*TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL — ORGANIZAÇÃO DA SECRETARIA — FUNCIONÁRIO PÚBLICO — APROVEITAMENTO — INCONSTITUCIONALIDADE.*

*— Declaração de inconstitucionalidade do art. 7.º, § 4.º da Lei n.º 4.049 de 1962.*

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA GUANABARA

Maria Queirod Saxe *versus* Tribunal Regional Eleitoral da Guanabara
Recurso de mandado de segurança n.º 278 — Relator: Sr. Desembargador Sebastião Perez de Lima

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Mandado de Segurança impetrado por Maria Queirod Saxe, contra ato administrativo do Exmo. Senhor Desembargador-Presidente.

Acordam os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral do Estado da Guanabara, por unanimidade, acolher a preliminar de argüição de inconstitucionalidade da letra *a*, do parágrafo 4º do art. 7º, da Lei nº 4.049, de 23 de fevereiro de 1962, levantada pelo Juiz-Relator, no Proc. nº 278-62, na conformidade das notas taquigráficas, em apenso, e que ficam fazendo parte integrante da decisão.

Sala das Sessões, 20 de agôsto de 1963. — *Oscar Tenório,* Presidente. — *Sebastião Perez de Lima,* Relator.

Cópia das notas taquigráficas da Sessão Extraordinária do Tribunal Regional Eleitoral do Estado da Guanabara, realizada no dia 20 de agôsto de 1963.

*O Des. Presidente* — Vai ser julgado o Processo nº 278-62, de argüição de inconstitucionalidade do § 4º, letra *a*, do art. 7º da Lei nº 4.049, de 23 de fevereiro de 1962.

É relator o Dr. Sebastião Perez de Lima, a quem dou a palavra para fazer o relatório.

*O Des. Sebastião Perez de Lima* — Sr. Presidente, trata-se de mandado de segurança impetrado por Maria Queirod Saxe contra o Exmo. Sr. Presidente dêste Egrégio Tribunal Regional Eleitoral, o qual teria se recusado a nomeá-la para o cargo de Auxiliar-Judiciário da Secretaria.

A impetrante sustenta que sendo servidora do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas (I.A.P.T.E.C.) — e por isso mesmo equiparada a funcionário público federal (Lei nº 2.284, de 9-8-54) vinha, como requisitada, prestando serviços na 15ª Zona Eleitoral, há cêrca de cinco anos, quando, às vésperas de ser votada e sancionada a Lei 4.049, de 1º de março de 1962, foi devolvida à repartição de origem por determinação do Exmo. Sr. Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, deixando, assim, de ser feito o seu aproveitamento para um dos cargos de Auxiliar Judiciário, criados pela referida Lei 4.049, para os quais deviam ser nomeados, preferentemente, os requisitados, na conformidade do que ela estabeleceu.

Concluiu pedindo fôsse deferida a segurança, desde que houve postergação de direito líquido e certo seu, por parte da autoridade apontada como coatora.

O pedido foi instruído com os documentos de fls. 5 a 7 e, posteriormente, com os de fls. 10.

Solicitadas informações, o Exmo. Senhor Desembargador Presidente dessa Colenda Côrte prestou-as a fls. 15-1, tendo o ilustre Dr. Procurador Regional emitido o parecer de fls. 19, em o qual opinou pelo deferimento da segurança.

Submetido o processo a julgamento, foi suscitada a preliminar de inconstitucionalidade do dispositivo legal invo-

cado, preliminar esta que é do seguinte teor:

A impetrante funda a sua pretensão no disposto no art. 7º, § 4º, letra *a*, da Lei nº 4.049, de 23 de fevereiro de 1962, segundo o qual "terão prioridade para as vagas da classe inicial das carreiras os funcionários federais efetivos requisitados e em exercício há mais de três anos, levando-se em consideração a natureza da função exercida durante os últimos seis meses".

Sem entrar na indagação de saber se a postulante satisfaz ou não as condições exigidas pela norma legal para o seu aproveitamento, terá o julgador, antes de mais nada, que enfrentar a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo da lei em que se arrima o pedido, visto que, não havendo dúvida que os juízes e tribunais eleitorais são órgãos do Poder Judiciário (Constituição federal, art. 94, inciso IV), o "Poder Judiciário não está adstrito apenas à mera aplicação da lei; compete-lhe também controlar a ação do legislador em face da Constituição e, pois, repelir essa aplicação quando reconheça que a lei colide com a Constituição" (Paulo M. de Lacerda, *Direito Constitucional Brasileiro*, vol. 11, página 480).

É evidente, portanto, que, reconhecida a inconstitucionalidade da norma jurídica, cabe a êste Tribunal, como órgão do Poder Judiciário, declará-la e, conseqüentemente, negar aplicação ao dispositivo.

Ora, na hipótese, parece que o dispositivo da lei em que se estriba a impetrante conflita, abertamente, com o disposto no art. 97, II, da Constituição federal, segundo o qual compete aos tribunais "elaborar seus regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; e bem assim propor ao Poder Legislativo competente a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos", conflitando, ainda, com o princípio da independência dos Podêres da União, consagrado pelo artigo 36 da Carta Magna.

Trata-se, indiscutivelmente, de matéria relevante, que deve ser por isso mesmo submetida, como preliminar, à douta apreciação desta Colenda Côrte".

Pronunciando-se sôbre a preliminar, o eminente Dr. Procurador emitiu o seguinte parecer:

"Trata-se de argüição de inconstitucionalidade do § 4º, do artigo 7º da Lei nº 4.049, de 23-2-62, em face do que dispõem os artigos 97, II, e 36 da Constituição federal.

O artigo 97, item II, da Constituição federal dá aos Tribunais competência para organização de seus serviços auxiliares, que constituem os serviços acessórios que os tribunais mantêm, tais como, taquigrafia, biblioteca etc., os quais pela sua domesticidade não justificam intromissão do legislador."

Assim, o direito de preparar para funcionamento êsses serviços, consistente na arregimentação do pessoal, na distribuição do trabalho, na fixçaão do quadro, na discriminação das atribuições, constitui matéria exclusiva de sua competência, que contém, entretanto, a só restrição da criação e extinção dos cargos e fixação dos respectivos vencimentos, com a forma de provimento que a lei estabelecer.

O fato do artigo argüido de inconstitucional determinar uma prioridade para nomeação não exorbita a competência do legislador, pois a êle cabe o arbítrio da maneira mais conveniente no preenchimento de cargos no serviço público.

Não há, igualmente, que invocar-se o princípio da separação de podêres, porque o que a Constituição federal resguarda é o exercício das funções próprias e específicas de cada um dos Podêres da República, de sorte que o Legislativo não pode executar, nem o Judiciário legislar, nem o Executivo julgar.

Em face do exposto, opinamos pela constitucionalidade do dispositivo legal em causa.

Quanto ao mais mantemos o nosso parecer anterior (fls. 19)".

É o relatório, Sr. Presidente.

*O Des. Presidente* — Está feito o Relatório. Dou a palavra ao Dr. Procurador.

*O Dr. Procurador Regional* — Mantenho meu parecer; não tenho motivo para modificá-lo.

*O Des. Presidente* — O Procurador Regional mantém seu parecer.

Há advogado presente?

Não há advogado. V. Exa. tem a palavra para proferir o seu voto.

*O Dr. Sebastião Perez de Lima* — "As leis, para serem consideradas instrumentos legítimos da vontade do Estado politicamente organizado, devem corresponder à magnitude de um fato necessàriamente do interêsse da coletividade, orientando-se sempre e invariàvelmente no sentido do bem social.

É por isso mesmo que, consoante ensinam os doutos, a elaboração da lei deve se processar com observância de rígidos princípios de disciplina, entre os quais avulta pela sua capital importância o da subordinação do legislador aos cânones constitucionais, pois é a Constituição que traça ou fixa os limites da função legislativa, coibindo os excessos ou os abusos que possam redundar em prejuízo ou sacrifício dos fins superiores a que se destina a norma jurídica.

Intuitivo é, portanto, que as leis de favor ou as leis de proteção de grupos ou puramente demagógicas, após serem criadas, fenecem, melancòlicamente, se extinguem, irremediàvelmente, ao primeiro embate com a Constituição que se apresenta em face delas e de todos como um poder mais alto, impondo a sua vontade soberana.

A superioridade ou o predomínio do Poder Legislativo sôbre os demais Podêres da União, proclamamos por muitos, não lhe confere, assim, a prerrogativa de sobrepor-se, na elaboração das leis, aos postulados constitucionais.

Tôda liberdade, de certo, é assegurada ao legislador dentro do círculo em que se movimenta, desde, porém, que, na sua alta função de criador das leis, não falte com a obediência devida aos princípios inseridos no Estatuto fundamental.

Ninguém ignora que "pela própria índole do regime democrático, no jôgo do seu mecanismo, a instituição mais inclinada a excessos e mais formidável nêles é a das assembléias populares. Não é do Executivo, diz um dos melhores críticos da constituição americana, que se devem temer os maiores perigos. A legislatura é o espírito agressivo. É a fôrça motriz do govêrno". (Rui Barbosa *A Constituição e os Atos Inconstitucionais*, págs. 175-176.)

