CONSTITUIÇÃO ESTADUAL — ADAPTAÇÃO ÀS NORMAS FEDERAIS — REPRESENTAÇÃO

— Declaração de inconstitucionalidade de vários dispositivos da Constituição do Estado de São Paulo, de 1967.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Procurador-Geral da República *versus* Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo
Representação n.º 753 — Relator: Sr. Ministro DJACI FALCÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, julgar procedente, em parte, a representação, declarados inconstitucionais: os vocábulos "através do Tribunal de

Justiça" no inc. V do art. 55 da Constituição do Estado, unânimemente; o art. 147 da mesma Constituição, contra os votos dos Ministros Evandro Lins e Victor Nunes, o inciso II do art. 4.º das Disposições Transitórias, contra os votos dos Ministros Victor Nunes e Gonçalves de Oliveira; o artigo 10 das mesmas Disposições, unânimemente; o art. 11 dessas Disposições, contra os votos dos Ministros Evandro Lins e Victor Nunes; o art. 12 das mesmas, contra os votos dos Ministros Evandro Lins, Victor Nunes, Gonçalves de Oliveira e Presidente Luiz Gallotti; o art. 17 das mesmas Disposições, unânimemente. Quanto ao mais, foi julgada improcedente a representação unânimemente, salvo no tocante ao inciso II, letras *a* e *b*, do artigo 92 da Constituição do Estado, em que foram vencidos os Ministros Eloy da Rocha e Hermes Lima. Votou em tôdas as argüições o Presidente, por se tratar da matéria constitucional.

Brasília, 12 de junho de 1968. — *Luiz Gallotti*, Presidente. — *Djaci Falcão*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Djaci Falcão — O Professor Haroldo Valadão, na qualidade de Procurador-Geral da República, arrimado no art. 114, inc. I, letra *l*, da Constituição Federal de 1967, e à vista de solicitação do Excelentíssimo Sr. Governador do Estado de São Paulo, formulada em consonância com o art. 3.º do Decreto-lei n.º 216, de 27/2/67, representou perante o Supremo Tribunal sôbre a inconstitucionalidade das seguintes disposições inseridas na Carta Política daquele Estado: art. 55, inc. V; art. 58, inc. V; artigo 89, § 1.º; art. 92, inc. II, letras *a* e *b*; art. 106, parágrafo único, e artigo 147; e também aos arts. 4.º, inc. II; 10; 11; 12 e 17 do respectivo Ato das Disposições Transitórias.

O pedido vem instruído com os documentos de fls. 29-86. A Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, por intermédio da sua Presidência, ministrou as informações que se encontram a fls. 121-145.

O Bel. Ruy Junqueira de Freitas Camargo e outros integrantes do Ministério Público, além da Associação Paulista do Ministério Público, ingressaram com a petição de fls. 149-163, requerendo a sua admissão como assistentes da augusta Assembléia Legislativa de São Paulo. O seu ilustre patrono, Dr. Dario de Almeida Magalhães, após assinalar a legitimidade da intervenção dos suplicantes, desenvolve argumentação no sentido de demonstrar que, em síntese: *a*) normas identicas ou análogas às incluídas no inciso V, do art. 58, da Constituição de São Paulo, são encontradas nas recentes Constituições de vários Estados do Brasil; *b*) a regra proibitiva da vinculação ou equiparação de vencimentos (arts. 96 e 106, da Carta Federal) não foi estatuída com caráter absoluto, pois são estabelecidas as exceções previstas nos arts. 73, § 3.º, 121, § 2.º, 136, § 4.º, e a que se lê no art. 139, parágrafo único, inserto na seção IX, referente ao Ministério Público, e que se enquadra no Capítulo relativo ao Poder Judiciário; *c*) a correlação ora atacada vigora desde a norma inserida no art. 61 da Constituição estadual de 9/7/47, de cuja interpretação pelo Supremo Tribunal Federal resultou a *Súmula* 43.

Mereceu deferimento o pedido de assistência fls. 197).

Por último, o Dr. Décio Miranda, eminente Procurador-Geral da República, apresentando em fiel resumo as razões da representação e as considerações aduzidas pela Assembléia Legislativa, emite o pronunciamento do teor seguinte:

"Tem por objeto a representação submeter à apreciação e julgamento do Eg. Supremo Tribunal Federal a argüição de inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Constituição do

Estado de São Paulo, promulgada em 13/5/67:

— art. 55, V;
— art. 58, V;
— 89, § 1.º;
— art. 92, II, letras *a* e *b*;
— art. 106, parágrafo único;
— art. 147;
— do Ato das Disposições Transitórias;
— art. 4.º, II;
— art. 10;
— art. 11;
— art. 12;
— art. 17;

2. Devidamente informada pela Assembléia Legislativa (fls. 121-145) e juntos memoriais do Tribunal de Contas do Estado (fls. 87-102) e da Associação dos Escreventes, Fiéis e Auxiliares de Cartório do Interior do Estado de São Paulo (fls. 107-116) bem como o pedido de assistência de membros do Ministério Público estadual (fôlhas 149-163), passa a Procuradoria-Geral da República a se pronunciar sôbre o mérito das argüições, como protestara fazer, fls. 12 *fine*:

Art. 55, V:

O texto é o seguinte, assinalada a parte impugnada:

"Art. 55. Compete aos Tribunais de Alçada:

.....

V — propor a Assembléia, *através do Tribunal de Justiça*, a criação e extinção de cargos de suas Secretarias e a fixação dos respectivos vencimentos".

A disposição contraria o art. 136, § 1.º, c/c o art. 110, II, da Constituição do Brasil.

Eis o que dispõe o último:

"Art. 110. Compete aos Tribunais:

.....

II — elaborar seus regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; *propor* (art. 59) *ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos.*"

A cláusula restritiva, "propor, através do Tribunal de Justiça", inserida, por outras palavras, no art. 53, III, da Constituição da Guanabara, foi declarada inconstitucional, na representação n. 746, julgada em 7/3/68.

Art. 58, V.

A exposição do Sr. Governador do Estado de São Paulo inquina de inconstitucional o dispositivo que reza:

"Art. 58. O Ministério Público será organizado em carreira, observados os seguintes princípios:

.....

V — vencimentos fixados com diferença não excedente a vinte por cento de uma para outra entrância, atribuindo-se aos de entrância mais elevada não menos de dois terços dos vencimentos dos desembargadores, guardando-se a mesma proporção estabelecida para os magistrados."

A nosso parecer, não é inconstitucional a referência a "vencimentos dos desembargadores".

A impugnação parte do argumento de que "o parágrafo único, do artigo 139, mandou aplicar o *princípio* (o grifo é da impugnação, fls. 16 *fine*) do art. 136, § 4.º, ao Ministério Público."

Mas o parágrafo único do art. 139 não manda aplicar *o princípio* do artigo 136, § 4.º. Determina, textualmente, se aplique o *disposto* no art. 136, § 4.º.

O disposto no § 4.º citado leva a que se tenha por base dos vencimentos da entrância mais elevada "não menos de dois terços dos vencimentos dos desembargadores."

Se o têrmo de comparação — vencimentos dos desembargadores — não regesse os vencimentos dos membros do Ministério Público de entrância mais elevada, não se estaria aplicando a êstes o *disposto* no § 4.º como estabelece o parágrafo único do art. 139.

A equiparação em causa não conflita com a proibição dos arts. 96 e 106 da Constituição do Brasil. É uma exceção não apenas admitida, mas imposta, pela própria Constituição.

Neste ponto, o parecer rejeita a argüida inconstitucionalidade.

Art. 89, § 1.º

Acolhendo impugnação do Tribunal de Justiça de São Paulo, é ainda o Sr. Governador do Estado de São Paulo quem suscita a inconstitucionalidade dêste preceito, que assim se inscreve na Constituição estadual:

"Art. 89. .....

§ 1.º Os Ministros do Tribunal de Contas serão nomeados pelo Governador, com a aprovação prévia da Assembléia, dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, de comprovada idoneidade moral, portadores de diploma de curso de nível universitário, com notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros, atuariais, contábeis ou administrativos, e terão os mesmos direitos, garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos desembargadores do Tribunal de Justiça."

Desdobra-se assim, a impugnação, em duas proposições, maior e menor:

a) nenhuma vinculação ou equiparação, em atenção aos arts. 96 e 106 da Constituição do Brasil;

b) equiparação ao Tribunal de Alçada, e não ao Tribunal de Justiça.

Quanto à primeira, a existência da equiparação no modêlo federal, do Tribunal de Contas da União ao Tribunal Federal de Recursos, art. 73, § 3.º, deixa visível que a Constituição estadual não desatendeu às proibições dos arts. 90 e 106 que só não admitem exceções em relação aos funcionários *strictus sensu.*

Quanto à segunda, é bem de ver que os Estados, têm relativa liberdade de organizar os seus Tribunais de Contas segundo a sua melhor conveniência, desde que não olvidados aquêles princípios básicos que conduzem à plena eficácia da fiscalização financeira e orçamentária. Sob êsse prisma, parece-nos digno da maior consideração o douto voto proferido pelo Sr. Ministro Aliomar Baleeiro na representação número 764, do Espírito Santo, julgada em 6/3/68.

Ora, uma vez seguido o modêlo federal pela instituição do Tribunal de Contas em sua figura tradicional, e sendo certo que a equiparação dos vencimentos dos seus membros aos de um Tribunal judiciário não conflita com as regras dos arts. 96 e 106 da Constituição Federal, segue-se que o dirigir-se essa equiparação ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal de Alçada é matéria que entra na discrição própria do constituinte estadual.

No modêlo federal, não se encontraria contra-indicação ao sistema adotado pela Constituição Paulista.

A vinculação, no plano estadual, Tribunal de Contas — Tribunal de Alçada estaria, certamente, em mais próxima harmonia com a vinculação Tribunal de Contas da União — Tribunal Federal de Recursos.

Mais daí não se segue que, no uso daquela relativa liberdade do constituinte estadual, não pudesse êste estabelecer a vinculação ao Tribunal de Justiça, solução que, de resto, no caso de São Paulo, vinha da Constituição estadual de 1947.

Nessas condições, a Procuradoria-Geral da República submete a argüição de inconstitucionalidade, pela sua indiscutível relevância, à consideração do eg. Supremo Tribunal Federal, opinando, todavia, pela sua improcedência.

6. *Art. 92, II, a e* b.

Assevera o Sr. Governador do Estado que é inconstitucional o inciso II, que assim se insere no art. 92 da Constituição estadual:

"Art. 92. O funcionalismo do Estado será organizado com observância dos princípios estabelecidos na Constituição do Brasil e atendimento dos seguintes requisitos:

.....

II — o candidato aprovado, mesmo que expirado o prazo de validade do concurso, será obrigatòriamente investido no cargo:

a) se a vacância ocorrer no prazo de validade do concurso;

b) se a vacância ocorrer em virtude de promoção que se devesse ser efetivada nos têrmos da lei, durante o prazo de validade do concurso;"

Decorre a inconstitucionalidade, diz o ilustre impugnante, "da obrigação de nomear, contrariando não só o dispositivo expresso da Constituição do Brasil, como também tôda a tradição do Direito Administrativo Brasileiro, consolidada em jurisprudência pacífica do eg. Supremo Tribunal Federal", fls. 18.

