITUIÇÃO ABRANGENTE E GENÉRICA DE HIPÓTESE DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA PROVIMENTO DE CARGOS DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL. CARGOS QUE DESEMPENHAM FUNÇÕES ORDINÁRIAS PERMANENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA REGRA GERAL DA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. OFENSA AOS INCISOS II E IX DO ART. 26 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE EVIDENCIADO. PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO AUTORAL. PRECEDENTES. (TJRN. Tribunal Pleno. ADI nº 2014.023540-0. Rel. Des. João Rebouças. Julgado em 04/11/2015. Grifei).

Em seguida, passo à análise do marco de alcance dessa inconstitucionalidade.

Sobre a matéria, como bem evidenciou o doutrinador **Pedro Lenza**, em sua obra de Direito Constitucional Esquematizado²⁰, no controle constitucional difuso, os efeitos produzidos são *inter partes* e, em regra retroativos – *ex tunc*; todavia, **ressalta o ilustre professor²¹ a existência de um marco em toda a doutrina e jurisprudência brasileira**, qual seja, o julgamento do Recurso Especial nº 197.917, pelo Supremo Tribunal Federal, este com repercussão nacional em todo o País, oportunidade em que, **restou assentada a possibilidade de modulação dos efeitos mesmo em sede de Controle Difuso**. Destaco o caso:

1. **O Ministério Público de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública** objetivando reduzir o número de vereadores do Município de Mira Estrela, de 11 (onze) para 09 (nove), pleiteava ainda, a devolução dos subsídios recebidos pelos vereadores, a declaração incidental da inconstitucionalidade (controle difuso), com efeitos retroativos;

²⁰ Direito Constitucional Esquematizado/Pedro Lenza. 19ª ed. Rev. Atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

²¹ Mestre e Doutor em Direito Constitucional.

2. Não obstante, no referido julgamento, restou definido pelo Egrégio Tribunal Pleno da Suprema Corte, **através do incidente de inconstitucionalidade instaurado, que os efeitos seriam modulados para, somente na próxima legislatura, pro futuro**, passaria a surtir os efeitos do reconhecimento incidental de inconstitucionalidade; colaciono:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição

*legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). **7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.** Recurso extraordinário conhecido e em parte provido." (STF. RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368)*

Dispõe o artigo 27, da Lei nº 9.868/99, que:

"Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

3. Naquela oportunidade, nos autos da Ação Civil Pública, reconhecida a inconstitucionalidade *incidenter tantum*, os Ministros Maurício Corrêa e Gilmar Mendes defenderam a necessidade de modulação dos efeitos, com base nos princípios da segurança jurídica, do interesse social e da boa fé, o que restou acolhido pela Suprema Corte; procedimento este, inclusive, adotado por esta Corte de Justiça, conforme extraio trecho do voto do Des. Ibanez Monteiro²², ao afirmar que "O desenvolvimento histórico desse entendimento na *Suprema Corte* contribuiu para o aperfeiçoamento da aplicação da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, inicialmente limitada aos casos de controle concentrado de constitucionalidade, posteriormente aceitável no controle difuso ou incidental, como é o caso dos autos.".

Consubstanciando meu pensar, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos, colaciono os demais precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte de Justiça:

"Ementa: CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. LEI MUNICIPAL. INCONSTITUCIONALIDADE ASSENTADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM JULGAMENTO DE AÇÃO DIRETA, COM

²² TJRN. MS nº 2013.005996-2. Rel. Des. Ibanez Monteiro. Julgado em 06/11/2013.

FL. _____

EFEITOS EX NUNC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA MESMA LEI. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. JULGAMENTO. DESNECESSIDADE DE SUBMISSÃO DA MESMA QUESTÃO À REGRA DA RESERVA DE PLENÁRIO, UMA VEZ QUE O PRECEDENTE LOCAL FOI RESPEITADO, INCLUSIVE QUANTO À MODULAÇÃO DOS EFEITOS. SÚMULA VINCULANTE 10. CONTRARIEDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO" (STF. Rcl 11665 AgR, Relator(a): **Min. TEORI ZAVASCKI**, Segunda Turma, julgado em 02/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016. Grifei).