Mas, quando se manifesta êsse arbítrio e é afrontada e violada a Constituição, há, no sistema constitucional, o apêlo ao Judiciário, que corta, cerce, o mal restaurando a ordem jurídica.

As leis más, as leis injustas e por isso mesmo odiosas, padecendo, via de regra, no todo ou em parte, do vício da inconstitucionalidade, já nascem debilitadas, sem conteúdo moral, sem substância jurídica, sem finalidade social, e como nasceram morrem, não resistindo ao impacto com os sólidos princípios gravados na Carta Maior.

Não há discrepância de opiniões a êsse respeito, observando Pontes de Miranda que "em todos os Estados em que haja apreciação da constitucionalidade das leis, a legislação geral, como a de determinada circunscrição, a de largo conteúdo material, como a restrita, têm de ser submetidas à verificação da legitimidade. A Constituição sobrepõe-se a todos: a entidade estatal, às

componentes e aos próprios indivíduos; e a todos os órgãos de Estado. A subordinação é igual. Todos são igualmente subordinado à Constituição". (*Os Fundamentos Atuais do Direito Constitucional,* pág. 111).

Contra a intangibilidade de princípios universalmente adotados, de nada valem, por conseguinte, as arremetidas dos atos legislativos flagantemente inconstitucionais.

Já proclamava Kent, nos seus comentários à Constituição americana, que "todo ato do Congresso, todo ato das Assembléias dos Estados, tôda cláusula das constituições dêstes, que contrariarem a Constituição dos Estados Unidos, são necessàriamente nulos. É uma verdade óbvia e definitiva em nossa jurisprudência constitucional".

Não escapou a observação ao espírito atilado de Rui, que com aquêle extraordinário poder de exprimir idéias e pensamentos escreveu: — "Esta conseqüência resulta evidentemente da própria essência do sistema. Onde se estabelece uma Constituição, com delimitação da autoridade para cada um dos grandes podêres do Estado, claro é que êstes não podem ultrapassar essa autoridade, sem incorrer em incompetência, o que em direito equivale a cair em nulidade" — (ob. cit., pág. 45).

Onde haja, em tais condições, incompatibilidade frontal entre a Constituição e a lei, onde surja o conflito aberto, declarado, entre os postulados fundamentais e o ato legislativo, se impõe, sem dúvida, a medida corretiva, saneadora, eliminando-se a cláusula ou as cláusulas da lei reputadas inconstitucionais, ou fulminando-se a lei no seu todo se tôda ela entrar em choque com os preceitos da Carta Magna.

A supremacia da Constituição é indiscutível.

Vale recordar a lição magistral de Rui: — "Em qualquer país de Constituição escrita há dois graus na ordem da legislação: as leis constitucionais e as leis ordinárias. Nos países federalizados, como os Estados Unidos, como o Brasil, a escala é quádrupla: a Constituição federal, as leis federais, as Constituições de Estados, as leis dêstes. A sucessão, em que acabo de enumerá-las, exprime-lhe a hierarquia legal. Ela traduz as regras de procedência, em que a autoridade se distribui por essas quatro espécies de leis. Dado o antagonismo entre a primeira e qualquer das outras, entre a segunda e as duas subseqüentes, ou entre a terceira e a quarta, a autoridade na graduação indica a procedência na autoridade. Uma vez manifesta a colisão, esta *ipso facto* resolvida. O papel do Tribunal é apenas declaratório; não desata conflitos: indica-os, como a agulha de um registro e, indicando-os, indicada está por sua natureza a solução. A lei mais fraca cede à superioridade da mais forte." (Ob. cit., páginas 66-67).

A lei mais fraca é, na espécie *sub judice*, a que é invocada pela impetrante, e que seria perfeita, intocável se, quando de sua tramitação, não houvesse sido enxertada de cláusulas absolutamente incompatíveis com os fins a que ela se destinava e em irreconciliável divergência com a Constituição.

Não cabe aqui perquirir a causa ou apurar os motivos que inspiraram o legislador no atentado aos preceitos constitucionais".

O que é certo, porém, é que colide, positivamente, com a Constituição o dispositivo legal em que se arrima o pedido, ou seja, o § 4º, letra *a*, do artigo 7º da Lei nº 4.049, de 23 de fevereiro de 1962, que tornou extensiva aos servidores das Secretarias dos Tribunais Regionais Eleitorais disposições das Leis ns. 3.780 e 3.826, e estabeleceu outras providências a bem de regular funcionamento dos serviços administrativos.

Estabelecendo, na verdade, que "terão prioridade para as vagas da classe

inicial das carreiras os funcionários efetivos requisitados e em exercício há mais de três anos, levando-se em consideração a natureza da função exercida durante os últimos seis meses", benefício êsse que, por fôrça do disposto no artigo 20, da citada lei, foi estendido aos servidores autárquicos desligados da Justiça Eleitoral, o dispositivo em questão fere, iniludìvelmente, os princípios consagrados pelos arts. 36, 97, II e 186 da Constituição federal.

O primeiro dêles é um dos lastros do nosso regime político, pois que estabelece firmemente a divisão dos Podêres da União, isto é, dos Podêres Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si. Independência significa autonomia de cada um dêles, exercendo funções próprias e distintas.

Daí não se pode concluir, evidentemente, que os três podêres "devam manter uma separação recíproca disparatada ou hostil", visto que o que se tem em mira é que cada um tenha a sua esfera de ação, dentro em cujo âmbito opere de modo autônomo em relação aos outros. Se se não dá essa independência, no sentido de diversidade e autonomia dos podêres, a invasão de uns nas órbitas das funções dos outros gera o despotismo, que cumpre repelir a todo custo e imediatamente. Se não há essa harmonia, no sentido de conjugação de esforços e funcionamento, implanta-se a desordem, o disparate, que é a negação de um govêrno organizado, e cumpre reprimi-la enèrgicamente e sem demora" (Paulo M. de Lacerda, *Direito Constitucional Brasileiro,* vol. 11, pág. 90-91.)

O essencial é, portanto, que cada um dêles se contenha nos limites de sua competência constitucional, pois que "das relações entre os grandes órgãos incumbidos de exercer as funções do Estado, dependem a natureza e o destino dos regimes políticos, como se pode ver na história das nações ou na de cada povo" (Francisco Sá Filho, *Relações entre os Podêres do Estado,* pág. 38).

Frente a êsse princípio, é bem de ver que encontram a mais formal repulsa e condenação as usurpações de funções de um poder por qualquer um dos outros a interferência indébita, digamos, do Poder Legislativo na esfera dos assuntos mesmo de ordem administrativa pertinentes ao Poder Judiciário, que é exatamente o órgão da soberania nacional encarregado de declarar e aplicar o direito, nos casos concretos, em processo regular.

Até êsse ponto não pode chegar, evidentemente, a onipotência do Poder Legislativo, que não é senhor, mas deve ser escravo da Constituição.

Desgraçadamente, porém, houve, no caso, essa usurpação, essa invasão de atribuições, por isso que o legislador se arrogou o direito de impor, através do dispositivo legal em tela, aos Tribunais Eleitorais, a nomeação de determinados servidores federais e autárquicos, quando o direito de nomear livremente compete a êles, na conformidade do que estabelece o artigo 97, II, da Constituição federal.

Com efeito, explícito é o mandamento constitucional, quando estatui que compete aos tribunais "elaborar seus regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, prevendo-lhes os cargos na forma da lei; e bem assim propor ao Poder Legislativo competente a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos".

O poder de nomear os servidores e suas secretarias é exercido, portanto, privativamente, pelos tribunais, não podendo, pois, prevalecer preceito da lei ordinária que disponha de modo contrário a êsse respeito.

Como ensinam os doutos, "nas leis gerais, como nas que criam cargos, o Congresso pode estabelecer condições para o provimento dêsses, ainda que não estejam consignados na Constituição, como não está na dos Estados Unidos. Dúvidas surgiram quanto à constitucionalidade

dessas restrições. Há que distinguir. Quando as condições são de caráter geral, como a exigência do concurso para as nomeações, não se pode dizer que criem restrições inconstitucionais ao poder de nomear. Se, porém, houver a indicação nominal da própria pessoa a nomear, ou essa indicação fôr implícita, resultando das condições estabelecidas, que sòmente possam ser preenchidas por um candidato certo. Aí, se apresentará invasão de podêres" (Francisco Sá Filho, ob. cit., pág. 142-143).

Assim, desde que, na hipótese, resulta implícito dos têrmos do dispositivo a indicação para o preenchimento dos cargos criados, preenchimento êsse a ser feito, obrigatòriamente, pelos Tribunais por determinados servidores, é evidente que a lei não só veio ferir o artigo 36 da Constituição federal, como também o artigo 94, II, ferindo, ainda, de modo insofismável, o artigo 186 da carta constitucional, segundo o qual "a primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, procedendo inspeção de saúde".

