LEI — INICIATIVA DO EXECUTIVO — DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

— Inconstitucionalidade do art. 32 da Lei municipal de São Paulo, de n.º 5.607, de 3 de junho de 1959.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Emílio Sangiorgi e outros *versus* Prefeitura Municipal de São Paulo
Mandado de Segurança nº 116.742 — Relator: Sr. Desembargador
HERÁCLIDES BATALHA DE CAMARGO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 116.742, de São Paulo, em que são impetrantes Emílio Sangiogi e outros, sendo impetrado o Sr. Prefeito Municipal de São Paulo: Acorda, em sessão plenária de seus membros, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado, por maioria de votos, nos têrmos do art. 200 da Constituição federal e do art. 101, nº III, *f*, do Regimento Interno, em declarar inconstitucional o art. 32 da Lei municipal nº 5.607, de 3 de junho de 1959, pelos fundamentos expostos no venerando acórdão de fls., que adotam com o respectivo relatório.

Custas como de direito.

São Paulo, 6 de março de 1963. — *Otávio Lacorte,* Presidente. — *Heráclides Batalha de Camargo,* Relator. — *Pinto do Amaral,* vencido com a seguinte declaração de voto: Votei, em plenário, após o Des. Pinheiro Franco, cujo voto acompanhei, por seus fundamentos, aos quais me reporto. — *Samuel Mourão,* vencido, com a seguinte declaração de voto: votei adotando os sólidos fundamentos do voto vencido do Des. Pinheiro Franco declarado a fls., nada mais tendo que acrescentar aos mesmos. — *Alcides Faro,* vencido, com a seguinte declaração de voto: Nos têrmos do brilhante voto do eminente Des. Pinheiro Franco, que adoto sem restrições. — *Cantidiano de Almeida.* — *Tomás Carvalhal.* — *Carvalho Pinto.* — *Martins Ferreira.* — *Euler Bueno.* — *R. F. Ferraz de Sampaio.* — *J. B. de Arruda Sampaio.* — *O. A. Bandeira de Melo.* — *Djalma Pinheiro Franco,* vencido com a seguinte declaração de voto: 1. Meu voto repeliu a argüição de inconstitucionalidade do art. 32 e parágrafos (v. fls.) da Lei municipal nº 5.607, de 3 de junho de 1959, lei essa que, segundo o seu preâmbulo: "Cria, na Secretaria de Educação e Cultura, o Departamento do Ensino Primário e dá outras providências" (fls.).

2. Desde logo, bom é que se diga que o ensino municipal surgiu, no município de São Paulo, através do decreto do executivo — o Decreto nº 3.185, de 2 de agôsto de 1956 — sendo que, por Decretos outros (ns. 3.186, 3.212, 3.221 e 3.222), criaram-se, até atingir cêrca de 1.300 escolas e funções de professor primário (fls.).

3. Pretende, no entanto, por isso, o Sr. Prefeito Municipal que o projeto de lei, que tomou o nº 2.549, enviado pelo então Prefeito Toledo Piza (fls.), não podia sofrer, da parte da Câmara de Vereaodres, as emendas que sofreu, seja quando criou cargos, elevando de 1.000 para 1.600 o número das funções de professor primário (leiam-se as informações a fls.), seja quando elevou o padrão de vencimentos dos professôres (fls.), seja quando, ao derradeiro, determinou o provimento dos cargos ou das funções da forma por que o fêz no art. 32 e parágrafos (fls.): é que, com relação às funções e aos proventos, a elevação dêstes e daquelas não resultaria da iniciativa do Prefeito Municipal; e, com relação à forma de provimento, além de afastar-se o concurso, retirava-se do Prefeito Municipal aquilo que era de sua estrita competência — a nomeação de funcionários — uma vez que, pelo citado art. 32, virtualmente já se nomeavam os que deveriam integrar os quadros de ensino da Prefeitura.

4. Acontece, porém, que o ensino municipal, em que pêse a respeitável afirmação

do Sr. Prefeito Municipal (fls.), não existia juridicamente, como bem sustentou o ilustre patrono dos impetrantes (fls.).