Teria razão o impugnante se o texto estivesse desprovido da cláusula "mesmo que expirando o prazo de validade do concurso."

O texto do inc. II, como está redigido, não nos parece estabelecer obrigatoriedade de preenchimento de cargos vagos em havendo candidatos habilitados, tão logo ocorram essas vagas. O Poder Executivo, atendendo às conveniências da Administração, e às condições do Tesouro, pode preencher ou não as vagas. Se, porém, procrastina o preenchimento para efetuá-lo após a expiração do prazo de validade do concurso, permanece o direito dos concursados ao aproveitamento. É ao que provê o texto.

É, pois, uma norma que apenas constitui garantia dos concursados contra expedientes evasivos da Administração, tendentes a deixar esgotar-se o prazo do concurso e logo após preencher as vagas com estranhos ao concurso, pelo sistema permitido no inciso II do mesmo art. 92, a saber:

"III — não havendo candidato habilitado em concurso, os cargos vagos, isolados ou de carreira, *poderão ser ocupados* sòmente no regime da legislação trabalhista, até o prazo máximo de dois anos, considerando-se findo o contrato após êsse período, vedada a recondução."

Em suma, entendido o inciso não como obrigação de nomear logo que a vaga ocorra, mas como impedimento ao desprêzo do direito do candidato por ocasião do preenchimento da vaga, parece-nos que o dispositivo não é inconstitucional, constituindo apenas uma garantia salutar dos concursados.

Art. 106, parágrafo único.

Porfia o Sr. Governador do Estado de São Paulo pela inconstitucionalidade do parágrafo único que se insere no artigo 106 da Constituição do Estado por esta forma:

"Art. 106. O Município de São Paulo e os que tiverem renda superior a cinco por cento da arrecadação dêste poderão ter regime administrativo especial e Tribunal de Contas próprio, na forma que a Lei Orgânica dos Municípios estabelecer.

Parágrafo único. O Tribunal de Contas compor-se-á de cinco membros nomeados pelo Prefeito, com a aprovação prévia da Câmara Municipal, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco anos de idade e comprovada idoneidade, diplomados em curso superior de ciências jurídicas, econômicas ou administrativas".

São estas as razões do Sr. Governador:

"Êste parágrafo único é inconstitucional, quando dispensa o concurso público de provas ou de provas e títulos, que a Constituição do Brasil passou a exigir para todos os cargos públicos (art. 95, § 1.º). Os Tribunais de Contas Municipais, como a Assembléia Legislativa os concebeu, são simples órgãos de auditoria. Não é, sequer, órgão jurisdicional. Nada julgam, nem decidem. Emitem parecer, tão-sòmente, sôbre as contas municipais, como está dito expressamente no § 1.º do art. 115 da Constituição do Estado. São, pois, ùnicamente órgãos opinativos, integrantes do sistema administrativo municipal de tomada de contas dos Prefeitos. Seus membros, serão, portanto, meros funcionários municipais, sem qualquer prerrogativa política ou judiciária. Como funcionários só poderão ingressar no serviço público através de concurso de provas *ou de provas e títulos*, como exige a Constituição do Brasil, sem qualquer exceção, para os cargos efeti-

vos, e como constava do Projeto do Executivo (documento 1, art. 103, parágrafo único) neste ponto emendado *inconstitucionalmente* pela Augusta Assembléia Legislativa.

Assim sendo, é de ser declarada a inconstitucionalidade do parágrafo único em exame, na parte que autoriza a nomeação de membro dos Tribunais de Contas municipais, com a simples "aprovação prévia da Câmara Municipal", sem concurso público, o que colide com a exigência do art. 95, § 1.º, da Constituição do Brasil. Suprimida essa forma inconstitucional de nomeação para cargo público, os membros dos Tribunais de Contas Municipais (que na realidade são meras auditorias) passarão a se sujeitar a concurso, como é a regra constitucional."

A Assembléia Legislativa propugna pela constitucionalidade do dispositivo, argumentando:

Art. 106, parágrafo único.

"A argüição de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 106 é totalmente improcedente. A afirmação de que os Tribunais de Contas municipais serão meros órgãos de auditoria não tem qualquer fundamento, pois a criação dos citados tribunais foi autorizada pelo art. 106, na forma que a Lei Orgânica dos municípios estabelecer. Como, pois, afirmar que tais órgãos serão meras auditorias? Como avaliar as atribuições de um órgão ainda não constituído? A representação incidiu no êrro de tomar a parte pelo todo, ao se referir ao § 1.º do art. 115 da Constituição do Estado. Lá está dito que o Prefeito da Capital e os dos demais municípios que tiverem Tribunais de Contas próprio, apresentarão suas contas a êste órgão, que as encaminhará, com parecer, no prazo de sessenta dias, à Câmara Municipal, para julgamento. Trata-se aqui de apenas uma das funções do Tribunal: dar parecer nas contas do Prefeito e encaminhá-las à Câmara. Idêntica atribuição possui o Tribunal de Contas do Estado com relação às contas do Governador (art. 90, I, *a*, Constituição do Estado). Declara o art. 108 da Constituição Estadual que a fiscalização financeira e orçamentária dos municípios será exercida pelo sistema estabelecido para o Estado. Assim, os Tribunais de Contas municipais terão tôdas as atribuições do Tribunal de Contas do Estado, respeitadas as peculiaridades locais. É bem de ver-se que um Tribunal de Contas para o município de São Paulo não poderá ser mera auditoria. A renda da Capital do Estado ultrapassa a arrecadação de vários Estados brasileiros, exigindo, portanto, um Tribunal de Contas com as mesmas atribuições do Tribunal de Contas do Estado. Por aí já se vê que os membros dos Tribunais de Contas municipais não podem ser equiparados a simples funcionários públicos a que se refere o § 1.º do art. 95 da Constituição Federal. Do mesmo modo que os membros do Tribunal de Contas do Estado não estão sujeitos a concurso, também para o provimento dos cargos de membros dos Tribunais de Contas municipais não é necessário concurso, por se tratar de situação excepcional. Não merece, pois, o legislador qualquer censura por haver dispensado o requisito do concurso para o provimento dos cargos em aprêço."

Parece-nos inconstitucional a nomeação de membros dos Tribunais de Contas de municípios pelo paradigma dos Tribunais de Contas da União e dos Estados.

Êstes *podem ter* (mas não obrigatòriamente, como sustentou o Senhor Ministro Aliomar Baleeiro no voto já referido) *disciplina comum* por fôrça do disposto no art. 71 c/c art. 13, IV, da Constituição Federal.

De referência aos municípios, a fiscalização orçamentária e financeira não está condicionada ao modêlo federal. Ao contrário, o essencial está reduzido a proporções bem mais modestas, ou seja, à "obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei estadual", art. 16, II, *a*.

Pode o constituinte estadual, atento às peculiaridades de certos municípios,

autorizá-los à criação de Tribunais de Contas. Êstes, porém, não se hão de revestir daqueles predicamentos excepcionais (modo de provimento e garantias de juízes) que, atribuídos aos membros dos Tribunais de Contas da União, se repetem, e assim mesmo não obrigatòriamente, em relação aos membros dos Tribunais de Contas dos Estados, pela consideração de que a fiscalização orçamentária e financeira de uma e outras entidades se regem pelo mesmo sistema, considerado em seu conjunto.

Já em relação aos municípios, se o sistema pode ser mais reduzido, mais simples, aquêle provimento por forma excepcional, aquêles predicamentos singulares, não se justificam.

Logo, a investidura dos membros dos Tribunais de Contas municipais não fica adstrita à forma adotada no âmbito federal e no estadual.

Recai no sistema comum dos funcionários públicos, como sustenta, a nosso ver com tôda procedência, o Sr. Governador do Estado de São Paulo.

Não colhe, *data venia*, o argumento da douta Assembléia, quando refere que, segundo o art. 108 da Constituição do Estado, a fiscalização financeira e orçamentária dos municípios será exercida pelo sistema atribuído para o Estado. É que o art. 108, citado, da Constituição estadual, ao assim dizer, acrescenta, "no que lhe fôr aplicável."

Atente-se, ainda, para uma diferença importante, em relação ao plano municipal. Alguns dos municípios, em relação aos quais a Constituição estadual autoriza a criação de Tribunais de Contas, poderão ter os Prefeitos nomeados pelo Presidente da República, e um dêles, o da Capital, terá o Prefeito nomeado pelo Governador do Estado, art. 16, § 1.º, da Constituição do Brasil. Veríamos, nesses casos, em última análise, escolhidos os membros dos Tribunais de Contas Municipais por delegados do Governador do Estado ou do Presidente da República, o que, a despeito da colaboração da Câmara Municipal, deixa evidenciado o distanciamento do sistema do plano municipal para o plano federal ou estadual.

Os Tribunais de Contas municipais, atentas essas circunstâncias, serão meras auditorias técnicas, embora sob a forma de colegiados, e a investidura nos respectivos cargos há de subordinar-se às regras que tocam aos funcionários públicos em geral.

O parecer é, pois, pela inconstitucionalidade.

8. *Art. 147.*

Seria inconstitucional, nos têrmos da exposição do Sr. Governador do Estado, o

"Art. 147. Consideram-se vigentes, com o caráter de lei ordinária, os artigos da Constituição promulgada em 9 de julho de 1947, que não contrariem esta Constituição."

Seria inconstitucional, diz o Sr. Governador, por criar lei ordinária sem possibilidade de sanção de veto pelo Executivo. Seria uma norma em branco, por absolutamente impossível saber quais as disposições que passaram a vigorar como leis ordinárias.

Replica a douta Assembléia, fls. 132, que, a rigor, o art. 147 seria dispensável, não por ser inconstitucional, mas por desnecessário, uma vez que os dispositivos da Constituição de 1947, não colidentes com a atual, vigorariam como lei ordinária, mesmo sem a ratificação do art. 147.

E cita, a propósito, a lição de Bilac Pinto (*Estudos de Direito Público*, p. 324), apoiada em Karl Schmidt e Pontes de Miranda.

Aqui, o parecer é pela constitucionalidade.

O art. 147 não legislou com supressão do poder de veto e da sanção do Executivo. A legislação preexistia.

Difícil, que seja, a identificação dos preceitos ressalvados, essa dificuldade ocorreria mesmo na ausência do artigo 147, que apenas repete princípio doutrinário geralmente aceito.

9. *Art. 4.º, II, do Ato das Disposições Transitórias.*

Dispõe o texto:

"Art. 4.º Serão votados ou adaptados a esta Constituição:

.....

II — dentro de um ano, o Estatuto dos Servidores Civis do Estado, o Código Judiciário, a Lei Orgânica das Autarquias e Entidades Paraestatais, a Lei Orgânica do Ministério Público, a Lei Orgânica da Polícia, o Código de Educação, a Lei de Oficialização de Cartórios e Serventias da Justiça e a Lei de Paridade dos Servidores."

Declara o Sr. Governador do Estado que "o inciso II, do art. 4.º, quando determina a oficialização dos Cartórios, conflita com o art. 60, inciso II, da Constituição do Brasil, que confere ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa das leis que aumentem despesa" e com o art. 60, inciso I, que lhe dá "a iniciativa também exclusiva das leis que dispõem sôbre matéria financeira". É óbvio, acrescenta, que a oficialização dos Cartórios acarretará despesas para o erário.