"EMENTA: **AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.** CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. REGIME APLICÁVEL A NOTÁRIOS E REGISTRADORES. LEI ESTADUAL N. 15.150/2005 DECLARADA INCONSTITUCIONAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.639. **MODULAÇÃO DE EFEITOS. PRESERVAÇÃO DOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS OU EM CONDIÇÕES DE SÊ-LO NA VIGÊNCIA DA LEI.** AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO." (STF. RE 880083 AgR, Relator(a): **Min. CÁRMEN LÚCIA**, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015).

Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de

FL. _____

*Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. **Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc.** Recurso extraordinário a que se nega provimento." (STF. ARE 709212, Relator(a): **Min. GILMAR MENDES**, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC **19-02-2015**. Grifei).*

*"EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE TERRITORIAL URBANA (IPTU). MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PROGRESSIVIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA 668/STF. Ambas as Turmas desta Corte vêm decidindo que a progressividade do IPTU do município do Rio de Janeiro antes da EC 29/2000 era inconstitucional. **CONSTITUCIONAL. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO TEMPORAL DA DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE.** A orientação do Supremo Tribunal Federal admite, em situações extremas, o **reconhecimento de efeitos meramente prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade.** Requisitos ausentes na hipótese. Precedentes da Segunda Turma. Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento." (STF. AI 627770 AgR, Relator(a): **Min. JOAQUIM BARBOSA**,*

FL. _____

Segunda Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-203 DIVULG 20-10-2011 PUBLIC 21-10-2011 EMENT VOL-02612-02 PP-00220. Destaquei).

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 260/2010 DO MUNICÍPIO DE LAGOA SALGADA/RN. NORMA MUNICIPAL QUE DISPÕE SOBRE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PESSOAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS REQUISITOS DA TEMPORARIEDADE E DA EXCEPCIONALIDADE, JUSTIFICADORES DO INTERESSE PÚBLICO EM QUE FUNDAMENTADA A CONTRATAÇÃO. AFRONTA AO ESTABELECIDO NO ARTIGO 26, INCISOS II E IX, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. NÃO COMPROVAÇÃO DAS SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE PERMITEM A CONTRATAÇÃO PRECÁRIA POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI MUNICIPAL QUE AUTORIZA A CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS PARA DIVERSOS CARGOS COM ATRIBUIÇÕES DE NATUREZA PERMANENTE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO ESTABELECIDO NO ARTIGO 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. MATÉRIA PACIFICADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 658026 RG, RELATOR: MiN. DIAS TOFFOLI, JULGADO EM 01/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2012 PUBLIC 13-11-2012). INCONSTITUCIONALIDADE.

PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA."

(...)

Por último, com relação ao marco de alcance da declaração de inconstitucionalidade, sabe-se que, em tese, possui efeito extunc.

Entretanto, em casos excepcionais – como o dos autos –, admite-se a definição em outro momento, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, pois que o imediato rompimento dos contratos implicará a inviabilidade dos serviços necessários à Administração Municipal, com evidentes conseqüências à população.

Na espécie, entendo razoável fixar o prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da publicação desta decisão, para, a partir de então, passar ela a ter eficácia.

*Pelo exposto, em consonância com o parecer ministerial, voto pela procedência da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, para o efeito de declarar a inconstitucionalidade de todos os artigos da Lei nº 260/2010 do Município de Lagoa Salgada/RN, por evidente afronta ao estabelecido no artigo 26, incisos II, e IX, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, **com o prazo de eficácia da declaração remetido para 120 (cento e vinte) dias a contar dessa decisão.**" (TJRN. Tribunal Pleno. ADI nº 2014.009668-8. Rel. Des. Amaury Moura Sobrinho. Julgado, à unanimidade, em 25/11/2015. Destaquei).*