5. Realmente, não se cria serviço, nem função, nem cargo, através de decretos, mas, sim, de lei especial, consoante a regra do art. 65, nº IV, da Constituição federal, regra que, pelo seu caráter mandatório devem-na observar os Estados e Municípios (v. Constituição do Estado, art. 20, *d;* Lei Orgânica dos Municípios, art. 16, § 1º, nº II, e art. 32).

6. Assim sendo, se *"las únicas autoridades competentes para crear, organizar o suprimir un servicio público son aquellas que tienen el poder de formular reglas de derecho, esto es el poder normativo* (Basavilbaso, *Derecho Administrativo,* ed. de 1951, nº III, primeira parte, pág. 153), segue-se daí, necessàriamente, que o ensino municipal, criado pelo Decreto nº 3.185, existente de fato embora, de direito inexistia.

7. Daí por que cuidou o Prefeito Toledo Piza de dar-lhe vida jurídica enviando à Câmara dos Vereadores o projeto de lei que, tendo tomado o nº 2.549, transformou-se na Lei municipal nº 5.607, contra a qual ora se investe.

8. Mas, se essa foi a lei criadora do ensino, consoante, aliás, consta do seu preâmbulo, é óbvio que tal lei podia, indiferentemente, ser da iniciativa do Prefeito, como de qualquer membro da Câmara (Lei Orgânica dos Municípios, art. 33 — "A iniciativa dos projetos de lei cabe a qualquer vereador e ao Prefeito..."), uma vez que essa era, e é, matéria que às Câmaras cabe legislar (Lei Orgânica, art. 32, combinado com o art. 16, § 3º, nº II).

9. Conseqüentemente, sendo pacífico que quem tem o direito da iniciativa tem o direito da emenda (Laferrière, *Manuel de Droit Constitutionel,* ed. de 1947, pág. 1.003), podiam os vereadores apresentar emendas ao projeto do Executivo, elevando o número de lugares, elevando os vencimentos e determinando a forma de provimento dos lugares.

Deve-se de passagem assinalar que a elevação do número de lugares e a elevação dos vencimentos não foram vetados pelo Prefeito Municipal; e, assim, ainda que lhe pertencesse exclusivamente a iniciativa de lei para tal elevação, com a sanção da Lei nº 5.607 essa questão estaria superada, segundo o entendimento, que também sempre foi o meu, do egrégio Supremo Tribunal Federal.

10. Assim, sob o aspecto das emendas, incensurável a atuação dos legisladores municipais: inconstitucionalidade alguma pode ser aí entrevista.

11. Afirma, porém, o venerando acórdão que o art. 32 e parágrafos da Lei nº 5.607 — que vetados pelo Prefeito Municipal por motivos outros que não o da inconstitucionalidade, teve o veto rejeitado pela Câmara dos Vereadores (fls.) — é de manifesta ilegalidade "por entrar em conflito com os arts. 186 da Constituição federal, 78 da Constituição do Estado, 33 e 52, nº IV, da Lei Orgânica dos Municípios, do Estado. Assim porque, não sòmente dispensava o concurso público como forma de provimento de cargos iniciais de carreira, como impunha ao Executivo a nomeação de pessoas já assinaladas pela circunstância de ocupação das funções respectivas" (fls.).

12. Tenha-se, porém, em vista, desde logo, que a Lei nº 5.607 foi que criou o ensino municipal, inexistindo, assim, o quadro de seus funcionários, a carreira não estando, pois, ainda, estabelecida. E entendido já foi, quando se cuidou do inicial provimento de cargos do egrégio Tribunal de Alçada, que, em caso tal, o concurso não se fazia mister, ponderando o ilustre Prof. e Des. Washington de Barros Monteiro, então Presidente daquele Tribunal, que "o questionado dispositivo constitucional só se aplica... aos cargos já existentes, ao serviço já organizado, em funcionamento regular; não pode disciplinar serviços e funções novas, ou em vias de organização" (v. *Revista de Direito Administrativo,* vol. 35, pág. 75, onde se faz remissão a uma resolução do egrégio Tribunal Federal de Recursos).