Improcede, a nosso ver, a argüição. Podia a Constituição, de logo, oficializar os cartórios. Diferir no tempo a oficialização não é suprimir prerrogativas do Executivo.

Ao contrário, admite o exercício delas, quando da elaboração da lei.

Nem é certo que, *a priori*, a oficialização corresponda a aumento de despesas, pois a absorção, pelo Estado, das custas e emolumentos que antes tocariam aos serventuários, pode compensá-las.

10. *Arts.* 10, 11, 12 e 17 *do Ato das Disposições Transitórias.*

Propugna ainda o Sr. Governador do Estado de São Paulo pela inconstitucionalidade dos arts., acima indicados, do Ato das Disposições Transitórias.

Vamos transcrever, a seguir, os textos criticados e as razões da impugnação.

"12. "Art. 10. Os extranumerários dos três podêres e entidades autárquicas, com mais de dois anos de contínuo e efetivo exercício no serviço público estadual, dispensados sem processo administrativo, em que lhes tenha sido assegurada ampla defesa, serão readmitidos e enquadrados nas disposições do artigo anterior, ressalvado o estabelecido no art. 173, da Constituição do Brasil."

Êste artigo é inconstitucional, primeiro porque invade atribuição privativa do Executivo, qual seja a readmissão de servidor (Constituição do Brasil, art. 83, n.º VI); segundo, porque torna *efetivos*, servidores sem concurso, o que contraria o art. 95, § 1.º, da Constituição do Brasil, que exige prévia aprovação em concurso; terceiro, porque faz retornar ao serviço público servidores dispensados a *qualquer tempo*, inclusive aquêles em relação aos quais já haja perecido qualquer direito contra a Fazenda Pública, pelo decurso de mais de cinco anos do seu desligamento do serviço público (Decreto federal n.º 20.910, de 6/1/32).

13. Art. 11. São reintegrados em seus cargos os servidores públicos, bem como os empregados de autarquias ou de sociedades sob contrôle acionário do Estado, ou das ferrovias, dispensados sem as formalidades legais, a partir de 1.º de abril de 1964, até a data da vigência dêste Ato."

Êste artigo é inconstitucional por vários motivos.

Em primeiro lugar, a *reintegração* só é admitida *por sentença*, conforme dispôs expressamente o art. 103, em seu parágrafo único, que reza: "Invalidada *por sentença* a demissão de funcionário, será êle reintegrado..." Ora, a lei estadual, ainda que de caráter constitucional, não pode modificar o instituto da reintegração, criado pela Constituição Federal, como ato judicial, mesmo porque todo o disposto na seção dos funcionários públicos é de aplicação obrigatória nos Estados e Municípios, como determina o art. 106, da mesma Constituição do Brasil. Logo, o supratranscrito art. 11 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado colide com o disposto nos ar-

tigos 103, parágrafo único, e 106 da Lei Magna Federal.

Outra inconstitucionalidade dêste indigitado art. 11 está em que determina mesma *reintegração* dos empregados de emprêsas e ferrovias, desde que o contrôle acionário seja do Estado. Ora, tais *emprêsas e ferrovias* são pessoas jurídicas de direito privado, e o seu pessoal está regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, lei federal que não pode ser modificada por norma estadual. A relação de trabalho, portanto, dêstes empregados, não se sujeita à Constituição do Estado, mas sim a Constituição Federal e à Consolidação das Leis do Trabalho. Sòmente essa legislação pode determinar e estabelecer o modo, e a forma de reintegração do pessoal dispensado por aquelas emprêsas e ferrovias. A disposição estadual em exame invadiu, nessa parte, a competência federal que é exclusiva para legislar sôbre direitos trabalhistas (Constituição do Brasil, art. 8.º, número XVII, *b*).

14. Art. 12. São revistos os atos punitivos contra os servidores públicos, expedidos com base em sindicância sumária, entre 9 de abril e 9 de outubro de 1964, assegurando-se-lhes a reintegração no respectivo cargo ou função idêntica, desde que, em processo regular, se apure não lhes ter sido assegurado o direito de ampla defesa ou a inobservância das formalidades legais." Êste artigo, como está redigido, é inconstitucional.

A expressão inicial "São revistos..." indica que a revisão é automática, pela Administração. No corpo do artigo está dito que esta revisão administrativa é para fins de *reintegração*. Ora, a reintegração funcional, como já vimos ao argüir a inconstitucionalidade do artigo 11, só pode ser feita por *decisão judicial*. A lei estadual não pode impor ao Judiciário uma revisão de ofício, porque êste Poder não atua sem provocação da parte, em matéria civil. Além disso, como disposição de natureza processual não é da competência estadual, mas sim federal (Constituição do Brasil, art. 8.º, n.º XVII, *b*). Conclui-se, portanto, que se a revisão é administrativa, não tem condão de operar a *reintegração;* se é judicial, não pode ser imposta ao Poder Judiciário, por mandamento estadual, por ser matéria de direito processual reservada à União. Por qualquer ângulo que se examine êste dispositivo, o seu conteúdo se revela inconstitucional.

Além disso, a revisão dos atos praticados com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares, está expressamente excluída da apreciação judicial e é impraticável administrativamente, nos expressos têrmos do art. 173, n.º I, da Constituição do Brasil, o que impede que a Constituição estadual disponha em sentido contrário.

15. "Art. 17. São cancelados os débitos fiscais, ajuizados ou não, provenientes da incidência, na exportação de produtos hortifrutícolas, dos tributos extintos por fôrça da reforma do sistema tributário brasileiro, operada pela Emenda Constitucional n.º 18, de 1.º de dezembro de 1965."

Êste artigo é inconstitucional porque cria uma desigualdade perante a lei, entre contribuintes devedores do fisco, o que contraria o princípio de isonomia firmada, sem exceção no art. 150, § 1.º, da Constituição do Brasil, que é repetição do disposto no art. 141, § 1.º, da Constituição Federal de 1946.

Como se verifica, houve a concessão de um favor fiscal, ou seja, concessão de anistia fiscal, que visa ao seguinte: *a*) débitos fiscais ainda não liquidados, decorrentes de transações com produtos hortifrutícolas; *b*) apenas as transações de exportação, ou seja, com produtos daquela natureza destinados ao exterior.

Êsse dispositivo é duplamente inconstitucional, conforme se passa a demonstrar. Como é expresso no dispositivo em exame, a anistia fiscal só poderá beneficiar os casos em que a incidência se deu *na exportação* de produtos hortifrutícolas, ou seja, só aquelas opera-

ções com produtos dessa natureza, destinados a outros países.

Conforme se verifica, o benefício fiscal não visa a tôdas as transações com produtos hortifrutícolas, mas sòmente aquelas que destinavam o produto ao exterior.

Assim, portanto, é exclusivamente a *diferença de destino* que qualifica a operação para gozar do benefício, estabelecendo-se nítida diferença de tratamento entre as operações com os mesmos produtos destinadas ao mercado interno e ao exterior.

Ora, a Constituição do Brasil dispõe expressamente que é vedada aos "Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estabelecer diferença tributária entre bens de qualquer natureza, em razão da sua procedência ou do seu destino" (art. 21, n.º III).

Aí está a proibição expressa do tratamento fiscal diferente em razão do destino dos bens. E, como é óbvio, a diferença tributária tanto pode ser verrificada na hora de exigir o tributo quanto no momento de cancelar débitos tributários. De fato, o cancelamento de débito que atinja apenas a determinados contribuintes equivale à diferença na imposição, pois conduz ao mesmo resultado.

Além disso o dispositivo em exame estabelece nítida discriminação de tratamento legal, criando privilégios que ferem as exigências de igualdade tributária e de igualdade de todos perante a lei, ofendendo, pois, tanto o art. 21, III, quanto o art. 150, § 1.º.

De fato, o referido art. 17 só concede o benefício fiscal a transações destinadas ao exterior, e, o que é mais grave, sòmente aos devedores relapsos, àqueles que deveriam ter pago os tributos e não o fizeram. As pessoas que tiverem efetuado exportações de produtos hortifrutícolas e que houverem pago os impostos devidos ficarão desigualmente oneradas, em face de outras que realizaram operações exatamente iguais e que não pagaram nem pagarão os tributos. Como se vê, além de flagrantemente inconstitucional, o dispositivo consagra uma iniqüidade.

Considere-se, ademais, que também foi ferido o disposto no art. 150, § 3.º, da Constituição do Brasil, que impede à lei prejudicar o direito adquirido. Realmente, o Estado, como pessoa jurídica, já adquirira o direito aos créditos que o dispositivo da Constituição estadual pretende anular. Não se pode perder de vista que o Estado, enquanto pessoa jurídica, é sujeito de direitos e obrigações, o que representa, afinal uma garantia de eliminação de arbítrio, dando aos indivíduos, em última análise, a certeza e a segurança do Direito."

Em relação a êsses dispositivos, isto é, aos arts. 10, 11, 12 e 17 do Ato das Disposições Transitórias, procedem, a nosso ver, muitas das increpações feitas.

Abstemo-nos de analisá-las uma a uma porque em relação a êsses dispositivos uma razão de ordem geral, que a todos atinge, denuncia a sua incompatibilidade com a Carta Federal.

Referimo-nos ao art. 188 da Constituição do Brasil, que autorizou a reforma das Cartas estaduais nestes têrmos:

"Art. 188. Os Estados reformarão suas Constituições dentro em sessenta dias, para adaptá-las, no que couber, às normas desta Constituição, as quais, findo êsse prazo, considerar-se-ão incorporadas automàticamente às Cartas estaduais."

Ora, os dispositivos assinalados não constituem mera adaptação da Constituição estadual ao nôvo modêlo federal.

Nesse trabalho de adaptação, não era possível, sob color de resolver situações transitórias, criarem-se normas que seriam incompatíveis tanto com a Constituição anterior quanto com a nova Constituição.

O art. 188 da Constituição do Brasil não deixou ao constituinte estadual um vácuo entre as duas Constituições, dentro do qual lhe seria lícito contra-

riar, de *fond en comble*, as normas quer de um, quer de outro Estatuto.

Assim, de referência ao art. 10, os extranumerários, de que cuida, eram demissíveis ao nuto da Administração, num e noutro regime (hoje, art. 99 e § 1.º). E o artigo inquinado, com a cláusula "serão... enquadrados nas disposições do artigo anterior", os estabiliza, pois o artigo anterior, 9.º, trata de funcionários estáveis.

No art. 11, além de se concederem reintegrações que só o Judiciário poderia apreciar, invade-se a competência do legislador federal, em relação a empregados de sociedades de economia mista, regidos pela legislação trabalhista. Também isto não é obra de adaptação da Constituição estadual à federal.

O art. 12 ofende frontalmente o artigo 173 da Constituição do Brasil. Quando o caso fôr de inobservância das formalidades dos atos aprovados pelo art. 173, a competência para apurá-la será do Poder Judiciário. Mais uma fuga aos limites do poder de adaptar.

Também quanto ao art. 17, além de todos os aspectos focalizados na impugnação do Sr. Governador, sobressai a incompatibilidade da norma com o mero poder de adaptar. A Constituição do Brasil, nas Disposições Gerais e Transitórias não contém qualquer disposição cancelando ou perdoando dívidas fiscais.