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 001/2009, DO MUNICÍPIO DE PORTO DO MANGUE. ESTATUTO DOS SERVIDORES

PÚBLICOS MUNICIPAIS DE PORTO DO MANGUE.
INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. INTELIGÊNCIA DO ART. 46, § 1º, INCISO II, ALÍNEAS "A", "B" E "C, E ART. 47, INCISO I, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE DE AUMENTO DE DESPESA EM PROJETOS DE INICIATIVA DO PREFEITO MUNICIPAL. CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. NECESSIDADE DE ATRIBUIÇÕES DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO. INVIABILIDADE DE CRIAÇÃO DE CARGO COMISSIONADO DE NATUREZA TÉCNICA, QUE NÃO DEMANDE RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE O SERVIDOR E A AUTORIDADE NOMEANTE. ART. 26, INCISOS II E V DA CONSTITUIÇÃO DO RIO GRANDE DO NORTE. GRATIFICAÇÃO ESPECIAL E DE MERECEAMENTO. AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA CONCESSÃO DAS VANTAGENS. ATRIBUIÇÃO DE LARGA DISCRICIONARIEDADE AO PREFEITO DO MUNICÍPIO. INVIABILIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E MORALIDADE (ART. 26, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL).
PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO. MODULAÇÃO DE PARTE DOS EFEITOS DA DECISÃO. PRECEDENTES.

- No âmbito municipal, a iniciativa para deflagração do processo legislativo que dispõe acerca da criação de cargos, empregos ou funções públicas na Administração, bem como que trata do regime jurídico dos servidores e, ainda, que cria, estrutura e define as atribuições dos órgãos administrativos, pertence exclusivamente ao Prefeito do Município;

- *A atribuição privativa do Prefeito Municipal para iniciar os projetos de lei que dispõem sobre as precitadas matérias não exclui do Poder Legislativo a competência para propor emendas supressivas, aditivas e modificativas, sendo certo que tais emendas não podem resultar em aumento de despesa;*
- *Três são os principais elementos caracterizadores do comissionamento do cargo público, a saber: i) caráter transitório da ocupação; ii) relação de confiança entre autoridade e servidor exercente do cargo; iii) livre nomeação e exoneração;*
- *Toda forma de normatização, em qualquer esfera, que venha a admitir ou criar cargos comissionados cujas atribuições se desvirtuem da direção, chefia ou assessoramento, incorrerá em vício material de constitucionalidade, até mesmo em virtude da necessidade de se garantir plena aplicação aos princípios da impessoalidade e da moralidade, os quais, não se desconhece, são balizadores da atividade administrativa;*
- *Em que pese a possibilidade e mesmo a adequação da instituição de gratificação aos servidores de determinada categoria por meio de Lei complementar que trata do Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração, sabe-se que a disciplina jurídica atinente à remuneração no serviço público está amparada, de modo fundamental, no princípio da legalidade ou, em sua forma aperfeiçoada, no princípio da juridicidade;*
- *Daí decorre a imprescindibilidade de que a instituição de determinada gratificação estabeleça critérios objetivos para sua concessão, sendo inconcebível, ao revés, a atribuição de discricionariedade à autoridade administrativa;*
- **O art. 27 da Lei n° 9.868/99, cuja aplicação de maneira subsidiária às Ações Diretas de Inconstitucionalidade no**

âmbito dos Tribunais de Justiça é pacífica, permite ao órgão julgador modular os efeitos da decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social." (TJRN. Tribunal Pleno. ADI nº 2013.008813-8. Rel. Des. João Rebouças. Julgado, à unanimidade, em 19/11/2014. Grifei).

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 577/2005, DO MUNICÍPIO DE JARDIM DE PIRANHAS. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO PARA A DEFESA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS IMPUGNADOS. DESCABIMENTO. MÉRITO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA EXCEPCIONALIDADE E DA TEMPORARIEDADE. AFRONTA AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. OFENSA AO ART 26, IX DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. PRECEDENTES.

- Diante da faculdade de que dispõe, pode o Procurador Geral do Estado deixar de se manifestar na defesa da lei atacada, mas não pode ser excluído da ação.