Em síntese, o que o legislador fêz foi atender contra a letra e o espírito da Constituição, já impondo ao Poder Judiciário, para cargos que por êle devem ser providos, servidores pertencentes a outros setores da administração, já dispensando, arbitràriamente, da exigência do concurso, estabelecida implìcitamente para o ingresso no serviço público, aquêles que foram favorecidos pela lei.

Trata-se, portanto, de dispositivo flagrantemente inconstitucional e dever é do Poder Judiciário, no uso de suas prerrogativas, declarar a invalidade do ato, pois que, na incisiva lição de Rui, "essa declaração, regularmente provocada, corresponde, para as justiças da União, não só a um direito legal, como a um dever inevitável" (Ob. cit., pág. 91).

De resto, "a legalidade da legislação, da jurisdicidade dos atos legislativos, realizada pelo contrôle judicial, aperfeiçoa o Estado de Direito" (Pontes de Miranda, ob. cit., pág. 402).

Como observa Castro Nunes, a declaração da inconstitucionalidade das leis deriva lògicamente da distinção entre lei constitucional e lei ordinária e do princípio da separação de podêres. Os tribunais, nos limites de sua competência, têm que resolver, de acôrdo com a lei, tôdas as questões submetidas à sua jurisdição, e, desde que haja colisão entre a lei inferior e a lei superior, isto é entre a lei ordinária e a lei constitucional, claro é que devem aplicar esta e não aquela. Se o Judiciário fôsse obrigado a aplicar qualquer lei, embora inconstitucional, não só deixaria de ser independente, como de nada valeriam o princípio da separação de podêres e a supremacia da lei constitucional *A Nova Constituição Brasileira*, pág. 246).

Pudesse vingar semelhante dispositivo e dentro em pouco seria letra morta o preceito constitucional em o advento de novas leis dispondo sôbre o provimento, por via oblíqua, pelo Poder Legislativo ou mesmo pelo Poder Executivo, de todos os cargos criados ou vagos das secretarias dos tribunais federais do país, numa gritante, clamorosa e iníqua usurpação de funções, com a agravante de permanecer incólume, intocável, o poder de nomear, reservado, explìcitamente, às câmaras legislativas, na conformidade do que estabelece o artigo 40, da Constituição federal: "A cada uma das câmaras compete dispor, em regimento interno, sôbre a organização, polícia, criação e provimento de cargos."

Desde, pois, que "as leis ordinárias não podem afastar-se dos princípios consagrados na lei fundamental e menor ir de encontro a êles, sob pena de serem inconstitucionais e de se lhes desconhecer efeito útil" (Rodrigo Otávio, *Elementos de Direito Público e Constitucional Brasileiro*, pág. 16), é óbvio que nenhuma aplicação pode ter o

dispositivo questionado contaminado de vício insanável, sem condições, por conseguinte, de tutelar o pretendido direito da impetrante.

Como guardião da Constituição, o Poder Judiciário nada mais faz do que cumprir, com inflexível determinação, a sua alta e nobilitante missão, preservando, assim, a sobrevivência dos princípios consagrados pela lei básica.

É, portanto, com êsses fundamentos, lastreados na boa doutrina, que acolho a preliminar para julgar inconstitucional o dispositivo legal em aprêço e negar, conseqüentemente, aplicação ao mesmo.

É o meu voto.

*O Desembargador Presidente* — O eminente Relator acolhe a preliminar e decreta a inconstitucionalidade do parágrafo 4º, letra *a*, do artigo 7º, da lei nº 4.049, de 1962.

Como vota o Dr. João de Deus Vianna?

*O Dr. João de Deus Vianna* — Senhor Presidente, ouvi atentamente o voto magnífico e brilhante do Exmo. Sr. Desembargador-Relator, acolhendo a preliminar por S. Exa. própria levantada e relativa à inconstitucionalidade do parágrafo 4º, do artigo 7º, letra *a*, da Lei nº 4.049, de 23 de fevereiro do ano próximo passado de 1962.

Argüida a questão de ordem constitucional, tomadas as diligências necessárias ao julgamento da matéria, tivemos o cuidado de proceder ao seu exame, dentro dos limites de nossos modestos conhecimentos, e de organizar as nossas anotações, que peço vênia para expor a esta colenda Côrte.

Històricamente, Sr. Presidente, dados o nosso regime político e a índole de nosso sistema, e, aqui, faço a exaltação do conjunto de princípios, normas e regras entre-examinadas, lògicamente entrelaçadas para a fixação da fórmula prática para a nossa orientação no que concerne ao processo sob julgamento, procurando nos arrimar, em doutrina anterior e posterior à Constituição vigente. Buscamos os primeiros ensinamentos, em necessário retrospecto doutrinário, no Preâmbulo, ou motivação do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, pelo qual, decaído o Augusto Regime Imperial, no Brasil, o Govêrno Provisório estruturava a organização da Justiça Federal e encontrado nas citações do luminoso Barbalho, e sôbre cujas bases e idêntica orientação se houve sábia a Constituição de 1891. E, dêstes marcos, às normas explicitadas em as demais Constituições que têm remarcado nossa evolução, nossa vocação democrática e a vida da República.

No contexto dêsse marco inicial de nosso estudo, onde a clareza de uma linguagem lapidar corre paralela com a filosofia das ciências políticas, sem transfigurações subjetivas e escoimada de vícios, transcorridos êsses quase oito decênios de nossa vida republicana, encontramos a norma fundamental para nossa melhor compreensão e aplicação do nosso direito público e constitucional e a conceituação da obrigação do juiz, quando fôr chamado ao exame de espécie como a que ora julgamos.

Permito-me, assim, e peço vênia a V. Exa., Sr. Presidente, e aos eminentes Colegas, para ler daquele insígne Mestre, o imortal Barbalho, a proposição adotada do preâmbulo do Decreto número 848, sôbre em que pretendemos nos apoiar para legitimar nossas proposições e respectivas conclusões:

"A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito do exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica."

O poder de interpretar as leis, disse honesto e sábio Juiz americano, envolve necessàriamente o direito de verificar se elas são conformes ou não à Constituição e neste último caso cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito. Por êsse engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha colocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa". E conclui a magistral lição da douta motivação a que nos reportamos:

"É a vontade absoluta das assembléias legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se hão extinguido as doutrinas do arbítrio soberano do poder "executivo".

Isto que acabamos de ler bastaria para assinalar a magnitude dêste julgamento, porque abeberando-nos nos ensinamentos clássicos, de mestres que se imortalizaram pela prudência, pelo saber e pela responsabilidade pública nos seus tempos, ou nos filiando à plêiade brilhante dos nossos comentadores contemporâneos, à Constituição da República, e ainda à mais erudita Jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal e dos conspícuos Tribunais do País, verificamos, esta lição permanece vivente e impositiva no tempo e no espaço, emprestando virtude ao nosso sistema, em benefício da eficácia política de nossas leis, como guarda dos direitos subjetivos dos indivíduos e das garantias declaradas na Constituição.

Ora, Senhor Presidente, alegou-se a Lei nº 4.049, de 23 de fevereiro de 1962, reestruturando e reorganizando as Secretarias dos Tribunais Eleitorais, fôra violada por ato de autoridade do então Presidente dêste Tribunal, o egrégio Senhor Desembargador Doutor Homero Pinho, ato que foi referendado pela aprovação unânime dos Juízes que à época compunham o seu *quorum*.

Teriam o Tribunal e seu Presidente violado o preceito do parágrafo 4º, letra *a*, do artigo 7º, daquela mencionada Lei, de 23 de fevereiro de 1962, porque, afirmara a Impetrante...

...a Lei, em face das teses que desenvolveu, determinaria clara e insofismàvelmente que o funcionário federal efetivo requisitado, desde que tivesse na Justiça Eleitoral três ou mais anos de exercício, teria *prioridade*, independentemente de qualquer formalidade, teria direito líquido e certo para ser nomeado para o *cargo correspondente à função que* exercia, e não havendo assim entendido o Tribunal, teria direito à segurança pedida.

Como fundamento básico enumera o citado artigo 7º, parágrafo 4º, letra *a*, da Lei nº 4.049, de 23 de fevereiro do ano próximo passado, 1962, e dá como ato violador dêsse seu direito a que chamara de *líquido e certo*, o preenchimento das vagas, criadas por aquela Lei, iniciais das carreiras do Quadro da Secretaria dêste Tribunal.

Cotejemos a disposição da Lei questionada em face da Constituição federal, invertendo-se a posição para melhor análise.

Constituição:

Art. 97 — Compete aos Tribunais:

I — .....

II — elaborar seus regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; e bem assim propor ao Poder Legislativo competente a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos".

III — .....

Ainda: Constituição

Dos Funcionários Públicos.

Artigo 186 — A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde",

Vejamos a disposição questionada, o artigo 7º, parágrafo 4º, letra *a*, da Lei 4.049, de 23 de fevereiro de 1962, em que se fundamenta a impetrante, face às duas disposições constitucionais acima lidas:

Artigo 7º — As vagas na classe inicial das carreiras dos Quadros das Secretarias dos Tribunais Regionais Eleitorais serão providas mediante concurso de provas.