CONCLUSÃO

11. Das impugnações feitas pelo Sr. Governador do Estado de São Paulo, o Procurador-Geral faz sua a argüição de inconstitucionalidade quanto aos seguintes textos:

— art. 55, V: cláusula "através do Tribunal de Justiça";

— art. 106, parágrafo único: todo o parágrafo;

— arts. 10, 11, 12 e 17 do Ato das Disposições Transitórias: o texto integral dos artigos.

Submete ao Tribunal, dada a sua relevância, mas com parecer contrário, a argüição de inconstitucionalidade do:

— art. 89, § 1.º: cláusula "e terão os mesmos direitos, garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos *desembargadores do Tribunal de Justiça*".

Rejeita o pedido de representação, encaminhando-o, não obstante, à consideração do eg. Tribunal, no que toca aos textos seguintes:

— art. 58, V: cláusula "não menos de dois terços dos vencimentos dos *desembargadores*";

— art. 92, II, *a* e *b*: todo o inciso II.

— art. 147: todo o artigo;

— art. 4.º, II, do Ato das Disposições Transitórias: cláusula "a lei de Oficialização de Cartórios e Serventias da Justiça."

Dêste relatório sejam distribuídas cópias aos eminentes Ministros (art. 4.º da Lei n.º 4.337, de 1/6/64).

Brasília, 27 de maio de 1968. — Ministro *Djaci Falcão*.

VOTO

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — A Carta Política de 1967, embora mantendo o regime federativo, deu maior relêvo à competência da União (ver art. 8.º, na sua inteireza, art. 10, inciso V, alínea *c*, dentre outros). Por outro lado, procurou fortalecer o Poder Executivo, de modo particular, no processo legislativo, quanto à matéria de iniciativa exclusiva e a limitação do direito de emenda (art. 60).

Para que as Constituições dos Estados fôssem adaptadas às suas diretrizes inseriu o seguinte mandamento:

"Art. 188. Os Estados reformarão suas Constituições dentro em sessenta dias, para adaptá-las, no que couber, às normas desta Constituição, as quais, findo êsse prazo, considerar-se-ão incorporadas automàticamente às Cartas estaduais."

Portanto, determinou reforma das Constituições estaduais, para adaptação, no que couber, às suas normas, em

prazo certo e fatal. E, à vista da necessidade de complementar o citado artigo, foi baixado o Decreto-lei n.º 216, de 27/2/67, em cujo art. 1.º está expresso:

"Art. 1.º A reforma das Constituições dos Estados, para atender ao disposto no art. 188 da Constituição do Brasil promulgada a 24 de janeiro de 1967, consiste primordialmente na modificação do respectivo texto, no que, implícita ou explìcitamente, tiver sido alterado ou fôr incompatível com as disposições constitucionais federais."

Rezando o seu parágrafo único:

"Parágrafo único. As normas da Constituição Federal que, sendo aplicáveis, não forem observadas na reforma da Constituição do Estado, consideram-se a ela automàticamente incorporadas, nos têrmos do art. 188 da Constituição Federal.

Além disso, o decreto-lei disciplinador da execução do art. 188 conferiu aos Governadores dos Estados a iniciativa do projeto de adaptação (art. 2.º), estabelecendo, outrossim, a faculdade do oferecimento de representação, dentro em sessenta dias, com efeito suspensivo, quanto à vigência das disposições impugnadas (art. 3.º e parágrafo único).

É oportuno ressaltar que o poder ordinário de emenda das Cartas Políticas estaduais, por elas disciplinadas (por exemplo, nos arts. 136 a 139 da Constituição paulista de 1947, e artigos 19 e 20 da Carta atualizada), evidentemente não foi abolido. O Poder constituinte ordinário decorre da própria Constituição. Contudo, *in casu*, cuida-se de um processo de reforma para efeito de adaptação ao ordenamento constitucional maior. De modo que as regras, objeto da reforma, votadas pelas Assembléias Legislativas devem ser aquelas que, explícita ou implìcitamente, sofreram alterações, ou já não são compatíveis com os novos ditames constitucionais. Não se deve perder de vista, porém, o disposto no artigo 1.º do Decreto-lei n.º 216, onde está dito que a reforma "consiste primordialmente na modificação do respectivo texto". Daí, a acertada exegese que lhe empresta, em parecer, o Professor Caio Tácito:

"O critério assim estabelecido tem, contudo, a latitude necessária a respeitar o discernimento das Assembléias Legislativas no tocante às disposições passíveis de reforma, ou de aditamento, como veículo de ajustamento entre o recente sistema federal e as Constituições estaduais modeladas à luz da precedente Constituição de 1946.

Daí o elastério contido no art. 1.º do Decreto-lei n.º 216, definindo o conteúdo da reforma adaptativa especial.

Manda considerar as alterações e incompatibilidades explícitas ou implícitas com as novas disposições federais e declara ser êste primordialmente o enderêço das modificações do texto das Constituições estaduais.

Primordialmente — e não exclusivamente ou ùnicamente — como a caracterizar que as peculiaridades locais poderiam sugerir à discrição do constituinte local outras medidas derivadas das transformações institucionais oriundas da Carta Política de 1967".

Na verdade, a tarefa da adaptação ao modêlo federal, que não é tão fácil, há de atentar não só para aquelas alterações palpáveis ao primeiro exame, mas, igualmente, para as inovações decorrentes da estrutura adotada na Lei *Mater* (como, por exemplo, a maior expressão dada à competência federal sôbre as locais e o fortalecimento do Executivo).

VOTO

(Inciso V do art. 55)

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — O primeiro dispositivo argüido de ilegítimo, ante a Lei Magna, guarda o seguinte teor:

"Art. 55. Compete aos Tribunais de Alçada:

.....

"V — propor à Assembléia, através do Tribunal de Justiça, a criação e ex-

tinção de cargos de suas Secretarias e a fixação dos respectivos vencimentos".

Afigura-se-me clara a sua inconformidade com a função de govêrno reservado aos Tribunais (CASTRO NUNES, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, p. 113), no art. 110, inc. II, da Carta Política de 1967, que assim dispõe:

"Art. 110. Compete aos Tribunais:

.....

"II — elaborar seus regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; propor (art. 59) ao Poder Legislativo a criação ou extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos."

O texto encerra exceção à iniciativa das leis, em regra, da competência do Poder Legislativo, visando prestigiar a autonomia dos Tribunais de segunda instância, como órgãos representativos do Poder Judiciário. O artigo 55, no seu inc. V, colide com a prerrogativa assegurada pelo art. 110, inc. II, da Carta Federal, extensiva aos Tribunais dos Estados, por fôrça do disposto no seu art. 136, *caput*. O fato de operar-se a criação do Tribunal de Alçada mediante proposta do Tribunal de Justiça, órgão diretamente criado pela Constituição, não vem descaracterizar a sua categoria de Tribunal inferior de segunda instância, com jurisdição em todo o território do Estado. Por isso, tenho como induvidosa a sua competência para propor, diretamente, à Assembléia Legislativa, a criação e extinção de cargos de sua Secretaria e a fixação dos respectivos vencimentos.

O vínculo de subordinação expresso nas palavras "através do Tribunal de Justiça", por restringir a autonomia dos Tribunais de Alçada, é de meridiana inconstitucionalidade. Aliás, esta Côrte já fulminou texto de igual conteúdo, inserido sob outra roupagem, no art. 53, inc. III, da Constituição do Estado da Guanabara, ao julgar a 7 de março último, a Representação n.º 746, relatada pelo eminente Ministro Gonçalves de Oliveira.

Dou, assim, pela inconstitucionalidade da locução "através do Tribunal de Justiça" inserta no inc. V, do art. 55, da Constituição do Estado de São Paulo.

VOTO

O Sr. Ministro Themistocles Cavalcanti — Sr. Presidente, fui vencido na representação do Estado da Guanabara, mas, vencido, fiquei em minoria. Acho que não há subordinação. O Tribunal entendeu de outra maneira.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — V. Exa., ao que me parece, fêz apenas algumas restrições, mas acabou concluindo pela inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso — O voto discrepante foi meu.

VOTO

(Inciso V do art. 58)

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — A seguir, pelo Sr. Governador do Estado é acoimado de inconstitucional o art. 58, *verbis*:

"O Ministério Público será organizado em carreira, observados os seguintes princípios:

.....

"V — vencimentos fixados com diferença não excedente a vinte por cento de uma para outra entrância, atribuindo-se aos de entrância mais elevada não menos de dois terços dos vencimentos dos desembargadores, guardando-se a mesma proporção estabelecida para os magistrados".

Entende que o texto contravém à Constituição Federal porque:

"A regra, na Constituição do Brasil, é a não vinculação de uma carreira a outra, e a proibição de equiparação de vencimentos (arts. 96 e 106). O parágrafo único, do art. 139, mandou aplicar o *princípio* do art. 136, § 4.º, ao Ministério Público. Vale dizer que a equiparação não é de vencimentos, mas sim de *sistema* de fixação de vencimentos. O que prevaleee é o *mesmo critério*, e não *os mesmos vencimentos*, en-

tre a Magistratura e o Ministério Público. Assim sendo, não poderia a Constituição do Estado equiparar os vencimentos dos Procuradores de Justiça aos dos Desembargadores do Tribunal de Justiça. O indigitado inc. V, do art. 58, em exame, é inconstitucional na parte que tomou os "vencimentos dos Desembargadores" para base do vencimento dos Promotores. Onde está escrito *Desembargadores*, só poderá ser *Procuradores de Justiça*. O vencimento dos Procuradores é que servirá de índice para o vencimento dos Procuradores de Justiça."

Consoante ficou explícito no relatório, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República inclinou-se pela legitimidade do inciso impugnado.

Sem necessidade de, através do método cronológico, penetrar na antiga Grécia, e entre os romanos, para sentir o cenário evolutivo do Ministério Público, esboçado então como "a língua e os olhos do rei"; sem volver o pensamento mesmo para a Ordenança de 1670, quando na França se operou o lançamento da estrutura do processo público, em substituição ao sistema de ação privada, com reflexos em outros países; bastando um rápido retrospecto da sua história entre nós, no Brasil Colonial com a criação a 7 de março de 1609, do Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco e o Promotor da Justiça, sem maiores atribuições, na fase monárquica com o aviso de 16 de janeiro de 1838, já se afirmando como fiscal da lei; e, sobremodo, na fase republicana, quando lhe foi reservada maior largueza de ação, através de uma seqüência de disposições legais, bem se pode aquilatar o desenvolvimento e a utilidade dessa instituição (órgão de defesa da sociedade e da lei).

Na sua vária e múltipla atividade sente-se a complexidade funcional e a magnitude do Ministério Público. Em resumo feliz, Figueira de Melo assim descreve a sua dimensão:

"É muito extenso o campo de ação do Ministério Público, na sua tríplice missão de promover, assistir e opinar, dentro das atribuições específicas de cada um dos seus órgãos. Desde a atividade que desempenha como o promotor da ação penal pública, até a sua intervenção em assuntos da mais alta relevância, como por exemplo no processo eleitoral, pelas suas conseqüências e pelo bom senso que há de orientar os seus pronunciamentos, o Ministério Público é chamado a opinar em todos os setores judiciários onde se encontre em jôgo o interêsse social, cuja defesa lhe é cometida pela lei, com reflexos na própria organização do Estado e na preservação do regime democrático em que vive (1).