- A exigência do excepcional interesse para fins de pessoal temporário pela Administração, sem a submissão ao Concurso Público, requer a especificidade constitucionalmente autorizada, com a limitação no tempo, por prazo razoável.

- Não se admite que a Lei Municipal possa contemplar a possibilidade de contratações precárias em atividades permanentes ou rotineiras da Administração Pública Municipal

que, com um planejamento adequado, podem ser exercidas satisfatoriamente, sem a admissão de temporários." (TJRN. Tribunal Pleno. ADI nº 2008.010497-9. Rel. Des. João Rebouças. Julgado, à unanimidade, em 18/12/2009. Destaquei).

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ART. 1º DA LEI Nº 2.379/07 E ART. 1º DA LEI Nº 2.622/10, AMBAS DO MUNICÍPIO DE MOSSORÓ. AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO, NOS TERMOS DO ART. 26, IX, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. LEIS DE EFEITOS CONCRETOS. ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE CONCENTRADO. PRECEDENTES DO STF. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA ATENDIMENTO DE NECESSIDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL. DIREITO FUNDAMENTAL. ARTS. 6º E 203 E SEQUINTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POLÍTICA PÚBLICA DE CARÁTER PERMANENTE. ADMISSIBILIDADE, EM ABSTRATO, DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRECEDENTES DO STF. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA EXCEPCIONALIDADE DO INTERESSE PÚBLICO ATENDIDO. AUSÊNCIA. ATENDIMENTO ÀS NECESSIDADES ORDINÁRIAS DECORRENTES DOS DEVERES CONSTITUCIONAIS E DA POLÍTICA NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. INADMISSIBILIDADE DA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA, NA ESPÉCIE. OFENSA AO ART. 26, II, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. OBRIGATORIEDADE DE CONCURSO PÚBLICO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE.**

FL. _____

POR ARRASTAMENTO, DOS DEMAIS DISPOSITIVOS DAS LEIS IMPUGNADAS. PRECEDENTES. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. EFICÁCIA EX NUNC. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.(TJRN. Tribunal Pleno. ADI nº 2011.004597-4. Rel. **Des. Dilermando Mota**. Julgado, à unanimidade, em 11/04/2012. Grifei).

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LCE Nº 228/2002. PREVISÃO DE DISTRIBUIÇÃO DOS SERVIDORES DA EXTINTA DATANORTE NOS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM QUE JÁ SE ENCONTRAM CEDIDOS. OFENSA AO ART. 26, II, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXIGIBILIDADE DE PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO. EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 19 DA ADCT SOMENTE PARA OS SERVIDORES QUE, NA DATA DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, POSSUÍSSEM MAIS DE 5 ANOS DE SERVIÇO NA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA E NAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INAPLICABILIDADE PARA OS SERVIDORES DA DATANORTE QUE ERA UMA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PRECEDENTES DO STF. INCONSTITUCIONALIDADE EVIDENTE. NÚMERO ELEVADO DE SERVIDORES ATINGIDOS. RISCO À CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS POR ELES PRESTADOS. NECESSIDADE DE MODULAÇÃO. POSSIBILIDADE PREVISTA NO ART. 27 DA LEI Nº 9.868/99 C/C ART. 235 DO REGIMENTO INTERNO DESTE TRIBUNAL. EFEITOS EX NUNC. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO COM MODULAÇÃO."

FL. _____

(TJRN. Tribunal Pleno. ADI nº 2012.013172-8. Rel. **Des. Vivaldo Pinheiro**. Julgado, à unanimidade, em 30/04/2014. Destaquei).