Parágrafos 1º, 2º, 3º — .....

Parágrafo 4º — No primeiro provimento *dos cargos criados pela presente Lei*, serão observadas as seguintes normas:

*a*) — Terão prioridade para as vagas da Classe Inicial das Carreiras os funcionários federais em exercício (vetado) há mais de três anos, levando-se em consideração a natureza da função exercida durante os últimos seis meses;

*b*) — Nas vagas remanescentes terão prioridade os funcionários estaduais ou municipais estáveis e em exercício (vetado) há mais de três anos, observadas as mesmas condições da letra anterior.

*c*) — Nas vagas a serem preenchidas mediante concurso público de provas, terá preferência, em igualdade de classificação, os interinos dos Tribunais em exercício consecutivo há mais de seis meses e os servidores requisitados, não estáveis com exercício consecutivo durante os últimos três anos."

Aquelas, Senhores Juízes e Senhor Presidente, as normas mais imperativas da Constituição; e, estas, as da questionada Lei 4.049, de fevereiro de 1962, cujo conflito gritante desnecessita dos comentários a que somos forçados pela descompreensão reinante e que conduziu a impetrante dêste mandado de segurança à afirmação de *certeza e liquidez de seu presumido direito*, fato que neste momento não nos é dado discutir e nem examinar, pois apenas julgamos da validade ou da invalidade da lei em que se apóia, em face da Constituição.

Assim, Senhor Presidente, para o desenvolvimento da argumentação e em abono e consonância com o entendimento advindo desde 1890 de quando se estatuía no país o Poder Judiciário Federal aceito a lição de que em mandado de segurança, pode e deve o Tribunal argüir a inconstitucionalidade da lei, da mesma sorte que se pode abranger no decreto judicial que o concede a anulação de *atos legislativos* desde que o ato administrativo, pressuposto necessário de mandado de segurança, envolva a execução de uma lei que seja manifestada inconstitucional. É tal como nos ensina Castro Nunes em sua notável obra *Mandado de Segurança*, página 106, não é possível sentenciar sôbre *"o ato"* sem sentenciar sôbre a "lei".

De fato, uma interpretação literal dos textos em confronto, dispensaria qualquer exame ou esfôrço de hermenêutica da inconstitucionalidade, ou da constitucionalidade, do parágrafo 4º do artigo 7º, da Lei 4.049, de 1962, 23 de fevereiro, e respectivas letras, bastando que seja verificado se o Poder Legislativo tinha *competência constitucional* para praticar o *ato legislativo* impugnado por manifestamente inconstitucional.

Não se contém na argüição critério diferencial, mas *o da prática do ato* impugnado do ponto de vista da Competência Constitucional para praticá-lo, e só assim é que o Ato Legislativo poderia ser argüido de infringente ou não da Constituição federal. Para exame, porém, da argüição, não se pode prescindir dos *preceitos preestabelecidos*, ou seja das regras gerais e abstratas que realizam e constituem o direito positivo, dentro da proposição que é verdadeira, nenhuma função do Estado se exerce sem submissão à ordem jurídica, nem mesmo o Poder Legislativo, ainda quando realize o Direito Positivo, porque, como Poder continua vinculado à ordem jurídica na órbita constitucional, como se infere da douta lição de Fraga —

*Derecho Administrativo* — nº 46 — *in Revista de Direito Administrativo* — Vol. XVIII.

A argüição de inconstitucionalidade do parágrafo e letras, do artigo 7º, da Lei 4.049, de que se valeu a Impetrante, envolve questão fundamental do direito político administrativo em matéria de regime constitucional, e não pode ser examinada senão dentro das regras expressamente formuladas na Constituição e que informam a estrutura do nosso regime. Regras expressas e específicas fixam a nossa unidade sistemática, que definiríamos como sendo o conteúdo jurídico-político da Constituição.

Dentro dêste pressuposto é que examinaremos a argüição, isto é, dentro do entendimento corrente e comum de que — é o conceito do ordenamento jurídico, de direito positivo, no caso o preceito constitucional, onde se há de encontrar o elemento normativo, real e perfeito, onde repousa a própria existência política do Estado e *não da própria lei*, ou em outras regras que não ultrapassam as condições de construtivo-normativas.

Quer, Senhor Presidente, se afirmar que a violação do preceito constitucional se manifesta pela oposição da lei ou do *ato legislativo* determinando incompossibilidade de coexistência, incompatibilidade manifesta, entre ambas, repugnando a lei ou o ato, não apenas a determinado princípio, mas à norma expressada na Constituição.

Na hipótese a argüição de manifestada inconstitucionalidade do mencionadíssimo parágrafo 4º, letra *a* e seguintes do artigo 7º da Lei 4.049 citada, não é meramente especulativa e nem teórica ou subjetiva: é conspícua, incontroversa, límpida, meridiana. Vejamos: a Constituição federal, no seu artigo 97, atribui, como de sua competência *privativa* e constitucional aos Tribunais a faculdade, exclusivamente sua, própria e inerente a sua condição de *Poder* de elaborar os seus Regimentos Internos e organizar os seus serviços auxiliares. Provendo-lhes os cargos, com o esplectivo de dirigirem-se os Tribunais ao Poder Legislativo competente, na espécie o Congresso Nacional, com exclusão do próprio Poder Executivo, propondo-lhe diretamente a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos.

Em qualquer exegese, ou seja numa análise mesmo desprevenida e independente de qualquer orientação doutrinária, dentro dos restritos têrmos do preceito constitucional, ficariam claramente definidas as competências dos dois podêres constitucionais: competindo ao Poder Legislativo, apenas, a *criação* ou a *extinção* de cargos e fixação dos respectivos vencimentos; e ao Poder Judiciário, digamos — AOS TRIBUNAIS — o de organizar os seus serviços auxiliares *provendo-lhes os cargos*. Êstes os limites, insofismáveis, definidos e explicados no artigo 97 da Constituição.

Entretanto, o que fêz o Poder Legislativo ao criar os cargos que lhe propusera o Tribunal?

Pretendendo com o parágrafo 4º e letras *a* e *b* do artigo 7º, da questionada Lei, estabelecer condições para o provimento das vagas ou dos cargos, criados pela Lei, SUPRIMIU de modo definitivo a faculdade inerente ao Poder Judiciário e atribuída aos seus Tribunais, de organizar os seus serviços auxiliares e de prover-lhes os cargos, violando a Constituição e atendendo contra a independência de um dos podêres da República, por ela criados.

"Em verdade, dispondo que "terão *prioridade* para os cargos da classe inicial das carreiras os funcionários federais efetivos requisitados e em exercício há mais de três anos, levando-se em consideração a natureza da função exercida durante os últimos seis meses", outra coisa não fizera o Poder Legislativo, senão ultrapassar os limites de sua competência, invadindo a do Poder Judiciário, anulando a sua soberania constitucional. Por outro lado, ainda violou

o preceito constitucional e orgânico e normativo que determina que a primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo exame de saúde (Art. 186, da Constituição) além de violar, ainda, o preceito do artigo 184, que estabelece, como garantia constitucional declarada, que "os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer".

Não há alternativa, Senhor Presidente, e em abono das afirmativas que vimos expendendo, vamos examinar alguns dos nossos mais renomados comentaristas, relembrando, todavia, com a devida vênia, a esta Alta Côrte, que seria lamentável que dentro dos preceitos que informam, ainda, o nosso sistema político, ao revés do que se dava nos primórdios da República em que o Decreto de 1890 outorgava ao Poder Judiciário soberania para a interpretação da Lei, podendo êle recusar a sua aplicação, para que a vontade absoluta das Assembléias Legislativas se extinguisse, quando discricionária, como haveriam de se extinguir as doutrinas do arbítrio soberano do Poder Executivo, fôsse o Tribunal abdicar do seu direito de interpretar a Lei 4.049, em face da Constituição, e de proclamar a sua inconstitucionalidade, quando lhe indica as pessoas que devessem nomear para os cargos criados na sua Secretaria e oriundos daquela Lei, ao proceder a reestruturação dos seus Quadros.

O artigo 97 da Constituição não deixa a menor dúvida e conceitua a espécie, pela delimitação explicitada, como vemos, da órbita de ação do Poder Legislativo, pois a inconstitucionalidade decorre da dúplice condição violadora de preceitos expressos constitucionais: invasão da *órbita de ação* do Poder Judiciário indicando na Lei os candidatos a serem nomeados, e suprimindo para os candidatos de concurso para a nomeação de carteira inicial, constante do artigo 186.

Não há dúvida quanto à violação da Constituição quando se dispõe, no parágrafo 4º, letra *a*, do art. 7º da questionada Lei, *que terão prioridade* para as vagas da classe inicial da carreira os funcionários federais estáveis requisitados e em exercício há mais de três anos, levando-se em consideração a natureza da função exercida nos últimos seis meses, suprimiu totalmente, como dito, a faculdade do Tribunal de proceder ao provimento dos cargos criados, subtraindo a competência e a soberania outorgados, pela Constituição, ao Poder Judiciário.