Atuando perante a chamada Justiça comum, agindo junto ao mais alto Tribunal do País, o Supremo Tribunal Federal, como Ministério Público Federal, bem se acentua a importância de sua missão e a necessidade do seu pronunciamento, que não pode ser negado nos casos em que a lei o determine, sob pena de nulidade do ato ou do julgamento (2).

Entretanto não termina aí a atividade do Ministério Público: êle está presente na Justiça Militar, promovendo, assistindo e opinando sem subordinação de classe ou hierárquica, pugnando pelo respeito à lei ante os tribunais militares (3).

Agindo na Justiça do Trabalho, conhecendo dos respeitáveis interêsses que surgem dos conflitos entre o capital e o trabalho, neste setor a atividade do Ministério Público é de imensurável valor, pois a sua sensibilidade há de estar voltada para os delicados problemas do Direito Social, pelos seus reflexos em tôda a organização estatal.

O papel do Ministério Público junto à Justiça do Trabalho é de extrema complexidade, principalmente nesta hora em que as classes trabalhadoras estão compenetradas da sua alta significação no desenvolvimento e no progresso da sociedade moderna, ciosas dos seus direitos.

Como poder fiscalizador, na solução dos litígios entre empregadores e empregados, o Ministério Público há de ter o seu pensamento sempre voltado para o trabalho de consolidação da paz social, obtida pelo equilíbrio entre aquelas duas fôrças — capital e trabalho, com obediência aos preceitos constitucionais e legais (4).

Outro setor onde a ação do Ministério Público, também, há de ser compreendida e exercitada em atenção aos relevantes problemas que lhe serão submetidos, é o da Justiça Eleitoral. Como fiscal da lei ante êste setor judiciário, a sua atividade se exercerá com base numa intransigente fiscalização no sentido de ser respeitada a lei, assegurada a vontade popular manifesta em obediência a ela. Conforme a atividade do Ministério Público na Justiça Eleitoral, pela sua direta interferência com a manifestação do voto popular, o seu prestígio perante a sociedade, perante o povo, se afirmará cada vez mais ou êle se desmerecerá ante a opinião pública, se agir com parcialismo, tornando-se sectário ou faccioso, provocando uma reação de desrespeito à Justiça, situação que o Ministério Público batalhará para que não ocorra, pois nenhum povo será mais infeliz do que aquêle que não puder confiar nos seus juízes, nos seus Tribunais, sob a égide da Lei e da Justiça (5)" (*Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 33/228 e 229).

Enquanto a Constituição de 1891 deixou de conceder uma disciplinação específica sôbre o Ministério Público, referindo-se, tão-só, ao Procurador-Geral da República (§ 2.º do art. 58), a Carta Política de 1934 dêle cuidou (artigos 95 a 98), assegurando-lhe garantias básicas, segundo se lê no § 3.º, do art. 95 *verbis*:

"Os membros do Ministério Público criados por lei federal e que sirvam nos juízos comuns serão nomeados mediante concurso e só perderão os cargos, nos têrmos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes será assegurado ampla defesa."

Princípio a ser observado também pelo legislador estadual, consoante o mandamento expresso no art. 7.º, inc. I, letra *e*, do invocado diploma.

A seu turno, o constituinte de 1946 acrescentou a irremovibilidade, salvo representação motivada do Chefe do Ministério Público, com base em conveniência do serviço (art. 127); instituindo o princípio de promoção de entrância a entrância (art. 128). Daí sobressai a preocupação do legislador constituinte, a partir de 1934, em criar condições de independência para o exercício das funções do Ministério Público, que crescem dia a dia, à proporção que se ampliam as funções protetivas do Estado.

Por último, o Estatuto Político de 1967, mantendo a organização e as garantias que fortalecem a atuação do Ministério Público (ver § 1.º, do artigo 138), estabeleceu no parágrafo único do seu art. 139:

"Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art. 108, § 1.º, e o art. 136, § 4.º."

Ao determinar a aplicação do § 1.º, do art. 108, o constituinte assegurou a aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade ou por invalidez comprovada, e facultativa após trinta anos de serviço público, sempre com vencimentos integrais.

Houve inovação parcial, eis que pela Constituição de 1946, aos membros do Ministério Público aplicavam-se as normas disciplinadoras da aposentadoria dos funcionários públicos (art. 191 e seus parágrafos). Conferiu-se-lhes, agora, situação idêntica à dos juízes.

No mesmo parágrafo manda-se aplicar o disposto no art. 136, § 4.º, que reza:

"Os vencimentos dos juízes serão fixados com diferença não excedente a vinte por cento de uma para outra entrância, atribuindo-se aos de entrância mais elevada não menos de dois terços dos vencimentos dos desembargadores".

O intérprete sente nestas remissões expressas no parágrafo único, do artigo 139, a intenção de propiciar tratamento condigno, quer no exercício do seu mister, seja ao passar à inatividade, a esta categoria especial de servidor público que funciona junto aos juízes e tribunais.

Conquanto exerça atos de promoção perante o Poder Judiciário, e apesar de situar-se na vigente Constituição do Brasil, no Capítulo que trata do Poder Judiciário (Cap. VIII, Seção IX), verdadeiramente não integra êste Poder. Não é órgão judiciário. Desfruta, sim, uma posição especial, que o diferencia do funcionalismo comum.

Não padece dúvida de que, com acêrto, a nova Carta Magna vedou "vinculação ou equiparação de qualquer antureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público" (arts. 96 e 106). É de convir, no entanto, que o princípio não guarda caráter absoluto, desde que estabeleceu exceções, equiparando os vencimentos dos Ministros do Tribunal de Contas aos dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos (§3.º do art. 73); dos Ministros do Superior Tribunal Militar aos dos Ministros dos Tribunais Federais de Recursos (§ 2.º do art. 121); e, vinculando, de modo proporcional, os vencimentos dos juízes vitalícios aos dos desembargadores (§ 4.º do art. 136).

De igual modo, o mesmo diploma mandou aplicar, aos membros do Ministério Público, o disposto no art. 136, § 4.º. Não me parece de maior acêrto a interpretação de que o legislador mandou aplicar o anterior princípio aí consubstanciado. Se esta fôsse, na verdade, a sua intenção, por certo não teria empregado o vocábulo disposto, a significar exatamente "aquilo que se preceituou" (CALDAS AULETE, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguêsa*, 2.ª edição brasileira).

Daí o escólio oferecido pelo Prof. Ruy Cirne Lima, em parecer trazido pelos assistentes, onde põe em realce:

"O que prescreve o art. 139, parágrafo único da Constituição, é a "aplicação", aos membros do Ministério Público, do "disposto" naqueles outros dois preceitos da mesma Constituição (refere-se aos arts. 108, § 1.º, e 136, § 4.º). Diversamente, no art. 13, determina-se aos Estados que, em suas Constituições e leis, "respeitem" os "princípios", estabelecidos no texto federal. Aqui, e especìficamente, o mandamento é a "aplicação" aos membros do Ministério Público, do que se dispõe no art. 108, § 1.º, e no art. 136, § 4.º".

O intérprete há de considerar, ainda, que a regra inserida no parágrafo único, do art. 139, da Constituição de 1967, resultou de emenda que objetivou prestigiar a instituição do Ministério Público; dando aos seus membros um tratamento distinto, também em matéria de estipêndio, de modo a afastá-los do nível de tratamento genérico do pessoal do serviço público. Tratamento semelhante foi dispensado aos membros do Ministério Público, pelo constituinte local desde 1947. Com efeito, rezava a Carta paulista promulgada a 9 de julho de 1947:

"Art. 61. Os vencimentos dos membros do Ministério Público de primeira instância serão iguais aos dos juízes das respectivas entrâncias, vedada a percepção de custas, emolumentos ou percentagens."

"Parágrafo único. Os de segunda instância terão dez por cento a mais que os da entrância mais elevada de primeira instância."

É de se atentar, aí, não só para a proibição da percepção de custas, emolumentos ou percentagens, mas também para a vedação do exercício da advocacia (art. 60). Aliás, o preceito do art. 61 trazido à consideração do Supremo Tribunal Federal, sob argüição de inconstitucionalidade, foi julgado legítimo (recurso extraordinário n.º 48.067 — São Paulo, Relator, Senhor Ministro Luiz Gallotti, julgado a 29/6/62, *Ementário* n.º 226).

Por certo o disposto na Lei Magna não constitua regra de plena justiça, em face da maior relevância da função judicante. No entanto, foge ao nosso mister julgar o conteúdo de justiça das normas legais.

De todo o exposto não vejo como concluir no sentido de que a regra impugnada se contraponha às cláusulas editadas nos arts. 96 e 106 da Constituição do Brasil. Tenho-a como válida.

VOTO

(Sôbre o art. 58)

O Sr. Ministro Amaral Santos — Sr. Presidente, fiz parte de uma comissão designada pela Ordem, Instituto e Associação dos Advogados de São Paulo, e pelo Govêrno do Estado, para elaborar projeto de nova Constituição estadual. Como membro dessa Comissão, não acolhi a pretensão dos membros do Ministério Público de obterem a vinculação a seguir estabelecida na Constituição de São Paulo. Não a acolhi por entender que não era da conveniência da magistratura paulista. A magistratura paulista estava sofrendo profundamente com essa elevação excessiva do Ministério Público: vantagens maiores para o Ministério Público, com o conseqüente desprestígio da magistratura.

Na verdade, não vejo manifesta inconstitucionalidade no texto paulista; quero, entretanto, fazer ressaltar que é preciso ter em conta que os órgãos do Ministério Público não são órgãos do Poder Judiciário. Essa instituição não se integra no Poder Judiciário.

É o que eu ensinava aos meus alunos, e faço questão de esclarecer. Conquanto o Ministério Público funcione junto ao Poder Judiciário, não faz parte dêle; trata-se de uma instituição que ocupa lugar especial na administração pública, dentro da qual conserva autonomia, sem a qual não prestaria os serviços que lhe são atribuídos com a necessária independência. Assim, os membros do Ministério Público são funcionários da Administração Pública, mas funcionários que dos demais se distinguem, por sua independência funcional.

Dou pela constitucionalidade do dispositivo.

VOTO

(Sôbre o art. 58)

O Sr. Ministro Themistocles Cavalcanti — Sr. Presidente, considero mafestamente constitucional o dispositivo que transplanta para a Constituição estadual um dispositivo da Constituição Federal que não é feliz quanto à sua redação; como muitos outros dispositivos da Constituição de 67, é redigido apressadamente, inclusive omisso, e se refere ao Ministério Público Estadual, omitindo o Ministério Público Federal. É, como se vê, um dispositivo que tem os seus defeitos mas, incontestàvelmente, não pode ser argüido de inconstitucional.

Estou de acôrdo com o eminente Relator.

VOTO

(Sôbre o art. 58)

O Sr. Ministro Carlos Thompson Flores — Sr. Presidente. Como o eminente Relator, rejeito a inconstitucionalidade argüida.

S. Exa., em seu erudito e brilhante voto, fêz completo estudo do Ministério Público, em sua caminhada no tempo.

Mostrou como a Instituição vem prosperando, aperfeiçoando-se, marcando sua posição na Sociedade.

Através de disposições constitucionais vem ampliando suas atribuições e assegurando a seus membros garantias as mais expressivas. Diz-se em busca de uma *equiparação* aos membros do Poder Judiciário, por ser também uma Magistratura.