"EMENTA: *CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ASSISTENTE DE ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS DA SECRETARIA DE TRIBUTAÇÃO. PRETENDIDA MAJORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE PARCELAS, DECORRENTE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 484/2013. IMPOSSIBILIDADE. ART. 21 DA LEI Nº 6.038/1990 QUE AFRONTA O ART. 37, XIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VEDAÇÃO À VINCULAÇÃO REMUNERATÓRIA COM BASE EM CARGO DIVERSO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTALER TANTUM QUE SE IMPÕE. EFEITOS DA DECLARAÇÃO QUE, EM REGRA, SERIAM EX TUNC. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE TAIS EFEITOS NO CASO CONCRETO. MODULAÇÃO QUE SE FAZ NECESSÁRIA, FACE A EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA ANTERIOR, NOS AUTOS DA APELAÇÃO CÍVEL Nº 2009.004093-9 (COM TRÂNSITO EM JULGADO NO DIA 08/12/2010), NA QUAL FOI DEFERIDA A IMPLANTAÇÃO DA MENCIONADA GRATIFICAÇÃO NO CONTRACHEQUE DO IMPETRANTE. RETROATIVIDADE QUE AFRONTARIA DIRETAMENTE O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA COISA JULGADA. INVIABILIDADE DE QUESTIONAMENTO DA REFERIDA COISA JULGADA, EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. VIA INADEQUADA, NOS MOLDES DO ART. 5º, INCISO III, DA LEI Nº 12.016/2009. PRECEDENTES DO*

FL. _____

*STF E STJ. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO, FACE: 1) DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM EVIDÊNCIA; 2) LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 484/2013, QUE, EM SEU ART. 17, TRANSFORMOU A GRATIFICAÇÃO DE PARCELAS EM VANTAGEM PECUNIÁRIA EQUIVALENTE. PRECEDENTES DO STF, STJ E DESTA CORTE. **DENEGACÃO DA SEGURANÇA.**" (TJRN. Tribunal Pleno. MS nº 2013.004922-2. Rel^a. Des^a. Maria Zeneide Bezerra. Julgado, à unanimidade, em 18/12/2013. Grifei).*

*"EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. GRATIFICAÇÃO DE PARCELAS COM BASE NO VENCIMENTO DE CARGO DIVERSO. VINCULAÇÃO REMUNERATÓRIA. **INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 21 DA LEI Nº 6.038/1990. OFENSA AO ART. 37, XIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGACÃO DA SEGURANÇA."*

(...)

***Nunca foi consenso no Supremo Tribunal Federal o entendimento a respeito da produção de efeitos jurídicos decorrentes de normas inconstitucionais até o momento do reconhecimento de sua inconstitucionalidade.** Leitão de Abreu, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, proferiu voto em que afirma:*

"Acertado se me afigura [...] o entendimento de que se não deve ter como nulo ab initio ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à

FL. _____

obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o Corpus Juris Secundum, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação de inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar." (apud MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 323)

O desenvolvimento histórico desse entendimento na Suprema Corte contribuiu para o aperfeiçoamento da aplicação da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, inicialmente limitada aos casos de controle concentrado de constitucionalidade, posteriormente aceitável no controle difuso ou incidental, como é o caso dos autos. Acerca dessa possibilidade, o STF já se pronunciou:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A

FL. _____

POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES.
INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM,
DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO.
SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.

1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c.

2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade.

3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia.

4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente.

5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da

moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37).

6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º).

7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes.

8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.

Recurso extraordinário conhecido e em parte provido."

(STF. RE 197.917. Tribunal Pleno. Relator: Min. Maurício Corrêa. julgado em 06/06/2002). Destaquei.

(...)" (TJRN. Tribunal Pleno. MS nº 2013.005996-2. Rel. Des. Ibanez Monteiro. Julgado, à unanimidade, em 06/11/2013. Grifei).

Assim, reconheço a inconstitucionalidade da Lei nº 160/1994, oriunda do Municipal de Riacho da Cruz, com efeitos *inter partes* e, consoante jurisprudência destacada, pelos princípios constitucionais da Segurança Jurídica, Interesse Social e da Boa Fé, modulo os efeitos e estabeleço como marco o presente julgado, a contar da sua publicação para, a partir de então, passar a ter eficácia.

Enfim, quanto à condenação do autor pelo delito tipificado no art. 11, da Lei nº 8.429/1992, **independentemente da referida modulação dos efeitos**, verifico que a mesma não deve prosperar.