Para se compreender isto e para assim se concluir basta que se tenha noção de que a competência dos Tribunais para elaborarem os seus Regimentos Internos e organizar os seus serviços auxiliares provendo-lhes os cargos (artigo 97, alínea II), *é tão privativa*, quanto o é a outorgada ao Poder Executivo, no artigo 87, número V. *É esta competência privativa* e constitucional que se suprimiria. E, de fato, não podia o Poder Legislativo ir além da criação dos cargos propostos pelo Poder Judiciário e fixar-lhes os vencimentos. Nunca criar condições, e privilégios, e favores, a que se reduz a prioridade pretendida conceder-se aos funcionários requisitados, acrescido da observação constante do final daquele dispositivo.

*Prioridade, data venia* desta egrégia Côrte, Senhor Presidente, PRIORIDADE, em sentido jurídico e no direito positivo, quer dizer ANTERIORIDADE no tempo e na ordem de uma pessoa em relação a outra (*Dicionário de Direito Usual-verbo* — III volume). É um privilégio — CONSTITUI TÍTULO LEGÍTIMO — de preferência — PREFERÊNCIA — igualdade no nosso direito — *eleição de alguém entre vários* — vantagem que a lei confere a determinadas *situações, pessoais ou patrimoniais.*

Pergunte-se ao artigo 97, alínea II, da Constituição e ao artigo 186: se compete aos tribunais elaborarem seus regimentos internos e organizarem os ser-

viços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei: se a primeira investidura, em cargo de carreira e em outros que a lei determinar, efetuar-se-á mediante concurso, procedendo inspeção de saúde; deflui ou não, da existência de uma lei que intestasse com tais mandamentos para os violar e os negar; deflui ou não o conceito da *ilegalidade do ato legislativo*, conseqüentemente sua *inconstitucionalidade*, quando examinada, em face da Constituição que deve ser considerada como expressão da vontade coletiva, para a delimitação dos podêres que ela própria atribui, na ordem política, aos órgãos do Estado? É evidente, e o conceito enunciado leva a uma conclusão afirmativa, desde que traga à lei, como preceituação ainda que não geral, o vício da ilegalidade manifestada, colorário necessário de sua *inconstitucionalidade*.

Não pretendemos, Senhor Presidente, nos alongar por mais tempo, todavia, não podemos encerrar estas anotações sem trazer dentre as mais doutas lições apreendidas nos nossos melhores e mais renomados constitucionalistas, em apoio daquilo que conseguimos concluir em face da argüição ora em julgamento. Assim é que trouxemos à douta recordação dos nossos conspícuos colegas, o ensinamento que nos fornece o Professor Themístocles Cavalcanti — *Constituição Federal Comentada*, Vol. II, do artigo 97 — Diz o douto Constitucionalista:

"Organizar os serviços auxiliares, quer dizer, estabelecer a sua estrutura administrativa, distribuí-la em órgãos com funções certas e especificadas, de acôrdo com a finalidade a que se destinam.

Livres são os tribunais de organizar êsses serviços, de acôrdo com as necessidades peculiares a cada um.

É, como diz Cândido Neves, uma função administrativa e de Govêrno que se articularam.

Não há limite a êsse poder, senão as contingências de ordem financeira subordinadas ao *placet* do Poder Legislativo, como veremos adiante."

*"Prover os cargos na forma da lei* — Esta é outra função administrativa tão ampla quanto aquela atribuída ao Presidente da República, na órbita puramente administrativa.

Deve-se observar aqui a competência expressa, ao contrário do que ocorria sob o regime da Carta de 1937.

Não há mais lugar, portanto, para a velha questão de saber se o poder de organizar importa no de nomear. Foi bom que se esclarecesse essa dúvida porquanto não nos parece implícito êsse poder na competência para "organizar a secretaria", isto não obstante valiosas opiniões em contrário.

A Constituição de 1891 (artigo 58, I) atribuía esta competência aos presidentes dos tribunais, mas a atual confere êsse poder aos tribunais. Devem, por isso mesmo, os presidentes sujeitar os seus atos à aprovação dos respectivos Tribunais.

Prover significa exercer o Poder de Nomeação, o que não exclui os processos de seleção e as provas de capacidade prevista pelos regimentos dos respectivos Tribunais, que Constituem Lei Interna de Cada Um.

*Propor ao poder legislativo a criação ou a extinção de cargos e fixação dos respectivos vencimentos.*

Uma vez organizado o serviço, tem o Tribunal a iniciativa de pedir ao Poder Legislativo os meios — pessoal e recursos financeiros — para executar o plano estabelecido.

Não pode, segundo pensamos, o Legislativo negar-se a fornecer os recursos, cabendo-lhe apenas fixar os vencimentos e, por meio de lei, criar ou extinguir os cargos, de acôrdo com a proposição.

Não mais se justifica a restrição contida na emenda ao art. 34 da Constitui-

ção de 1891, que, na opinião abalizada de Castro Nunes, pusera têrmo às controvérsias. O texto, entretanto, restritivo não foi reproduzido".

Procuremos agora uma opinião clássica não mais contida sôbre a Constituição vigente, mas sôbre a Constituição de 1891, para compreendermos que a noção e os conceitos são os mesmíssimos através tôda a evolução do nosso direito.

Na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 18, páginas 58 e 59, encontra-se o acórdão do egrégio Tribunal de Justiça de S. Paulo — Tribunal Pleno no julgamento dos embargos de nulidade nº 38.047, de 3 de novembro de 1948, e cuja ementa é a seguinte:

"Sendo as leis preceitos gerais, não podem conter disposições particulares da alçada de outro poder, como seja provimento de cargos públicos."

Na conceituação dos fundamentos do acórdão cuja estrutura se pretendeu condensar na ementa lida, encontra-se, entre outras lições, a seguinte e magistral, do insigne Carlos Maximiliano, quando esclarece com exatidão o poder de nomear concedido pela Constituição ao Poder Executivo.

"Por sua vez o Legislativo, nem sequer ao instituir o emprêgo *pode designar a pessoa que o ocupava*, modo que ilude o direito de escolha, prerrogativa presidencial. Nesse passo diz com referência aos Comentários no *American Law* de *Kent*, 14ª edição — 1896 — página 719, nota X — "Ao Congresso é vedado exercer o poder de designar pessoa que haja de exercer o emprêgo. Portanto, se a Câmara designar de tal modo o destinatário de um emprêgo, que outra pessoa não possa ser nomeada pelo Presidente". *A Disposição é Inconstitucional*, não deve ser cumprida, equivale a não ter jamais existido. *Comentário à Constituição Brasileira de 1891*, número 346, págs. 502 e 504."

Tenho ainda, Senhor Presidente, como virtuosíssima a lição de Montesquieu, de que a divisão das funções do Estado deve corresponder à existência dos três órgãos do Poder Público, cada qual com sua competência privativa e independente por declarada na Constituição. Os Podêres Legislativo, Executivo e Judiciário (classificação tradicional e universal e que é a nossa) sendo, como são, independentes e soberanos, lhes sendo mesmo vedado qualquer delegação de podêres, sòmente concedidas como exceção e sòmente nas constituições flexíveis, fôrça é concluir-se que a nossa Constituição, individualizando cada um dos seus podêres, igualmente definiu, para cada um, sua *competência*, dando-nos o conceito da tríplice soberania em que repousam os sistemas federativos, como o nosso.

O Poder Judiciário, ferido na sua soberania e na sua independência, tornar-se-iam os demais podêres, o Legislativo e o Executivo, em podêres discricionários, que neste nosso tempo e em nossa civilização, se não pode admitir e nem sofrer, porque o poder discricionário excluiria inexoràvelmente a execução do texto legal: e foi o que fêz e é o que faz o Legislativo, quando realiza o direito fora da sujeição da Lei, que é a Constituição.

Segundo êsse entendimento e com os olhos voltados para os inúmeros doutrinadores a que pedimos ilustração, sem que se possa conceder qualquer originalidade às nossas proposições, concluímos, Senhor Presidente, que a submissão à ordem jurídica não se impõe, apenas, ao Poder Executivo, porque a ela são subordinadas tôdas as atividades estatais. Na sua órbita que é da ordem jurídica, em face da Constituição federal, se incluem o Poder Legislativo e o Judiciário, cujas respectivas competências lhes são asseguradas pela Lei fundamental do Estado.

E sendo inescusàvelmente certo que desde o advento da Constituição de 1891, até à vigente, foi sempre admitido o contrôle jurisdicional dos atos do Poder Público e se reconheceu, invariàvel-

mente, ao Poder Judiciário, a faculdade de negar aplicação à lei manifestamente inconstitucional, acolho a preliminar para, de acôrdo com o eminente Sr. Desembargador-Relator, negar aplicação ao § 4º e letras *a* e *b*, do art. 7º, da Lei nº 4.049, de 23 de fevereiro de 1962, declarando êsse dispositivo inconstitucional.