O projeto da Constituição de 1967, situando o Ministério Público no Capítulo do Poder Judiciário, teve em vista aproximação maior das garantias dos membros da Instituição às dos Juízes.

Sucedeu, entanto, que a emenda introduzida na Comissão do Congresso, e ao que se sabe, de iniciativa do Deputado Aniz Brada, originando o artigo 139 e seu parágrafo único, antes de alcançar a equiparação pretendida, foi além. Superou a posição dos juízes, daqueles aos quais se buscava nivelamento.

Para mim, não se fazia mister a repetição da norma em texto local. A prerrogativa defluiria, por direito próprio, do advento da Constituição Federal, tão precisa o foi, ao cuidar do Ministério Público estadual.

Não seria aqui, nem através dêste julgamento, o momento oportuno para examinar das repercussões que estão vindo e que se irão projetar, por fôrça dessa superação.

Juiz de carreira durante tôda a minha vida, por quase sete lustros de constante atividade, percorrendo todos os degraus da judicatura, não posso silenciar, entanto, ante a posição a que ficaram relegados os magistrados.

Estimulam-se os integrantes do Ministério Público, o que me parece da maior conveniência. Dê-se, porém, ao juiz a distinção merecida, como membro de Poder que, em realidade, o é. Não como deferência à sua pessoa, privilégio que não deve ter, mas como garantia da função que exerce.

Nem se poderia admitir *equiparação*, quando tantas e tão amplas são as *vedações* aos juízes, nos têrmos do artigo 109 e seus incisos, da Constituição Federal, e esquecidas, entretanto, limitações ou restrições aos integrantes do Ministério Público; os quais, livres e, ademais, aquinhoados com percentagens e vantagens outras, se apresentam em situação superior aos juízes, perante os quais requerem...

Amarga há de ser a experiência que o princípio proporciona. Se os claros da magistratura já não se preenchiam em Estados como o Rio Grande do Sul, Minas Gerais e outros, gerando séria crise na distribuição da justiça em primeira instância, ocasionando verdadeira denegação de Justiça, quando melhor era a posição disputada pelos juízes, — o que se poderá agora esperar, quando decaíram êles, não dos seus encargos, dos seus deveres, das dificuldades sempre crescentes na distribuição de Justiça, mas das vantagens, em cotejo com os integrantes do Ministério Público.

Confio, Sr. Presidente, que os demais Podêres da República, tão interessados como nós Juízes desta Excelsa Côrte, na aplicação do princípio constitucional da harmonia, da compreensão, no equilíbrio que entre êles deve reinar, não ficarão indiferentes a tão grave quão injusta situação, apresentadas nesse ligeiro bosquejo, e ofereçam em sua alta sabedoria, pronta e eficaz solução.

Acompanho o voto do eminente Relator, desprezo a inconstitucionalidade argüida.

VOTO

(Sôbre o art. 58)

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso — Sr. Presidente, os princípios fixados nos arts. 96 e 106, da Constituição, no meu entender, só admitem as exceções claras estabelecidas nos casos dos Ministros do Tribunal de Contas e do Supremo Tribunal Federal. Participei da elaboração da Constituição de 1967 e sei que em relação ao Ministério Público textos mais decisivos de vinculação do que êsse do art. 55, item V, da Constituição paulista, foram rejeitados. No entanto, na hipótese sob exame, tenho de convir que o texto do parágrafo único do art. 139 traz pelo menos, dúvida sôbre a alegada constitucionalidade do art. 55, item V, da Constituição de São Paulo.

Na dúvida, a inconstitucionalidade não é de pronunciar-se. Acompanho o Sr. Ministro Relator.

VOTO

(Sôbre o art. 58)

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Sr. Presidente, entendo que os artigos 96 e 106 da Constituição Federal, quando vedam vinculação ou equiparação, de qualquer natureza, para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público, não se estendem senão a êste pessoal, considerado estritamente. E tanto assom que o art. 73, § 3.º, e o art. 121, § 2.º, prescrevem equiparação de vencimentos, dos Ministros do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal Militar, aos dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos. Robora êsse entendimento o art. 136, § 4.º, que, com referência a juízes vitalícios, na Justiça dos Estados, estabelece vinculação, de entrância para entrância e, por fim, em confronto com os vencimentos dos desembargadores.

Quanto ao Ministério Público dos Estados, já ficou demonstrado que o art. 139, parágrafo único, determina a aplicação, a seus membros, além do disposto no art. 108, § 1.º, da regra do art. 136, § 4.º, na sua integralidade: "Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no artigo 108 § 1.º, e art. 136, § 4.º".

A interpretação adotada no brilhante voto do eminente Relator e nos dos eminentes Ministros que o acompanharam, é sustentada nos eruditos pareceres dos insignes juristas Professor Ruy Cirne Lima e Ministro Orozimbo Nonato, os quais, a meu ver, afastam qualquer possibilidade de dúvida.

Estou de acôrdo com o voto do eminente Relator e com as ponderações de S. Exa. e do eminente Ministro Thompson Flores sôbre o critério seguido, a propósito, pela norma constitucional federal.

VOTO

(§ 1.º do art. 89)

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Com suporte em impugnação formulada pelo eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, o representante inquina de inconstitucional o § 1.º, do art. 89, da Carta Política daquele Estado-membro, que assim dispõe:

"Os Ministros do Tribunal de Contas serão nomeados pelo Governador, com aprovação prévia da Assembléia, dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, de comprovada idoneidade moral, portadores de diploma de curso de nível universitário, com notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros, atuariais, contábeis ou administrativos, e terão os mesmos direitos, garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos desembargadores do Tribunal de Justiça.

Sustenta que ao equiparar vencimentos dos membros do Tribunal de Contas do Estado aos dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, a regra infringe os arts. 96 e 106 da Carta de 1967, que vedam vinculações e equiparações para efeito de remuneração. Ao demais, se permitida fôsse tal equiparação, haveria de se efetivar em relação ao Tribunal de Alçada, que corresponde, no âmbito estadual, ao órgão judiciário imediatamente inferior ao Tribunal de Justiça, guardando a simetria federal, que nivela o Tribunal de Contas da União ao Tribunal Federal de Recursos (art. 73, § 3.º).

Em memorial encaminhado ao Excelentíssimo Sr. Dr. Procurador-Geral da República, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo pôs em destaque o incabimento da representação por não se justapor ao estatuído no art. 3.º, do Decreto-lei n.º 216, de 27/2/67, eis que sendo mantidas as regras expressas no art. 76, § 1.º, da Constituição Federal de 1946, e no artigo 9, § 1.º, da Constituição de São Paulo, de 1947, não houve necessidade

de uma adaptação da Carta estadual à nova Constituição do Brasil.

A douta Procuradoria da República, embora sem tecer considerações sôbre êsse pronunciamento, ofereceu a representação. Fê-lo sem violar qualquer preceito legal. A circunstância de coincidência no estabelecer a equiparação de vencimentos entre Ministro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e Desembargador do Tribunal de Justiça (§ 1.º do art. 69 da Constituição estadual de 1947, e § 1.º do art. 89, da Constituição estadual de 1967), bem assim a identidade de conteúdo quanto a vencimento do Ministro do Tribunal de Contas da União e do Ministro do Federal de Recursos (§ 1.º do art. 76, e § 3.º do art. 73, das Constituições Federais de 1946 e 1967, respectivamente), não constitui óbice à argüição da inconstitucionalidade pelo Procurador-Geral, desde que repute idônea a representação. É o que se deduz da leitura do art. 1.º, da Lei número 4.337, de 1/6/64, *in verbis*:

"Art. 1.º Cabe ao Procurador-Geral da República, ao ter conhecimento de ato dos podêres estaduais que infrinja qualquer dos princípios estatuídos no art. 7.º, inc. VII, da Constituição Federal, promover a declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal."

Daí, a falta de razão do argumento apresentado ao referido memorial que, errôneamente, cita o art. 3.º do Decreto-lei n.º 216, que se prende ao prazo do oferecimento da representação, e jamais a inocorrência do requisito de incompatibilidade entre a Constituição estadual adaptada e as disposições da nova Carta Federal (art. 1.º).

Oportuno é ressaltar que a Procuradoria-Geral, submetendo a argüição de inconstitucionalidade do § 1.º do artigo 89, da Constituição paulista, à consideração desta Côrte, opinou, a final, pela sua improcedência.

A meu ver, o texto em exame não contém prescrição incompatível ou inconciliável com os arts. 96 e 106 da Carta Política de 1967. O primeiro dêles estabelece:

"Art. 96. Não se admitirá vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público."

E o segundo:

"Art. 106. Aplica-se aos funcionários dos Podêres Legislativo e Judiciário, assim aos dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, o disposto nesta seção, inclusive, no que couber, os sistemas de classificação e de níveis de vencimentos dos cargos do serviço civil do respectivo Poder Executivo, ficando-lhes, outrossim, vedada a vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público."

Não resta dúvida de que o legislador constituinte, tendo em mira freqüentes abusos cometidos em favor de certos funcionários, com distorção na hierarquia do serviço público e em detrimento do erário, buscou obstar os desregramentos decorrentes de prática de vinculação ou equiparação, para efeito de remuneração do pessoal do serviço público. Cuida-se de uma diretriz uniforme e salutar. Entrementes, é de se atentar para que a vedação atinge os funcionários públicos em sentido restrito, e não aos membros de um Tribunal de Contas do Estado, instituído sob o modêlo do órgão federal, sem destoar dos princípios estabelecidos na Constituição do Brasil (artigo 13).

No art. 73, § 3.º, da Constituição Federal, o legislador constituinte, ao estender as garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos, aos Ministros do Tribunal de Contas, teve em mente assegurar a independência necessária ao desempenho de sua delicada função, como órgão de fiscalização financeira e orçamentária. Razoável a sua adoção, no plano estadual, nos Tribunais de Contas, que também devem ficar livres de possível

cerceamento e influência partida do Poder Executivo.

Fôssem os Ministros dos Tribunais de Contas dos Estados considerados "pessoal do serviço público" era de se lhes exigir para nomeação a aprovação prévia em concurso, nos têrmos do § 1.º do art. 95, da Lei Magna. Êsse propósito, todavia, não animou o legislador federal, nem tampouco o do Estado-membro, que se inspirou no citado art. 73, § 3.º. Atente-se ainda para o fato relevante, de haver a Lei Maior situado nos Ministros dos Tribunais de Contas do Estado em pé de igualdade aos Desembargadores, para o efeito de assegurar o seu julgamento nos crimes comuns e de responsabilidade (por prerrogativa da função), perante o Supremo Tribunal Federal (art. 114, inc. I, alínea *b*). Deu-lhes acentuado relêvo na hierarquia funcional.

Aliás, há uma tradicional aplicação dessa paridade, desde a vigência das Constituições estaduais de 1947, que na sua quase totalidade criaram Tribunais de Contas sob o modêlo do órgão análogo da União, e de que são exemplos as Cartas Políticas de São Paulo (§ 1.º, do art. 69) Rio Grande do Sul (art. 123), Paraná (parágrafo único, do art. 36), e Minas Gerais (artigo 38). Outra não foi a diretriz acolhida em 1967 consoante se lê, por exemplo, nas Constituições dos Estados do Rio Grande do Sul (§ 1.º, do artigo 41), Paraná (§ 4.º, do art. 42), Guanabara (§ 3.º, do art. 380), Rio de Janeiro (art. 52), Bahia (art. 43), Ceará (§ 5.º, do art. 76), Amazonas (§ 3.º, do art. 118).

