FUNCIONÁRIO PÚBLICO — LEI INCONSTITUCIONAL — PODER EXECUTIVO

— O Poder Executivo não é obrigado a cumprir leis que considere inconstitucionais.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ricardo Oscar Rossi de Oliveira e outros *versus* Prefeitura Municipal de São Paulo. Recurso de mandado de segurança n.º 13.950 — Relator: Sr. Ministro

AMARAL SANTOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plena, dar provimento ao recurso, por unanimidade de votos, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas anexas.

Brasília, 10 de outubro de 1968. — *Gonçalves de Oliveira,* Presidente. — *Amaral Santos,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Amaral Santos — Os recorrentes são funcionários públicos municipais, e na conformidade do disposto no artigo 32 e respectivos parágrafos da Lei número 5.607, de 3-6-59, foram nomeados diretores-escolares, padrão K, do Departamento do Ensino Primário da Secretaria da Educação e Cultura da Prefeitura Municipal de São Paulo.

Pelo Decreto n.º 5.277-61 e portarias que o acompanharam, o Sr. Prefeito Municipal anulou os títulos de nomeações dos impetrantes sob o fundamento de inconstitucionalidade do art. 32 da Lei municipal número 5.607-59.

Contra êsses atos do Prefeito Municipal, rebelam-se os impetrantes pela via do mandado de segurança, alegando:

a) o projeto de lei, convertido na Lei n.º 5.607, foi promulgado pelo então Prefeito, o Sr. ADEMAR DE BARROS, que o vetou *parcialmente* (fls. 5):
nas letras *b, c* e *d* do art. 3.º; nas letras *b* e *f* do art. 4.º; nas letras *a* e *b* do art. 5.º; nos dizeres ..."e as funções gratificadas" do art. 31; *no art. 32 e seus parágrafos;* no artigo 33; e na palavra *"substitutos"* da tabela anexa à lei, referente à forma de provimento do cargo de professor primário. Como razões do veto invocou o Prefeito *apenas e tão-sòmente* parecerem-lhe tais disposições, notadamente as do art. 32 e palavra "substitutos", *"contrárias ao interêsse público"*, consoante explanou nessas razões".

Entretanto, *"foi rejeitado o veto no tocante* ao art. 32 e seus parágrafos e à palavra

"substitutos" da tabela anexa à lei (fls. 5), em conseqüência do que o Presidente da Câmara "promulgou essa palavra "substitutos" da tabela anexa à Lei e o art. 32, que passou a integrar plenamente a Lei n.º 5.607, de 1959, como "disposições transitórias", e a viger como tal, tendo a seguinte redação:

"Art. 32 — O primeiro provimento efetivo dos cargos criados pela Tabela anexa será feito com o aproveitamento dos professôres que já vinham exercendo essas funções até 30-4-59.

§ 1.º — Os professôres abrangidos por êste artigo, que não tiverem completado o estágio de 730 dias até a promulgação desta lei, só serão efetivados após terem satisfeito o referido estágio e as condições previstas no art. 18 do Decreto-lei n.º 13.030, de 28-10-42.

§ 2.º — As substitutas que venham regendo classe vaga até 30 de abril serão aproveitadas nos têrmos desta lei.

§ 3.º — O primeiro provimento dos cargos criados nesta lei obedecerá à antiguidade na função correspondente, quando o número atual dos ocupantes fôr superior ao de cargo criados.

§ 4.º — No provimento efetivo nos cargos de Diretores, Inspetores, Chefes de Região e de Seção, será contado para fim de estágio probatório o tempo exercido como Professor".

b) O Prefeito de então, Sr. ADEMAR DE BARROS, impetrou segurança ao Juízo dos Feitos da Fazenda Municipal, para que se lhe reconhecesse o direito de não cumprir os dispositivos constantes do art. 32, que lhe foi denegada em primeira e segunda instância. Tendo dessa decisão interposto recurso ordinário para êste Tribunal, onde tomou o n.º 8.553-61, do mesmo *desistiu*, aduzindo, no ato da *desistência*, que o fazia no interêsse público, ou seja, do ensino, e "tendo em vista que estão sendo procedidas nomeações a que se referem os textos legais impugnados".

E realmente as nomeações se fizeram, em caráter efetivo, tendo ainda o próprio impetrado dado cumprimento à lei, processando nomeações para cargos vagos, quando, surpreendentemente, pelo decreto e portarias ora impugnados, alegando inconstitucionalidade do art. 32, o impetrado deliberou *retornassem os "efetivados" à situação anterior* (fls. 9).