Ora, a Constituição Federal foi promulgada em 1988, os fatos remetem aos anos de 1993 a 1996, o autor, um pecuarista, sem formação jurídica, embasado seus atos numa Lei Municipal, em pleno vigor na época, contratou, sem concurso público diversos servidores que, segundo o próprio *Parquet*, efetivamente exerceram suas funções junto ao Poder Público, inexistindo, insisto, qualquer menção a contratação de funcionários “fantasmas”, bem como, registro que toda legislação goza de presunção de constitucionalidade, concluindo, pois, inviável a manutenção desta condenação e, faço minha as palavras do Ilustre Ministro Mauro Campbell Marques, nos autos do Recurso Especial nº 1348175/MG, em caso idêntico, ao afirmar que “*Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente.*”²³.

Destaco os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal de Justiça:

*"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS SEM CONCURSO PÚBLICO. AMPARO EM LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO). ART. 11 DA LEI 8.429/92.***

1. Não caracteriza ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 a contratação de servidores sem concurso público baseada em legislação municipal, por justamente nesses casos ser difícil de identificar a presença do elemento subjetivo necessário (dolo genérico) para a

²³ STJ. REsp 1348175/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em

FL. _____

caracterização do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública.

Precedentes: *AgRg no REsp 1358567/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 09/06/2015; REsp 1.248.529/MG, Rel. Min.*

Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 18/09/2013, EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 166.766/SE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/10/2012, REsp 1231150/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 12/04/2012.

2. *Agravo regimental não provido.*" (STJ. AgRg no AREsp 747.468/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 24/02/2016. Grifei).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTES TEMPORÁRIOS DE SAÚDE. ADMISSÃO SEM CONCURSO. LEI MUNICIPAL AUTORIZADORA. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO GENÉRICO). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO REALIZAÇÃO DE COTEJO ENTRE OS PARADIGMAS E O ACÓRDÃO RECORRIDO.

1. Não configura ato de improbidade administrativa, com base no art. 11 da Lei 8.429/1992, a contratação de servidores sem concurso público realizada com base em lei municipal, pela ausência do elemento subjetivo (dolo genérico), sem falar que, cuidando-se de agentes temporários de saúde, a exigência do concurso público somente se impôs com a EC 51/2006,

FL. _____

enquanto os fatos em exame datam do período de 1996 a 2000. Precedentes do STJ.

2. No julgamento do Recurso Especial 765.212/AC (DJe 19.05.2010), a Segunda Turma do STJ modificou sua orientação para concluir pela necessidade de identificar-se na conduta do agente público, pelo menos, o dolo genérico, sob pena de a improbidade se transformar em hipótese de responsabilidade objetiva dos administradores (REsp 1.319.541/MT, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 18/09/2013).

3. O manejo do recurso especial com base em dissídio jurisprudencial implica o atendimento dos comandos do art. 541 do CPC e do art. 255, § 2º, do RISTJ, que exigem a demonstração explicativa dos pontos de dissonância entre o acórdão recorrido e os paradigmas citados. A alegação do dissídio pressupõe identidade de base fática que deve ser demonstrada pelo cotejo analítico dos arestos, hipótese não ocorrente.

4. Recurso especial conhecido em parte, e, na parte conhecida, provido." (STJ. REsp 1405943/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 11/12/2015. Destaquei).

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. SUPOSTA PRÁTICA DE ATO VIOLADOR DE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ARTIGO 11 DA LEI 8429/92.

AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO EXIGIDO PARA A QUALIFICAÇÃO DA CONDUTA ENQUANTO ATO DE IMPROBIDADE. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNA A EXISTÊNCIA DE LEI MUNICIPAL AUTORIZATIVA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N. 7/STJ E 280/STF.

1. A hipótese dos autos diz respeito ao ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, sob o argumento de que o então prefeito do Município de Capitólio teria realizado a contratação de servidores sem a realização de concurso público.