É êste o meu voto, Senhor Presidente.

*O Des. Presidente* — O Dr. João de Deus Vianna acolhe a preliminar de inconstitucionalidade.

O jurista Clemenceau Luís de Azevedo Marques está com a palavra, para concluir o seu voto.

*O Dr. Clemenceau Luís de Azevedo Marques* — Senhor Presidente, quando a lei ordinária encerra vícios que se distanciam das linhas mestras traçadas pela Constituição, abala o suporte do tripé de segurança do próprio regime, assente na harmonia e independência dos podêres constituídos, cada qual com a sua zona de influência jurìdicamente definida.

Esta deriva do legislador, ancora em pôrto estranho à sua área de ação, conflitando com aquêles princípios e invadindo as linhas constitucionais demarcatórias daquela faculdade político-jurídica.

Delimitada a competência, cada um a exercerá sem interferência na do outro, em consideração à independência de cada qual, e, com auxílio de todos para a realização de seus objetivos.

Já escrevia João Barbalho, em *Comentários*, pág. 48:

"Expressões naturais e necessárias da mesma soberania, são separadas para o exercício desta. Em vez, pois, de podêres rivais e vivendo em conflito, a Constituição os estatuiu harmônicos, devendo cada um respeitar a esfera de atribuições dos outros e exercer as próprias, de modo que, nunca de embaraços, mas de facilidade e coadjuvação, sirvam às dos demais, colaborando todos, assim, a bem da comunhão."

Para obter isso, usou a Constituição de alguns expedientes e combinações, interessando e fazendo penetrar de certo modo a ação de uns no movimento funcional dos outros podêres".

Pedro Calmon, em seu *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, página 41, professa:

"Os podêres são independentes e harmônicos, isto é, funcionam, em esferas apartadas para realização simétrica, ou orgânica de seus objetivos."

E ainda, em respeito ao mesmo assunto, Poulino Jacques, *Curso de Direito Constitucional*, pág. 278, diz que "a independência dos podêres traduz-se na não interferência de um na esfera de competência do outro, e a harmonia, no respeito de cada qual pelas deliberações próprias, fazendo cada um o que lhe couber".

Como se vê, Sr. Presidente, para que uma lei ordinária — fonte de direito subjetivo —, tenha sua aplicação por outro poder, é preciso que ela esteja conforme àqueles princípios. Tudo que extravasar da competência do legislador, é como se não estivesse escrito.

O Poder Executivo pode, por meio do veto, cortar a incidência da lei que lhe parecer contra as regras traçadas pela Constituição. Se não usa dessa faculdade, aos tribunais compete, em caso concreto, decretar a sua inaplicabilidade, por meio de argüição de inconstitucionalidade. Mas, como o Poder Executivo, pode por meio do veto negar a incidência da lei que lhe foi submetida à sanção, também, mesmo sem provocação, pode deixar o poder a que ela se dirige, de aplicá-la por não lhe reconhecer validade.

Êste raciocínio, Sr. Presidente, se justifica no caso presente, porque o Tribunal ao homologar o ato de seu ilustre Presidente o fêz como matéria eminentemente administrativa, aplicando a lei

naquilo que lhe pareceu aplicável constitucionalmente.

A norma *brevitatis causa* é a que fixa os domínios da lei, discriminando a competência de sua executividade por meio de cada um dos podêres. Se algum dêles excede aquêles domínios pratica uma usurpação.

Qualquer poder pode, pois, recusar-se a cumprir a lei, por lhe parecer contrária à Constituição.

O ato impugnado é ato administrativo; podia, porém, o Tribunal, através de seu ilustre Presidente, recusar-se a cumprir a lei, por desconhecer competência ao Legislativo para lhe ditar regras ao provimento dos cargos criados.

Fê-lo, como ato administrativo. Mas o decreto de sua inconstitucionalidade só pode resultar de sentença, pois o Direito Constitucional só atribui ao Poder Judiciário competência para essa afirmação, no dizer de Pontes de Miranda — *Comentários à Constituição de 1946* — vol. II, pág. 303, "quando procede a desconstituição *in caso*, de modo que, decidida a *questio iuris pracindicialis* da inconstitucionalidade da regra jurídica, a questão principal tenha de atender a êste julgamento prévio".

Dirigiu-se a lei ordinária ao Tribunal (Lei nº 4.049, de 23-2-62), fixando os novos padrões ou níveis de vencimentos e os símbolos dos cargos em comissão e das funções gratificadas para os servidores de sua secretaria, e traçando normas para provimento dos cargos de carreira por ela criados.

Logo, a própria autoridade a que se endereçou a lei, competia aplicá-la, por meio de atos administrativos. Aplicou-a naquilo que lhe pareceu aplicável constitucionalmente, e desconsiderou os incisos impertinentes, como se escritos não fôssem.

É curial que se a lei ordinária se afasta de princípio constitucional, para atender a interêsses de determinadas pessoas ou servidores de outro poder, não se pode impor ao poder que teve a sua competência invadida obediência a tal disposição, sem ofender princípios inscritos no art. 36 (independência e harmonia dos podêres), no artigo 186 (exigência de concurso para a primeira investidura em cargo de carreira), no art. 141, § 1º (igualdade de todos perante a lei), como generalidade e, no art. 97, II, como competência privativa dos tribunais de "elaborar os seus regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei".

O Direito Constitucional não admite arbítrio de um poder sôbre o outro em matéria de competência sobretudo.

Rui Barbosa dizia com a perfeição de sempre: "O que os tribunais fazem dos atos inconstitucionais de outros podêres é coisa tècnicamente diversa do que revogar sentenças. Não os revogam, desconhecem-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis, ou dos atos do Executivo". (*Comentários à Constituição Federal*, vol. IV, página 160).

Francisco Campos, falando de leis inconstitucionais, (em *Direito Constitucional*, vol. I, pág. 430-431), esclarece: "Um ato ou uma lei inconstitucional, é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexiste de direito ou é para o Direito como se nunca houvesse existido. A lei inconstitucional deixa, pois, de reger os casos que ela envolve, não em virtude do princípio de hierarquia, ante a Constituição e as leis ordinárias, mas porque, de fato e na realidade, não é uma lei e como lei não obriga, quer aos particulares, quer aos tribunais.

É preciso que se considere, Sr. Presidente, que num regime representativo como o nosso, os legisladores como representantes do povo, não podem se afastar na feitura das leis ordinárias, dos limites traçados no diploma cons-

titucional, que traz a marca da vontade dos representantes constituintes. Fora disso, a lei ordinária, sem o *placet* daquela vontade popular, significa o abuso de podêres do mandato pelo legislador ordinário.

A lei ordinária, no todo ou em parte, que não obedece às regras do instrumento constitucional, não é lei, e lei nunca será; é coisa nenhuma em direito, antes e depois da declaração de sua inconstitucionalidade.

Como ato administrativo aplicou o Tribunal, homologando ato de seu ilustre Presidente, o que na lei ordinária haveria de ser aplicado.

O administrador, seja de que poder fôr, aplica as leis ordinárias que existem como fonte de direito subjetivo; mas aquelas que não guardam a compostura constitucional, não são leis; são um nada jurídico; porém a sua inconstitucionalidade só pode ser declarada pelos tribunais quando provocados, em casos concretos.

Daí estar agora, nesta assentada, a decidir da inconstitucionalidade do parágrafo 4º e letra *a* do art. 7º, e do artigo 20 da Lei nº 4.049, de 23-2-62, suscitada pelo ilustre Relator.

Os princípios, Sr. Presidente, abordados, inicialmente, neste modesto voto, conduzem à convicção de que bem posta foi a argüição.

"No primeiro provimento dos cargos criados, pela presente lei, serão observadas as seguintes normas:

Letra *a*) — Terão prioridade para as vagas da classe inicial das carreiras, etc.

Ressalta à evidência, desde logo, Senhor Presidente, conflito com a disposição constitucional contida no art. 186 da Constituição federal que determina:

"A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar, efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde."

Aí está claro o desencontro, por si só a desejar a desconsideração ao inciso pelo aplicador da norma.

Como poderia dar prioridade a determinada classe de funcionários para preenchimento de cargos iniciais de carreira, sem obediência à norma constitucional que impõe, taxativamente, a exigência do concurso para o seu provimento?

E ainda, o que é mais grave, é a imposição do Poder Judiciário preencher tais cargos com funcionários do Poder Executivo, quebrando aquela independência e harmonia de que falamos.

Pontes de Miranda, no seu Tratado, comentando o art. 186, da Constituição federal, chega a dar por inconstitucional a própria nomeação: "Do art. 186 também se tira que os podêres públicos estão inibidos de qualquer nomeação para postos de carreira das repartições administrativas dos corpos legislativo e judiciário, sem o concurso de provas ou de títulos; a falta de um dos dois pressupostos, faz nula, por inconstitucional, dada a nomeação."

Ora, Sr. Presidente, se nula a nomeação, por inconstitucional, do mesmo vício padece o dispositivo de lei ordinária que prescreve a exigência da Lei Maior.