Em suas informações, o Prefeito de São Paulo sustentou a inconstitucionalidade do art. 32 da aludida lei municipal, promulgado pelo Presidente da Câmara, em face dos arts. 186 da Constituição de 1946, 78 da então vigente Constituição paulista, 33 e 52, n.º IV, da Lei Orgânica dos Municípios do Estado.

O discutido art. 32 assim preceituava: "O primeiro provimento efetivo dos cargos criados pela tabela anexa será feito com o aproveitamento dos professôres que já vinham exercendo essas funções até 30-4-59."

Nos seus parágrafos, como se viu, o artigo estabelecia condições para preenchimento dos cargos. E nas tabelas anexas à Lei n.º 5.607, a Câmara cria cargos em número maior ao da proposta do Executivo.

Segundo o Prefeito, a Câmara invadia área de competência privativa do Executivo Municipal, criando cargos, e virtualmente nomeando os seus ocupantes.

Nulo por inconstitucionalidade seria o artigo 32 da lei em exame, e portanto nulas seriam as nomeações dos impetrantes, não lhes assistindo qualquer direito líquido e certo.

Em seu parecer (fls. 111-117), a Procuradoria de Justiça do Estado opinou pela concessão do *writ*, pois sòmente pela via judicial podiam os impetrantes ser privados dos seus cargos.

Conhecendo do pedido, a Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 32 da Lei número 5.607, remetendo o processo à Sessão Plenária. Admitiu a Câmara a tese de que, embora não caiba ao Poder Executivo declarar a inconstitucionalidade das leis, não se lhe pode negar o direito de descumprir as que entender assim fundamente viciadas.

O acórdão acompanha o ensinamento de CAIO TÁCITO (fls. 239-240), *in Revista de Direito Administrativo*, 59/343, que, comentando decisão do Supremo Tribunal relatada pelo eminente Ministro LUÍS GALLOTTI, sustentou que o Poder Executivo pode anular, *ex officio*, os seus próprios atos ilegais ou inconstitucionais.

Entendendo que o art. 32 da Lei número 5.607 era inconstitucional, porque em sua promulgação se violaram os imperativos fundamentais da iniciativa da elaboração legislativa e da competência para prover cargos públicos, a Quinta Câmara remeteu o processo para o Tribunal Pleno (fls. 248).

O Tribunal de Justiça de São Paulo declarou a inconstitucionalidade do art. 32 da Lei municipal n.º 607-59 (fls. 291), ado-

tando os fundamentos da decisão da Câmara.

O recurso extraordinário dos impetrantes, quanto à declaração de inconstitucionalidade (fls. 324-333), não foi admitido (fls. 419), por inoportuno.

Completando o julgamento (fls. 426-427), a Quinta Câmara denegou o mandado de segurança).

Os impetrantes interpuseram o recurso ordinário para êste Tribunal, reafirmando as razões da inicial (fls. 429-444).

A Procuradoria-Geral (fls. 459-460), em seu parecer, opinou pelo não provimento do recurso (fls. 459-460), e reportou-se à sua manifestação no recurso de mandado de segurança n.º 14.557, caso idêntico a êste.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Amaral Santos (Relator) — Eu não teria dúvida em declarar inconstitucional o art. 32 da Lei municipal número 5.607, de 3-6-59, pelos fundamentos do acórdão recorrido, do qual leio os seguintes trechos:

"É certo que ao Poder Executivo não compete declarar a inconstitucionalidade das leis; mas não se lhe pode negar o direito de não cumpri-las, quando lhes reconheça tal vício, isso mesmo na defesa dos atos de sua exclusiva competência e privatividade, tanto mais que o mesmo vício retira à lei a própria validade, torna-a coisa nenhuma, até antes da declaração do Poder Judiciário. Lei contrária à Constituição não é lei. É o que afirmam, à unanimidade, os juristas norte-americanos.

Em comentários a um julgado do egrégio Supremo Tribunal Federal, escreve CAIO TÁCITO que, "no regime de separação de podêres, incumbe a cada um dos órgãos constitucionais o exercício de atribuições próprias e definidas. Tal discriminação de competências envolve tanto a faculdade de praticar determinados atos, como ainda, correlatamente, o de rever as suas próprias decisões. É pacífica a tese de que o Poder Executivo pode anular, *ex officio*, os seus próprios atos ilegais ou inconstitucionais, conforme iterativa jurisprudência dos Tribunais" (*Revista de Direito Administrativo*, 59/343).