13. Deve-se ponderar, doutra parte, que o art. 32 e os parágrafos — que promulgados foram, em face da rejeição do veto a êles apôsto que o Prefeito Ademar de Bar-

ros (fls.), pelo Presidente da Câmara Municipal (fls.), quase três anos após o Decreto nº 3.185, de 1956, e cuja execução só teve início a 22 de setembro de 1960, com o despacho do mesmo Prefeito (fls.), prosseguindo com o atual Prefeito até o momento em que S. Exa. tudo resolveu desfazer (fls.) — deve-se ponderar, doutra parte, repete-se que o art. 32 e os parágrafos tinham sua razão de ser: premiar todos aquêles que, havia três anos, estavam contribuindo para que o ensino municipal, existente embora só de fato, se afirmasse como uma esplêndida realidade (leiam-se a propósito, as palavras do Prefeito Ademar de Barros no citado despacho que os impetrantes transcreveram a fls.).

14. Efetivações dessa natureza não as tem tido como *contra legem* o Pretório Excelso.

Assim é que, em conhecido caso de São Paulo, onde êste egrégio Tribunal de Justiça afirmava a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei estadual nº 16.599, de 30 de dezembro de 1946, que autorizava a efetivação de extranumerários sem concurso em cargos de carreira já existente (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 47-86), o egrégio Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, sendo relator o Sr. Ministro Antônio Vilas-Boas, repeliu a argüição de inconstitucionalidade (recurso extraordinário nº 30.409, na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 3-695). E também merece lido o venerando acórdão que está na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 42-131.

15. Essas as razões pelas quais, *data venia*, entendi de repelir a inconstitucionalidade. — *Vicente Sabino Júnior*, vencido, com a seguinte declaração de voto: Não sendo possível juntar-se, por extravio, a declaração datilografada de meu voto, passo a resumi-lo, em seguida: Votei pela inconstitucionalidade do art. 32 da Lei municipal nº 5.607, de 3 de junho de 1959, por entender que foram atendidas, na sua elaboração, as exigências constitucionais: *a*) coube a iniciativa dessa lei ao prefeito em exercício, Dr. Vladimir de Toledo Piza, que já havia criado, a título de emergência, o ensino primário municipal, enviando ao legislativo o competente projeto; *b*) com isso, procurou regularizar o ensino primário na cidade de São Paulo; *c*) a Câmara dos Vereadores introduziu pequenas modificações, como a da efetivação dos servidores em exercício ao tempo da promulgação dessa lei, fazendo-o no art. 32, em exame; *d*) êsse aproveitamento nada teve de inconstitucional porque o Legislativo estabeleceu um concurso por meio de pontos, e nenhuma lei básica dá a forma dêsse concurso, deixando-a a cargo da lei ordinária; *e*) o veto do Prefeito dr. Ademar de Barros fôra baseado na declaração de essas efetivações não consultarem o interêsse público, exclusivamente. Mas, com a sua rejeição pelo Legislativo, fêz as nomeações de acôrdo com a norma do citado art. 32, reconhecendo, expressamente, que elas atendiam ao interêsse público; *f*) inoperante resultou, assim, o veto, porque a autoridade competente para apô-lo, tornou-o ineficaz com base nos mesmos motivos; *g*) não podia o Executivo municipal revogar ato administrativo, de um antecessor, porque praticado com base na lei, segundo elementar princípio de Direito administrativo; *h*) a competência do Executivo está limitada constitucionalmente à criação de cargos e a aumento de vencimentos, concorrendo no mais, com a do Legislativo. Assim, não há dispositivo que vede ao Legislativo estabelecer as normas do concurso para a nomeação, desde que o funcionário seja nomeado pelo Executivo.

Por todos êsses motivos, e pelo mais que consta dos autos, nenhuma inconstitucionalidade viciou o citado art. 32 da Lei municipal nº 5.607, de 1959, que pudesse legitimar o ato do Sr. Prefeito Municipal, declarando sem efeito as nomeações dos impetrantes, feitas em obediência à referida lei. Êste ato do Executivo, sim, é que, a meu ver, foi ilegal.

Conseqüentemente, só havia uma solução para o caso: concessão da segurança, como o fêz o meu voto. — *Cerqueira Leite.* — *Paulo Otaviano.* — *Acácio Rebouças.* — *Virgílio Manente.* — *Dantas de Freitas.* — *Humberto da Nova.* — *Dimas de Almeida.* — *Lafayette Sales.* — *J. E. Coelho de Paula.* — *Campos Gouvêa.* — *Azevedo Júnior.*