Ainda haveria ofensa, se aplicada a norma recomendada pelo malsinado inciso, ao disposto no art. 41, § 1º, da Constituição federal, pois é sabido que não só se ofende o princípio de isonomia se retira da esfera jurídica direito de alguém, de maneira a inferiorizá-lo, mas se a lei dá mais regalia ou benefícia a alguém, ou a alguns, ou a alguma classe, em que todos haviam de ser tratados igualmente.

Pontes de Miranda, em *Questões Forenses*, Vol. 7 — Parecer nº 303, define com maestria invulgar, as violações de igualdade perante lei, para depois de distingui-las entre positivas e negativas, conceituar umas e outras da seguinte forma: "As violações positivas são aquelas em que a lei dá a uns ou a algu-

mas pessoas, sem dar, ou dando mais do que dá a outra ou outras, a despeito de haver os mesmos pressupostos para a atribuição.

As violações negativas são aquelas em que se retira a uma ou algumas pessoas o que não se retirou a outra, ou a outras, ou mais do que a outrem se retirou.

O princípio de isonomia concerne às duas espécies. Tanto se ofende a igualdade perante a lei negativamente como positivamente.

Dir-se-á, Sr. Presidente, que nem todos tinham os pressupostos exigidos pelo inciso 4º, considerando-se violação positiva. Mas quantos estariam em condições de absorver as vagas criadas pela lei? Se o número fôsse maior, qual o critério a adotar-se?

Com violação negativa estaria ferido o princípio da igualdade, pois que se retiraria a uns a exigência constitucional do concurso e a outros prevaleceria aquela disposição.

Também está a chamar e a reclamar a decretação da inconstitucionalidade da disposição pela vulneração do art. 97-II, da Constituição federal que dá competência privativa aos tribunais de organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei.

Êste mandamento constitucional do art. 97-II, tem nascedouro na Constituição de 91, no seu art. 58:

"Os tribunais federais elegerão de seu seio os seus presidentes e organizarão as respectivas secretarias.

§ 1º A nomeação e demissão dos empregados de secretaria, bem como o provimento dos ofícios de Justiça nas circunscrições judiciárias competem respectivamente aos presentes dos tribunais".

Constituição de 1934:

"Art. 64. Compete aos tribunais:

a) elaborar os seus regimentos internos, organizar as suas secretarias, os seus cartórios e mais serviços auxiliares;

c) nomear, substituir e demitir os funcionários das suas secretarias".

Constituição de 1937:

"Art. 93 — Compete aos tribunais:

(a) elaborar os regimentos internos, organizar as secretarias, os cartórios e mais serviços auxiliares, etc.".

Compete ao Poder Legislativo criar e extinguir cargos públicos e fixar-lhes os vencimentos, cabendo, porém ao Poder a que se destinam tais cargos, a atribuição de os prover.

Êstes preceitos, como se viu, sempre figuraram e continuam a figurar em nossas constituições políticas.

É princípio pacífico, proclamado pelos nossos constitucionalistas, o de que o legislativo não pode criar cargos designando as pessoas que nêles devam ser providas.

"O poder de nomear, explica Carlos Maximiliano constitui uma das funções mais importantes do Executivo, e, provàvelmente, a que lhe dá maior influência política".

E, conclui, o saudoso Ministro: "Por sua vez, o Legislativo nem sequer ao instituir o emprêgo pode designar a pessoa que o ocupará, de modo que iluda o direito de escolha, prerrogativa presidencial".

Tais conceitos se aplicam de igual ao Poder Judiciário, pois que se o poder de nomear dá maior influência política ao Presidente da República, como Chefe do Executivo, o poder de nomear os seus auxiliares, dá ao Poder Judiciário a necessária independência no exercício de sua alta missão.

A indicação expressa pelo Legislativo de pessoas para provimento em cargos das secretarias dos Tribunais Regionais Eleitorais é robustamente inconstitucional.

Carlos Maximiliano ao comentar o art. 97, II, da Constituição federal, é pe-

remptório: "O Tribunal escolhe pessoal subalterno de sua confiança e regulariza de acôrdo com as leis, todos os seus serviços. Se assim não fôra, poderia o Executivo rodear de inimigos pessoais, ou políticos, os juízes, impondo-lhe auxiliares ineptos, que lhes embaraçariam ou contrariariam a ação proveitosa e enérgica".

Também Eduardo Espínola, na *Nova Constituição do Brasil*, pág. 332, assim comenta o art. 97, II:

"Assim também lhes são assegurados os direitos de aprovar o seu regimento interno, organizar a sua secretaria, cartórios e serviços auxiliares, fazendo as nomeações para os respectivos cargos. Não podem criar cargos ou fixar os vencimentos respectivos, mas apenas preencher os cargos existentes com os vencimentos estabelecidos em lei".

Themístocles Cavalcanti, às fls. 312 de seus *Comentários* é mais incisivo: "Esta é uma função administrativa tão ampla quanto aquela atribuída ao Presidente da República, na órbita administrativa.

Deve-se observar aqui a competência expressa, ao contrário do que ocorria sob o regime da Carta de 1937.

Não há lugar, portanto, para a velha questão de saber se o poder de organizar importa no de nomear.

A Constituição de 1891 (art. 58, I) atribuía esta competência ao presidente dos tribunais, mas a atual confere êsse poder aos tribunais.

Devem, por isso mesmo, os presidentes, sujeitarem os seus atos à aprovação dos respectivos tribunais.

Prover significa exercer o poder de nomeação, o que não exclui o processo de seleção e as provas de capacidade previstos pelos regimentos dos respectivos tribunais que constituem lei interna de cada um".

E assim termina o ilustre constitucionalista.

Essa disposição constitucional, Senhor Presidente, encontra paridade com a do art. 40, que atribui a cada uma das câmaras dispor em regimento interno, sôbre a organização, política, criação e provimento de cargos e com o art. 87-V, que dá competência privativa ao Presidente da República de prover, na forma da lei, e com as ressalvas estatuídas na própria Constituição, os cargos públicos federais.

Não é válida a indicação de pessoas, pelo Presidente da República, para provimento de cargos das secretarias da Câmara ou do Senado, como válida não é a disposição da lei ordinária que aponte, ao Presidente da República, candidatos para provimento de cargos públicos federais da sua órbita de ação. Se válida não seria disposição nesse sentido para qualquer um dos dois podêres, por certo válido também não é, por inconstitucional, que o Legislativo indique, em lei ordinária, ao Judiciário que preencha, sem concurso, os cargos vagos, com servidores públicos pertencentes ao Quadro do Pessoal do Poder Executivo.

Em derradeiro, mais nos convencemos, Senhor Presidente, da intenção do constituinte em delinear a competência para provimento de cargos, ao fazer a ressalva do § 2º, do art. 67, que trata da iniciativa das leis.

Vê, portanto, Senhor Presidente, que designando o Legislativo os destinatários para as vagas criadas pela Lei nº 4.049, de 23-2-1962, feriu não só um, mas os vários dispositivos constitucionais apontados, já que não se pode separar, nesta apreciação, tôda a gema de princípios que se entrelaçam no corpo da Constituição da República.

Acolho, pois, a argüição de inconstitucionalidade, muito bem posta pelo ilustre Relator, a cujo voto brilhante me rendo.

É o meu voto.

*O Des. Presidente* — O Juiz Clemenceau Luís de Azevedo Marques acompa-

nha o Relator. Acolhe, portanto, a preliminar de inconstitucionalidade.

Como vota o Dr. Ivan Lopes Ribeiro?

*O Dr. Ivan Lopes Ribeiro* — Sr. Presidente, quem sou eu para discutir, nesta oportunidade, a deliberação do Tribunal de Justiça, em sua sessão plenária, indicando o Juiz Sebastião Perez de Lima à promoção ao cargo de desembargador. Se alguma dúvida houvesse a respeito desta justiça, S. Exa. acabou de demonstrar, com êste voto profundo sôbre assunto tão palpitante, — que é o da interdependência dos podêres, estabelecendo a independência de cada um e a supremacia da Constituição sôbre as leis ordinárias, — brilhantemente, o acêrto da deliberação do tribunal em causa.

O interessante, Sr. Presidente, é que os ilustres Juízes aceitaram a luva e derramaram sôbre nós, em seus votos longos e bem estudados, ensinamentos jurídicos, a exemplo das cheias do Amazonas e do Nilo, ao espalharem fertilidade sôbre as terras ribeirinhas. Já afirmei, certa vez, Sr. Presidente, que não tenho luz própria. Vivo das sobras das Centrais Elétricas, que são V. Exas. Por isso, meus votos são curtos, por essa razão, falo pouco. Não posso transpor as minhas humildes possibilidades. (Não apoiado.)

Poderia invocar em meu benefício a lei de Sparta contra a loquacidade dos atenienses, mas a verdade é o que acabei de declarar.

Quanto ao voto, Sr. Presidente, a questão me parece muito simples e mais simples ainda se apresenta depois do brilhantismo dos votos já expendidos.