Nesse comentado julgado, o eminente Ministro LUÍS GALLOTTI observa que "o insigne FRANCISCO CAMPOS (*Direito Constitucional*, 1956, vol. I, p. 442-443) mostra que os Tribunais só opinam sôbre a inconstitucionalidade das leis por ocasião de aplicá-las aos casos concretos; cada Poder, assim, tem a contar consigo mesmo para dirimir as questões relativas à sua competência; recusar, por conseguinte, ao Poder Legislativo ou Executivo a faculdade de interpretar a Constituição e em virtude de sua interpretação tomar decisões, seria instalar, nos dois grandes motores da vida política do país ou do Estado, o princípio da inércia e da irresponsabilidade, paralisando o seu funcionamento por um sistema de frenação e obstrução permanente. Acrescenta que a Constituição reconhece manifestamente aos Podêres Executivo e Legislativo a faculdade de interpretá-la e de decidir, de acôrdo com a sua interpretação, as questões relativas à esfera de competência de sua autoridade. E, citando a lição de BLACK e outros, conclui que êsses Podêres não são apenas autorizados, mas necessitados e compelidos a julgar por si mesmos da constitucionalidade de seus atos" (idem, idem, 351-352).

A desistência do recurso interposto ao egrégio Supremo Tribunal Federal, pelo Prefeito, e os posteriores atos de aproveitamento de servidores, na forma do indigitado artigo 32 da Lei municipal n.º 5.607, não podiam de forma alguma validar a mesma lei e, o que é pior, afastar o vício original de sua inconstitucionalidade. Essas não seriam as formas de convalidação, porque estranhas à formação da lei, disciplinada pela lei maior da República".

E mais adiante (fls. 243):

..."sustentam os impetrantes que, na promulgação, pela Câmara, do artigo 32 da Lei n.º 5.607, nenhuma preterição ocorreu do direito de iniciativa do Prefeito Municipal, nem violação de seu direito de provar os cargos públicos.

De igual modo improcede essa sustentação.

Expressa e categórica é a Constituição federal, no sentido de que "compete exclusivamente ao Presidente da República a iniciativa das leis que criem empregos em serviços existentes, aumentem vencimentos..." (art. 67, § 2.º) e de que "compete privativamente ao Presidente da República... prover, na forma da lei e com as ressalvas estatuídas por esta Constituição, os cargos públicos federais".

Tais imperativos são contemplados na Constituição do Estado, relativamente ao

Governador, quanto à competência exclusiva da iniciativa das leis que "criarem cargos em serviços já organizados" (art. 22, parágrafo único) e quanto ao provimento de "cargos civis e militares" (art. 42, *h*).

A Lei Orgânica dos Municípios, de 18-9-47, repete os mesmos imperativos, relativamente à iniciativa das leis (art. 33) e relativamente à nomeação de funcionários (art. 52).

Obedecem-se, aí, aos mesmos princípios, na forma aliás consignada no art. 18 da Constituição federal.

E o que se verificou no caso dos autos?

— Simplesmente isto:

O Prefeito enviou projeto de lei, criando mil cargos de Professor Primário, para serem preenchidos mediante concurso público. A Câmara, porém, através de substitutivo seu, amplia os cargos em questão para mil e seiscentos e dispensa o concurso para o respectivo provimento, mandando aproveitar os servidores que já exerciam as funções em caráter extraordinário, ou com outros requisitos por êles preenchidos. Semelhante substitutivo, aprovado pela Câmara, é vetado pelo Prefeito e o seu veto é então rejeitado, sendo pelo Presidente da Edilidade promulgada a lei.

Aí está. Flagrantemente se desrespeitou o princípio em questão, elevado à categoria de imperativo constitucional".

E ainda (fls. 246):

"Na hipótese dos autos, o art. 32, da Lei n.º 5.607, em cuja promulgação se descumpriu o imperativo, constitucional, não só da iniciativa à elaboração legislativa, como da competência para prover cargos públicos, era nenhum, por absolutamente nulo.

Nem se havia de acenar para o poder de emendar, da Câmara Municipal.

O direito de iniciativa, do Executivo, serve de obstáculo à própria emenda, quando esta invade ou inutiliza aquêle direito. Nem se compreende possa a Câmara fazer acréscimos ou substituições, sob pena de se admitir ao legislativo a própria iniciativa que a Constituição federal proíbe.

A propósito e nesse mesmo sentido são as manifestações do preclaro Ministro MÁRIO GUIMARÃES, em voto que proferiu, e a do eminente Ministro NÉLSON HUNGRIA, transcritas nas informações do impetrado, a fôlhas 88-96 e 96-98, respectivamente".