Essa interpretação legislativa repetida vem reforçar a presunção de constitucionalidade da regra.

De igual modo, não se positiva um conflito claro, manifesto, com a Lei Magna, pela equiparação de vencimentos ao Tribunal de Justiça, e não ao Tribunal de Alçada. Conquanto a equiparação com o Tribunal de Alçada mais se aproximasse do modo adotado no paradigma federal, ou seja Tribunal de Contas da União e Tribunal Federal de Recursos, não se deve perder de vista a relativa liberdade que guarda o Estado de organizar o seu Tribunal de Contas, desde que não sejam postergados os princípios fundamentais conducentes à eficácia da fiscalização financeira e orçamentária. E desde que a equiparação de vencimentos dos seus membros não se contrapõe à proibição ínsita nos arts. 96 e 106, a escolha dêste ou daquele Tribunal de segunda instância, na órbita do Estado, constitui matéria de conveniência, da esfera política de outro poder, reservada à discrição do legislador estadual.

Ao que se vê, a análise dos textos afasta a argüida incompatibilidade do § 1.º, do art. 89, da Constituição de São Paulo, com os arts. 96 e 106 da nova Carta Política brasileira. Tenho-a como improcedente.

VOTO

(Inc. II, do art. 92)

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Outra disposição havida como inconstitucional está no inc. II, do artigo 92, onde se lê:

"Art. 92. O funcionalismo do Estado será organizado com observância dos princípios estabelecidos na Constituição do Brasil e atendimento dos seguintes requisitos:

".....

"II — o candidato aprovado, mesmo que expirado o prazo de validade do concurso, será obrigatòriamente investido no cargo:

a) se a vacância ocorrer no prazo de validade do concurso;

b) se a vacância ocorrer em virtude de promoção que devesse ser efetivada, nos têrmos da lei, durante o prazo de validade do concurso."

É pedida a declaração de inconstitucionalidade à vista de que a obrigação de nomear suprime a liberdade de provimento de cargo público pelo Executivo, ferindo a sua competência privati-

va (art. 83, n.º VI, combinado com o art. 13, e seu n.º V, da Carta Federal).

Quero crer que o inciso não afeta a competência privativa para o provimento dos cargos públicos. O poder de nomear, forma do exercício da autoridade, há de ser exercitado na conformidade da Constituição e das leis. Evidentemente, não se descaracteriza a função executiva quando é estabelecida a nomeação do candidato aprovado em concurso, mesmo expirado o prazo de sua validade, se a vacância se verificar dentro daquele prazo, ou se ela se der em virtude de promoção que devesse ser efetivada, nos têrmos da lei, durante o prazo de validade do concurso.

Aí está uma norma protetiva do concursado, buscando evitar que venha a perder a oportunidade da sua nomeação pela procrastinação no preenchimento do cargo. Percebe-se que a regra, ante o seu alcance, não retira do Governador a faculdade de examinar a conveniência ou não do provimento do cargo, podendo, *verbi gratia*, propror a sua extinção. Ademais, é de saber correntio que o concurso gera, apenas, um direito potencial à nomeação.

Como realça o ilustre Dr. Procurador-Geral da República:

"É, pois, uma norma que apenas constitui garantia dos concursados contra expedientes evasivos da Administração, tendentes a deixar esgotar-se o prazo do concurso e logo após preencher as vagas com estranhos ao concurso, pelo sistema permitido no inciso III do mesmo art. 92, a saber:

"II — não havendo candidato habilitado em concurso, os cargos vagos, isolados ou de carreira, *poderão ser ocupados* sòmente no regime da legislação trabalhista, até o prazo máximo de dois anos, considerando-se findo o contrato após êsse período, vedada a recondução" (fls. 206).

O inciso atacado há de ser entendido com êsse espírito, jamais como a obrigação de nomear em face, tão-sòmente, da ocorrência da vaga, o que, na verdade, quebraria o poder de prover os cargos, tarefa que toca ao Governador. Essa exegese, que traduz o real significado da regra, afasta o argüido conflito com a Lei Máxima. Dessarte, não diviso inconstitucionalidade.

EXPLICAÇÃO

(Art. 92, inc. II)

O Sr. Ministro Hermes Lima — Diz o inc. II, do art. 92:

"O candidato aprovado, mesmo que expirado o prazo de validade do concurso, será obrigatòriamente investido no cargo:

a) se a vacância ocorrer no prazo de validade do concurso."

Mas a letra *b* diz:

"Se a vacância ocorrer em virtude de promoção que devesse ser efetivada, nos têrmos da lei, durante o prazo de validade do concurso."

Ora, o problema da promoção, em geral não tem base na lei para ser efetivado.

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso — É um mecanismo compulsório para promoção que se estabelece aí.

O Sr. Ministro Luiz Gallotti (Presidente — O que se quis foi evitar que o retardamento da promoção se verificasse, com injusto prejuízo.

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — O alcance é êste.

O Sr. Ministro Hermes Lima — A letra *b* diz "que devesse ser efetivada, nos têrmos de lei,..." É preciso que a lei diga que a promoção deve ser efetivada num certo e determinado prazo. A promoção deve ocorrer durante o prazo de validade do concurso, mas se a lei disser que a promoção deve ser efetivada, nos têrmos da lei, durante o prazo de validade do concurso. Acho que a alínea *b* é obscura e contraditória em si mesma.

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso — O sentido é êste: se a promoção fôr

tão retardada que a vaga ocorra depois do período de validade do concurso, aí funciona o dispositivo.

O Sr. Ministro Hermes Lima — Mas, veja V. Exa., pode ser também uma proteção para a Administração. É necessário que exista uma lei dizendo: a promoção deverá se fazer nos prazos tais e tais.

O Sr. Ministro Evandro Lins — Qual a inconstitucionalidade?

O Sr. Ministro Luiz Gallotti (Presidente) — Pressupõe-se que haja uma lei estadual marcando o prazo.

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso — Para o Executivo não promover no prazo, aguardando que o prazo de validade do concurso se esgote. Aí funciona o dispositivo.

O Sr. Ministro Hermes Lima — O dispositivo tem, realmente, uma cláusula que protege a Administração, porque ela só é obrigada a fazer, durante o prazo de validade do concurso, aquela promoção que deve ser efetivada nos têrmos de lei. É preciso que a lei diga: a promoção deverá se fazer nos prazos tais e tais. Mas não há lei dispondo sôbre isso.

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Mas poderá dizer. Não há inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Desde que o Govêrno abre concurso é obrigado a aproveitar os candidatos.

VOTO

Art. 92, inc. II)

O Sr. Ministro Thompson Flores — Sr. Presidente. Tenho como salutar a disposição. É mais uma garantia ao concursado, vindo por isso, estimular o concurso e revesti-lo de mais segurança, nos direitos que assegure aos classificados. Rima, assim, com as novas exigências constitucionais.

A princípio pareceu-me não estar compreendida como matéria de adaptação. Na dúvida, aceito-a, afastando o óbice.

Pode, de outro lado, embaraçar o Poder ao qual ficar atribuído o provimento da vaga, na apuração de sua existência, quando decorrente de promoção anterior.

Entre êsse óbice e o alcance do princípio fico com êste.

Acompanho o eminente Relator.

VOTO

Art. 92, inc. II)

O Sr. Ministro Themistocles Cavalcanti — A Constituição em vigor dispõe em seu art. 13: "Os Estados se organizam e se regem pelas Constituições e pelas leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição os seguintes:

V — as normas relativas aos funcionários públicos".

O dispositivo que assegura o direito à vaga do candidato aprovado em concurso e, em condições de ser nomeado, constava, por proposta minha, da primeira Constituição da Guanabara. É um princípio sadio e justo. A hipótese da letra *b* do caso da promoção que se deveria ter verificado é um tanto excessiva, mas digna de aprêço.

Indaga-se, entretanto, se a limitação constitucional impede aos Estados de ampliar o elenco de direito e prerrogativas dos funcionários. Parece-me que esta proibição existe, mas a minha dúvida é se êste direito não é uma decorrência lógica do próprio regime jurídico da função pública que o constituinte quis tornar explícito.

É, na realidade, o que me parece. Não é um direito nôvo, uma prerrogativa nova, mas uma decorrência do próprio direito de que é titular o que se habilita em concurso.

Estou pela constitucionalidade, porque se trata de um direito implícito na aprovação em concurso.

Art. 92, inc. II)

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Sr. Presidente, peço vênia ao eminente Relator para divergir de seu voto, nesta parte.

Julgo inconstitucional o inc. II do art. 92, nas letras *a* e *b*. Êste dispositivo, como outros impugnados, na Representação, excedeu à reforma, para adaptação, ordenada no art. 183 da Constituição Federal. Não se nega, evidentemente, à Assembléia Legislativa o poder de emenda à Constituição, conforme as regras comuns. Mas, instituiu-se processo especial de reforma, para aquela adaptação, principalmente no tocante a prazos na elaboração, à sessão da Assembléia Legislativa e ao *quorum* da votação. Pelo Decreto-lei n.º 216, combinado com o Ato Institucional n.º 4, com observância, no processo de elaboração, dos prazos e outras normas estabelecidas neste Ato, far-se-ia a votação numa sessão, em turno único, por maioria absoluta, o que não correspondia, inteiramente, ao preceito transitório, aplicável sòmente na esfera federal, dos arts. 2.º, § 2.º, e 21, do Ato Institucional n.º 2, ou à regra permanente do art. 51 da Constituição de 1967, inaplicável para a reforma determinada no art. 188. Aquêle processo não coincidia, sobretudo, com o vigente, nos Estados, para emenda à Constituição. Na Constituição de São Paulo, de 1947, em se tratando de processo comum de reforma, esta deveria ser aprovada, em três discussões, por maioria absoluta, em dois anos consecutivos — art. 136, parágrafo único. Sòmente no caso de "emendas necessárias", se a Constituição Federal fôsse modificada, de modo a colidir com qualquer dispositivo da Carta Estadual, aprovar-se-ia a reforma, num só ano, em três discussões — artigo 137 e parágrafo único.

Tenho, ainda, outro fundamento para a discrepância. A competência privativa dada, pela Constituição ao Chefe do Poder Executivo. para prover os cargos públicos, na forma da Constituição e das leis, não deverá sofrer restrição, relativamente ao exercício, com exclusão do juízo de conveniência e oportunidade. Não é lícito, em regra, obrigar, diretamente, o Chefe do Poder Executivo a prover cargo público. Distinguem-se os vários direitos que o candidato a cargo público adquire, sucessivamente, com a inscrição, a realização do concurso e a classificação prevista no Estatuto. No fim, à classificação, segue-se o direito à não preterição na nomeação. É antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O Chefe do Poder Executivo, diante do aprovado em concurso, pode fazer a nomeação, ou não, segundo o seu juízo de conveniência e oportunidade. Vedado é, ùnicamente, com desatenção à classificação, prover o cargo.

Ora, o art. 92, inc. II, da Constituição de São Paulo, dispõe:

"Art. 92. O funcionalismo do Estado será organizado com observância dos princípios estabelecidos na Constituição do Brasil e atendimento mínimo dos seguintes requisitos:

I — .....