2. O questionamento não exige que haja menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados, entretanto, é imprescindível que no aresto recorrido a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente, sob pena de não preenchimento do requisito do questionamento, indispensável para o conhecimento do recurso. Incidência das Súmulas 282/STF e 356/STF.

3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do artigo 10.

4. Os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei nº 8429/92 dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a

Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente.

5. Esta Corte Superior já se manifestou no sentido de que fica afastada a caracterização do dolo genérico, quando a conduta do agente público, mesmo que de questionável validade em razão da vigência dos preceitos constitucionais relativos à obrigatoriedade do concurso e excepcionalidade da contratação temporária, se deu com base em leis municipais que estavam em vigor quando da contratação dos servidores, posto que tais leis gozam de presunção de constitucionalidade.

6. Nesse sentido: AgRg no REsp 1358567/MG, 1ª Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 09/06/2015; EAREsp 184.923/SP, 1ª Seção, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 05/03/2015; REsp 1231150/MG, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 12/04/2012; AgRg no AgRg no REsp 1191095/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 25/11/2011.

7. No presente caso, pela leitura do acórdão recorrido, extrai-se que o Tribunal de origem, com base no conjunto fático e probatório constante dos autos, afastou o dolo consignando não evidenciadas as condutas ímprobas do agente, que agiu com respaldo em legislação vigente. Ora, a verificação acerca da existência do dolo demanda, no caso específico, a análise de lei local e dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é inviável em recurso especial, ante as orientações contidas nas Súmulas 280/STF, por analogia, e Súmula 7/STJ.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido." (STJ. REsp 1348175/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 28/09/2015. Grifei).

**"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO.
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE
ÓRGÃO DE IMPRENSA COMO VEÍCULO DE
PUBLICIDADE OFICIAL, SEM LICITAÇÃO. PREVISÃO
NA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO.
DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
INCIDENTE, NOS AUTOS DA AÇÃO DE IMPROBIDADE.
AUSÊNCIA DE DOLO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
EXTENSÃO AOS LITISCONSORTES. EFICÁCIA
EXPANSIVO-SUBJETIVA DO RECURSO.**

1. A condenação por ato de improbidade administrativa (Lei 8.492/92 - art. 11), confirmada no Tribunal de origem, se deu à conta de ter o recorrente contratado jornal regional como veículo de publicidade das leis e atos administrativos da Câmara de Vereadores do Município de Conceição da Barra/ES, sem licitação, com base em previsão da Lei Orgânica do Município, segundo a qual "fica adotado como imprensa Oficial do Município o Jornal Vale do Itaúnas, de propriedade da Editora Vale de Itaúnas Ltda-SC, que..." (art. 124, § 3º).

2. Não se caracteriza o dolo genérico quando a conduta do agente público, mesmo que de questionável validade em razão da vigência dos preceitos legais e constitucionais relativos à matéria, se deu com base em lei municipal em vigor quando da prática do ato, com presunção de constitucionalidade, ainda que (como no caso) declarada inconstitucional nos próprios autos do processo de improbidade administrativa. (Cf. *inter alios*, AgRg no REsp 1358567/MG, 1ª Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 09/06/2015; EAREsp 184.923/SP, 1ª Seção, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro

FL. _____

Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 05/03/2015; REsp 1231150/MG, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 12/04/2012; e AgRg no AgRg no REsp 1191095/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 25/11/2011.) **3. É também da jurisprudência consolidada da Corte que, tratando-se de imputação de ato de improbidade pelo tipo do art. 11 da Lei 8.429/92, exige-se a demonstração de que a ação se deu com dolo, quando não específico, pelo menos genérico, hipótese não ocorrente nos autos, pela existência de norma local autorizando a atuação do administrador.**

*4. Recurso especial provido. Extensão dos efeitos da decisão aos litisconsortes passivos que, condenados pelo mesmo bloco fático, não recorrerem, em face da eficácia expansivo-subjetiva do recurso (art. 509 - CPC). **Precedentes:** REsp 324.730/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 26/05/2003; e REsp 1.366.676/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 24/02/2014." (STJ. REsp 1426975/ES, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 26/02/2016. Destaqueei).*