A Constituição federal estabeleceu um direito aos Tribunais Regionais Eleitorais de organizarem, livremente, as suas Secretarias. Cria, portanto, uma prerrogativa a êsses tribunais e essa prerrogativa não pode ser quebrada, sob pena de ferir-se a Constituição por qualquer dos outros dois podêres. E, se a despeito disso, surge uma lei invadindo essa área de atribuições, evidentemente, essa lei é inconstitucional. Trata-se de uma invasão de área e de usurpação de nosso direito. A disposição tocada pelo Relator como sua preliminar de inconstitucionalidade, está bem posta e bem decidida nos votos precedentes.

Realmente, não podia nenhum poder — nem o Legislativo nem o Executivo — ferir diretamente o preceito que a Lei Magna estabeleceu ao criar essa prerrogativa aos tribunais como o nosso.

Andou muito bem, portanto, o Relator levantando esta preliminar. Esta preliminar é tão certa e esta inconstitucionalidade é tão chocante que só pode trazer-se à lembrança aquela situação de Dom Quixote: um pedaço de lei ordinária investindo contra a serenidade dos moinhos, que é a Constituição federal.

Acompanho o voto do Relator, Sr. Presidente.

*O Des. Presidente* — O Dr. Ivan Lopes Ribeiro acompanha o voto do Relator.

Como vota o Des. João Coelho Branco?

*O Des. João Coelho Branco* — Sr. Presidente, foi suscitada, pelo eminente Desembargador-Relator, nesse mandado de segurança, a inconstitucionalidade da letra *a*, do § 4º do Art. 7º, da Lei nº 4.049, de 23 de fevereiro de 1962, que reorganizou os serviços da secretaria dêste Tribunal.

A argüição envolve, também, a letra *b*, que trata da mesma matéria.

Dispõem o Art. 7: e o § 4º, letras *a* e *b*:

Art. 7º — As vagas da classe inicial das carreiras dos Quadros das Secretarias dos Tribunais Regionais Eleitorais serão providas mediante concurso público de provas.

§ 4º — No primeiro provimento dos cargos criados pela presente lei serão observadas as seguintes normas:

*a*) Terão prioridade para as vagas da classe inicial das carreiras dos funcionários federais efetivos requisitados e em exercício (vetado) há mais de três anos, levando-se em consideração a natureza da função exercida durante os últimos seis meses;

*b*) nas vagas remanescentes terão prioridade os funcionários estaduais ou municipais estáveis, requisitados e em exercício (vetado) há mais de três anos, observadas as mesmas condições da letra anterior.

Assim, se no corpo do dispositivo era respeitada a norma constitucional do Art. 186, por fôrça da qual a primeira investidura em cargo de carreira criados, pelos funcionários federais, estaduais e municipais, que estavam requisitados e em exercício há mais de três anos.

Já aí se vê que essas letras *a* e *b*, do § 4º, estão em flagrante contradição com o princípio afirmado no próprio Art. 7º, que não é um princípio de lei ordinária, porque, como já se disse, constitui mandamento constitucional inserto no Art. 186, da Lei Magna.

Mas não é essa a única eiva de inconstitucionalidade que macula os dispositivos, com que procura acobertar-se a impetrante do mandado de segurança.

Com efeito, reafirmando princípio tradicional de nosso direito público, já consagrado no art. 58, da Constituição de 1891, dispõe o art. 97, II, da atual de 194€, que compete aos tribunais organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei.

A *ratio legis* que inspirou êsse cânone constitucional, a razão superior que o ditou foi assegurar a autonomia interna das côrtes judiciárias, completando o sistema de garantias estabelecido na Constituição.

Em seus clássicos comentários a primeira Constituição Republicana, Barbalho assertava, quanto à disposição, que a "aconselham os princípios garantidores de independência do poder judicial, que devem ser afirmados escrupulosamente observados", acrescentando que ela "se inspira no intuito de colocar os funcionários administrativos da justiça ùnicamente sob a dependência das autoridades judiciárias". "E não pareça não exagerada cautela ou mal entendida confiança. O Poder Judiciário é por sua natureza o mais fraco e é fortalecê-lo assegurar-lhe a completa subordinação de seus agentes, e quanto possível colocá-lo fora da ação do Poder Executivo, até nestas que parecem pequenas coisas, mas que em dadas circunstâncias assumem certa importância" (pág. 233).

Êsse poder de o Poder Judiciário estruturar seus serviços auxiliares não é arbitrário, porque não há podêres arbitrários em um Estado de Direito. Êle encontra suas limitações na lei, de que teve a iniciativa e que o Congresso aprova, porque os tribunais, por seu livre alvedrio, não criam nem suprimem empregos, como não fixam, aumentam ou diminuem vencimentos.

Mas, ao Congresso, na elaboração da lei de organização dos serviços dos tribunais, não é lícito invadir a ordem de atribuições constitucionais privativas do Judiciário e esquecer o princípio constitucional que inspira a lei, impondo, nela, à Justiça, a nomeação de funcionários do Executivo e do Legislativo.

Há mais de meio século o insigne Carlos Maximiliano, depois de afirmar que "o Tribunal escolhe pessoal subalterno, de sua confiança, e regulariza, *de acôrdo com as leis*, todo o serviço", advertiu, em conceitos enluvados ao momento:

"Se assim não fôra, poderia o Executivo rodear de inimigos pessoais ou políticos os juízes. impor-lhes auxiliares ineptos, que lhes embaraçariam ou contaminariam a ação proveitosa e enérgica" (3ª ed., pág. 621).

As letras questionadas do § 4º do art. 7º, da Lei nº 4.049, pretendendo impor a êste Tribunal, na organização de seus serviços, a nomeação de funcionários do Executivo e do Legislativo são manifestamente inconstitucionais, porque ofendem o princípio inserto no art. 97, que constitui garantia constitucional da independência do Poder Judiciário.

Como bem observa Pontes de Miranda, no *Pleno Constitucional*. À Justiça cabe organizar seus serviços auxiliares, acentuando:

"Se a lei lhe retira tais organizações, é contrária à Constituição, se persistem algumas usurpações, a lei nova não as pode manter" (3ª ed. P-III, pág. 207).

E ao Judiciário é que cabe opor o corretivo adequado a processo indireto de iludir e inutilizar as proibições e das limitações constitucionais, por processos engenhosos, destinados a ladear ou flanquear o texto da lei, procurando passar além do alcance de seus têrmos.

"Todo artifício ou processo de evasão a um texto constitucional se terá por inconstitucional e em tudo equiparado à violação direta e manifesta da Constituição". (B. Campos, *Direito Constitucional*, pág. 38).

Em razão do exposto, acolho a argüição de inconstitucionalidade".

*O Des. Presidente* — O Des. João Coelho Branco acolhe argüição de inconstitucionalidade.

Como vota o Des. Milton Barcelos?

*O Des. Milton Barcelos* — Sr. Presidente, meus eminentes colegas, há teses que não comportam qualquer discussão. Essa é precisamente uma delas. Foi pôsto em equação por quem tinha o dever de fazê-lo: o Relator. S. Exa. examinou os tratadistas, a doutrina restabeleceu a sua conclusão.

Tenho dúvida, Sr. Presidente e ela me assalta porque, no seio do Congresso Nacional, há duas Comissões de Justiça onde, têm assento Mestres do Direito Constitucional que escoimam as leis inadequadas, impróprias e inconstitucionais que devem ser encaminhadas ao Presidente da República.

Acredito que essa disposição tenha passado desapercebida às demais Comissões porque êles sabem que é fundamental princípio a independência e harmonia dos podêres, em face da Constituição federal. Nenhum poder tem o direito de intervir na órbita constitucional do outro. É princípio consagrador que os provimentos de cargos nos tribunais é exclusivamente da capacidade jurídica dos próprios tribunais. No entanto, essa lei permitiu dar um passo à frente, procurando, acredito, com o aproveitamento de determinados funcionários, acomodar a questão, possìvelmente, econômica para o erário público.

Por que as duas Casas do Legislativo não aproveitaram êsses funcionários no próprio Legislativo?

*O Dr. João de Deus Vianna* — Muito bem!

*O Des. Milton Barcelos* — Jogaram, então, essa manta de retalhos em cima dos tribunais do país, pensando que passaria desapercebida a ilegalidade, ou, mais ainda, a inconstitucionalidade. Para que seja proferida uma inconstitucionalidade é necessário que a lei seja berrante, seja manifestamente contrária à Constituição federal e esta o é porque violou a harmonia de um dos altos Podêres da República, que é o Poder Judiciário.

Eu, portanto, acolho a preliminar.

*O Des. Presidente* — O Des. Milton Barcellos acolhe a preliminar.

O resultado do julgamento foi o seguinte:

"Foi acolhida a preliminar de argüição de inconstitucionalidade do § 4º, letra *a*, do artigo 7º da Lei nº 4.049, de 23 de fevereiro de 1962, por votação unânime".

Fui presente: — *Eduardo Bahouth*, Procurador Regional.