Repito: eu não teria dúvida em declarar a inconstitucionalidade do art. 32 da Lei municipal n.º 5.607, de 1959, considerando válido o ato do impetrado impugnado.

Mas ocorre que a matéria já foi decidida, no mandado de segurança n.º 14.557, inteiramente idêntico a êste, cujo acórdão dêste Plenário, tomado por unanimidade de votos, traz a seguinte ementa (*R. T. J.* 33/330):

"Anulação de títulos de efetivação de funcionários, com base em lei inconstitucional. A recusa do cumprimento da lei, por inconstitucionalidade, só é possível quando evidente. Peculiaridade do caso".

O eminente Ministro CÂNDIDO MOTA FILHO, relator dessa decisão, deixou de declarar a inconstitucionalidade e deu provimento ao recurso, sob fundamento de que:

"O Prefeito não podia deixar de cumprir lei já em parte cumprida, muito embora já agora apreciada pelo Judiciário paulista, que a declarou inconstitucional" (*R. T. J.*, ... 33/336).

S. Exa. o eminente Ministro PEDRO CHAVES assim se manifestou, acompanhando o relator:

"Não posso adotar a tese de que ao Poder Executivo Municipal fôsse negado o direito de deixar de aplicar uma lei evidentemente inconstitucional. Mas isso só em tese. No caso, acompanho a orientação do eminente Ministro CÂNDIDO MOTA, que relatou com a costumeira proficiência esta questão, pois só nove meses depois da lei em vigor e após haver-se desistido expressamente do recurso extraordinário interposto na Justiça local pelo então Governador ADEMAR DE BARROS; depois de cumprida parte da lei, é que o Prefeito PRESTES MAIA, de gloriosa e saudosa memória para os paulistanos e todos os brasileiros em geral, entendeu de negar aplicação ao que já era lei em vigor, parcialmente executada.

Por êstes motivos e adotando a fundamentação do voto do eminente Ministro Relator, estou de acôrdo com S. Exa., dando provimento ao recurso".

E o eminente Ministro VÍTOR NUNES proferiu o seguinte pronunciamento:

"Também acompanho o voto do eminente Relator.

Não é a primeira vez que iremos reconhecer a validade de leis que aproveitam servidores públicos em cargos isolados. Lembro o recente caso dos escrivães do Estado da Guanabara (representação n.º 627, 1965). Recordo ainda outro: o de alguns artigos de uma lei vetada pelo então Governador Provisório SETE CÂMARA (representação número 365, 1963); os de aproveitamento de

auxiliares de tesoureiro (mandado de segurança n.º 8.107, mandado de segurança número 8.306, recurso de mandado de segurança n.º 10.499, etc.); o caso interinos *versus* concursados, em que aprovamos o aproveitamento dos interinos, salvo quando preterissem candidatos aprovados em concurso (mandado de segurança n.º 11.730); alguns casos de Santa Catarina, etc.

Diante dêsses precedentes, a lei, que ora se discute, não era inconstitucional. Não podia, pois, prevalecer o ato do Prefeito, cujo pressuposto era a inconstitucionalidade da lei.

Dou provimento ao recurso".

Curvando-me ao decidido no recurso aludido, que versou sôbre o mesmo texto legal e sôbre o mesmo ato neste processo impugnado, e atendendo a que situação jurídica é absolutamente idêntica à dos vencedores pelo acórdão proferido no mesmo, dou por seus fundamentos, provimento ao presente recurso.

EXTRATO DA ATA

Recurso de mandado de segurança número 13.950 — SP — Relator, Ministro Amaral Santos. Rectes., Ricardo Oscar Rossi de Oliveira e outros (Adv., Francisco Rangel Pestana). Recda., Prefeitura Municipal de São Paulo (Adv., Remo Pierri).

Decisão: Deu-se provimento. Unânime. Impedido, o Sr. Ministro Osvaldo Trigueiro.

Presidência do Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Srs. Ministros Thompson Flôres, Amaral Santos, Temístocles Cavalcânti, Barros Monteiro, Djaci Falcão, Elói da Rocha, Osvaldo Trigueiro, Adalício Nogueira, Evandro Lins, Hermes Lima, Vítor Nunes e Lafaiete de Andrada. Ausentes justificadamente, os Srs. Ministros Luís Gallotti, Presidente, e Aliomar Baleeiro. Licenciado, o Sr. Ministro Adauto Cardoso.