"EMENTA: ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS BASEADO EM LEI MUNICIPAL AUTORIZATIVA (LEI N. 129/2006 DO MUNICÍPIO DE FERNANDO PEDROZA). ATUAÇÃO DO GESTOR RESPALDADA EM LEI. AUSÊNCIA DE DOLO GENÉRICO DO GESTOR PÚBLICO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO. PRECEDENTES DO STJ E DO TJRN.
- Segundo o entendimento do Colendo STJ, a contratação de

FL. _____

servidores temporários efetivada com base em lei municipal sem a realização de concurso público não configura, por si só, ato de improbidade administrativa. Para aquele Tribunal, a presença de lei municipal válida a justificar a contratação de temporários, a qual goza de presunção de constitucionalidade, descaracteriza o elemento subjetivo doloso necessário à configuração do ato ímprobo.

- No caso, para o STJ, fica difícil identificar a presença do dolo genérico do gestor, se sua conduta estava amparada em lei municipal que, ainda que de constitucionalidade duvidosa, autorizava a contratação temporária dos servidores públicos (AgRg no AgRg no REsp 1191095/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22.11.2011; REsp 1231150/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13.03.2012)." (TJRN. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 2014.024767-0. Rel. Des. João Rebouças. Julgado, à unanimidade, em 25/08/2015. Grifei).

"EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITOS MUNICIPAIS. PRELIMINARES: NULIDADE DO JULGADO ORIGINÁRIO SOB AS ALEGAÇÕES DE (i) AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA PREVISTA NO ART. 17, § 7º DA LEI Nº 8.429/92; (ii) CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE; E (iii) INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO PARA PROCESSAR E JULGAR OS RÉUS POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REJEIÇÃO. PREJUDICIAIS: PRESCRIÇÃO E NULIDADE DO DECISUM,

FL. _____

*ANTE A ABSOLVIÇÃO DE JOSÉ NAZARENO BATISTA NA ESFERA CRIMINAL. IGUALMENTE REJEITADAS. **MÉRITO: SUPOSTA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM RAZÃO DA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. (A) EM RELAÇÃO A JOSÉ NAZARENO – EXISTÊNCIA DE LEI LOCAL BASEADA NO ART. 37, IX DA CF/88 E NA LEI Nº 8.745/93. AUSÊNCIA DE DOLO. PRECEDENTES DO STJ. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO. CONSEQUÊNCIA: IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE. (B) EM RELAÇÃO A DINALDO BATISTA – AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA REGULAMENTANDO A NOMEAÇÃO DE TEMPORÁRIOS EM RAZÃO DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. CONDUTA (DOLOSA) DECORRENTE DAS PRÓPRIAS CONTRATAÇÕES ILÍCITAS POR ELE PERPETRADAS. REPETIDAS NOMEAÇÕES. LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO PREVISTO NO ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92. SANÇÕES. AUSÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO QUE SE IMPÕE. CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.** (TJRN. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 2011.011302-6. Rel. Des. Ibanez Monteiro. Julgado, à unanimidade, em 10/12/2013. Grifei).*

Por tais razões, em dissonância ministerial, voto pela

procedência da Ação Rescisória, conseqüentemente, rescindindo o acórdão impugnado (nº 2011.011670-9) e, no juízo rescisório, reconheço a inconstitucionalidade incidental da Lei Municipal nº 160/1994, modulo os seus efeitos e estabeleço como marco inicial o presente julgado, a contar da sua publicação para, a partir de então, passar a ter eficácia e, enfim, julgo improcedente a pretensão formulada na Ação de Improbidade Administrativa em face de Vicente Hermenegildo do Rêgo.

É como voto.

Natal, 30 de março de 2016.

Desembargador AMÍLCAR MAIA
Presidente

Desembargadora MARIA ZENEIDE BEZERRA
Relatora

Doutor JOVINO PEREIRA DA COSTA SOBRINHO
Procurador-Geral de Justiça em substituição