II — o candidato aprovado, mesmo que expirado o prazo de validade do concurso, será obrigatòriamente investido no cargo:

a) se a vacância ocorrer no prazo de validade do concurso;

b) se a vacância ocorrer em virtude de promoção que devesse ser efetivada, nos têrmos da lei, durante o prazo de validade do concurso;...".

A norma, cuja inspiração não discuto, inscrita na Constituição Estadual, destoa, a meu ver, em matéria de provimento de cargo público, de sistema constitucional federal, que o Estado deve respeitar.

Data venia do Sr. Ministro Relator, acolho a argüição de inconstitucionalidade.

VOTO

(Art. 92, inc. II)

O Sr. Ministro Hermes Lima — Sr. Presidente, entendo que a Assembléia não estava proibida de fazer uma adaptação das condições estruturais organizatórias do funcionalismo, em face do que dispôs a própria Constituição Federal. É claro que a Constituição Federal colocou o concurso como uma das condições essenciais para o preenchimento de cargos públicos, sem distinção. Todos os cargos públicos devem ser preenchidos por concurso, e V. Exa., aqui no Tribunal, assim tem agido, mesmo para os cargos mais inferiores da hierarquia do funcionalismo; mesmo para contínuo, tem havido concurso no Tribunal. Portanto, a razão, segundo a qual a Assembléia extravasou de seu direito de emendar, isso não me parece procedente, com a permissão do eminente Ministro Eloy da Rocha. Mas o artigo parece-me contraditório nos seus têrmos.

Diz êsse artigo: "o candidato aprovado, mesmo que expirado o prazo de validade do concurso, será obrigatòriamente investido no cargo, se a vacância ocorrer no prazo de validade do concurso".

Entendo que a intenção da Assembléia foi assegurar uma regularidade, com maior idoneidade, através de concurso, no preenchimento dos cargos públicos. Mas o artigo afigura-se-me inteiramente contraditório, e, por êsse fato, não corresponde às necessidades da Administração e da adaptação pela confusão e pela contraditoriedade dos seus têrmos.

Peço licença ao eminente Ministro Relator, para aceitar a argüição de inconstitucionalidade.

VOTO

(Art. 92, inc. II)

O Sr. Ministro Victor Nunes — Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator, mas desejo fazer uma breve observação sôbre o art. 188 da Constituição Federal de 1967. Estou de acôrdo, neste ponto, com as considerações do eminente Relator e dos eminentes colegas, que já votaram, mas vou um pouco além na interpretação dêsse texto.

O art. 188, a meu ver, não obrigou os Estados a uma reforma limitada em suas Constituições. O que fêz, tendo em vista a conveniência de serem introduzidas nas Constituições estaduais as inovações da Constituição Federal, foi abreviar o período em que essa reforma deveria ser feita. Ainda que, pela Constituição estadual, de acôrdo com o modêlo federal anterior, fôsse necessária a aprovação em duas sessões legislativas ordinárias e consecutivas, a nova reforma poderia ser feita sem essa exigência, no prazo de sessenta dias. Esta, a meu ver, é a novidade do texto.

Para a simples observância dos novos preceitos da Constituição Federal, não haveria, a rigor, necessidade de serem adaptadas as Constituições estaduais. Bastaria dispor que as novas normas da Constituição Federal se aplicariam igualmente aos Estados. E tanto assim era que o próprio artigo 188 dispôs: nos Estados em que se exceder o prazo de sessenta dias, aquelas inovações serão incorporadas automàticamente à Constituição estadual.

Por que a Constituição Federal quis repetir o óbvio?

O Sr. Ministro Hermes Lima — Para respeitar a autonomia dos Estados. Foi o princípio da autonomia dos Estados que se quis respeitar.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Mas não simplesmente para fazer aquela adaptação, porque os Estados não ficaram com a liberdade de conservar o *status quo*. Se não aceitassem as inovações da esfera federal, elas se aplicariam automática e necessàriamente.

O Sr. Ministro Hermes Lima — O Decreto-lei n.º 216 deixou muito claro.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Mas êsse decreto-lei não é Constituição. Êle interpretou o art. 188 da Constituição, e a meu ver interpretou bem, já que não poderia atribuir aos Estados podêres que êles não tivessem pela anterior ou pela atual Constituição.

Parece-me, pois, que os Estados, com o art. 188, longe de terem sido limitados em sua capacidade de reformar suas Constituições, tiveram a franquia de fazê-lo com menos formalidades e condições do que as que resultavam do regime constitucional anterior.

Independentemente do art. 188, poderiam os Estados proceder dêsse modo, tendo em vista o disposto no artigo 51, da parte permanente da Constituição Federal, que é modêlo para as Constituições estaduais:

"Art. 51. Em qualquer dos casos do art. 50, itens I, II e III, a proposta será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional, dentro de sessenta dias a contar do seu recebimento ou apresentação, em duas sessões e considerada aprovada quando obtiver em ambas as votações a maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso".

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Estabeleceu um critério distinto. V. Exa. deve atentar para isso.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Estabeleceu o prazo de sessenta dias, em duas sessões, mas não em duas sessões ordinárias e consecutivas, como exigia a Constituição anterior, no artigo 217, § 2.º:

"Dar-se-á por aceita a emenda que fôr aprovada em duas discussões pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em *duas sessões legislativas ordinárias e consecutivas*".

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso — Ordinárias e consecutivas. Era êsse o grande embaraço.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Sim. Foi reduzido o prazo. Para duas sessões ordinárias e consecutivas poderiam ser necessários vários meses.

Em última análise, o art. 188 apenas reproduziu o que já estava na parte permanente, no art. 51. Como a simples adaptação das Constituições estaduais se poderia considerar automàticamente feita, em conseqüência da nova Constituição Federal, o que resulta, a mais, do art. 188 é ter ficado explícito que os Estados, naquele prazo, poderiam fazer uma reforma mais ampla de suas Constituições.

O Sr. Ministro Hermes Lima — Adaptar.

O Sr. Ministro Victor Nunes — A simples adaptação resultaria da própria Constituição Federal.

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Mas é processo especial adaptativo. O art. 51 se refere ao processo de emendas à Constituição.

O Sr. Ministro Vistor Nunes — Vamos figurar que a Assembléia Constituinte estadual fizesse a reforma em dois tempos. Como dispunha de sessenta dias, poderia, na prímeira etapa, mudar apenas a norma que regulava a reforma da Constituição do Estado. Adotaria, então, a que está expressa no art. 51 da Constituição Federal. Estaria impedida de o fazer? Não, porque estaria adaptando a Constituição estadual à Federal. Aceita que fôsse a norma do art. 51 no primeiro tempo, poderia fazer, no segundo tempo, de modo simplificado, as emendas que bem entendesse, pois dispunha de sessenta dias para isso. Como entender, portanto, que o art. 188 limitou, em vez de ampliar, a faculdade de reforma das Constituições estaduais?

O Sr. Ministro Hermes Lima — O que acho do voto de V. Exa. é interpretação demasiadamente larga do poder constituinte delegado pela Constituição às Assembléias estaduais.

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Não se trata do poder constituinte ordinário, mas de um poder constituinte especial previsto na Cons-

tituição de 67, para adaptação à estrutura da nova Carta Federal.

O Sr. Ministro Victor Nunes — As Assembléias Legislativas continuaram a ter, como sempre tiveram, o poder de emendar as Constituições estaduais. Mas, por uma exigência, que se traduzia em prazo, para maior reflexão, não poderiam fazê-lo numa só sessão legislativa.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Na Constituição Federal de 1946, como em várias Constituições estaduais, sòmente era possível a aprovação de emenda em uma sessão legislativa, se obtido o voto de dois terços.

O Sr. Ministro Victor Nunes — A maioria de dois terços seria para fazer a reforma numa única sessão legislativa. Para fazê-la em duas, bastaria a maioria absoluta. É exatamente êste problema que estou examinando.

A Constituição Federal de 1967 mudou êsse sistema, no plano federal, como já o tinha feito o Ato Institucional n.º 1, e deu aos Estados, no art. 188, o prazo de sessenta dias para adaptar suas Constituições.

Estou figurando a hipótese em que a Assembléia Legislativa, no primeiro tempo, dispusesse: fica emendado o artigo tal da Constituição do Estado, que se refere ao processo de reforma da Constituição, para que a Constituição possa ser emendada numa só sessão legislativa, por maioria absoluta de votos. No segundo tempo, com base nessa primeira emenda, poderia reformar tôda a Constituição do Estado.

O Sr. Ministro Hermes Lima — Não era possível.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Como não, se poderia começar pela reforma do processo de emenda da Constituição do Estado? Onde estaria o impedimento?

O Sr. Ministro Hermes Lima — Digo: o impedimento em que o Poder Constituinte delegado estava limitado à adaptação da Constituição.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Limitado quanto ao prazo. A Constituição marcou êsse prazo (veja-se que a tônica está no final do dispositivo) para dizer: se, findo o prazo, os Estados não adaptarem suas Constituições, essa adaptação se considera feita automàticamente. O prazo teve êsse sentido: o de obrigar a fazer, pelo menos, as emendas de adaptação; mas não impedia que se fizessem outras.

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso — Não tirou o poder constituinte do Estado senão no limite do padrão federal.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Veja V. Exa. que o Decreto-lei número 216, de 27/2/67, interpretou o citado art. 188 em sentido ampliativo.

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso — Mas, com Decreto-lei ou sem êle, a realidade é que o constituinte estadual não ficou privado dos podêres de que dispunha antes.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Termina assim o art. 188, depois de aludir à adaptação, em sessenta dias, das Constituições estaduais às novas normas da Constituição Federal:

"... as quais, findo êsse prazo, considerar-seão incorporadas automàticamente às Cartas estaduais".

O que é isto senão um *ultimatum*? A Constituição Federal fêz um *ultimatum*: ou os Estados adaptam suas Constituições em sessenta dias, ou estarão elas, ao fim de sessenta dias, automàticamente adaptadas.

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Quero levar para Vossa Excelência e o Tribunal, exatamente o que havia lido: o art. 1.º do Decreto-lei n.º 216:

"A reforma das Constituições dos Estados,... para atender ao disposto no art. 188 da Constituição do Brasil, promulgada a 24 de janeiro de 1967, consiste primordialmente na modificação do respectivo texto, no que, implícita ou explìcitamente, tiver sido alterado ou fôr incompatível com as disposições constitucionais federais.

Parágrafo único. As normas da Constituição Federal que, sendo aplicáveis, não forem observadas na reforma da Constituição do Estado, consideram-se a ela automàticamente incorporadas, nos têrmos do art. 188 da Constituição Federal".

Em razão, exatamente, da modificação dos preceitos da própria sistemática da Constituição.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Vossa Excelência aceita a interpretação contida no Decreto-lei n.º 216. Aí está o advérbio "primordialmente", para dizer que a reforma estadual não seria mera adaptação. Minha interpretação vai um pouco mais longe, porque, se qualquer Estado poderia proceder à sua reforma em dois tempos, como já figurei, resulta do art. 188 que foram ampliados e não reduzidos os seus podêres de emenda.

O Sr. Ministro Hermes Lima — Mas, não poderia em dois tempos. Estava declarando que era em sessenta dias. Ou fazia em sessenta dias ou, então, seria incorporada, automàticamente.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Em dois tempos, dentro do prazo. Mas a conseqüência seria a mesma, se não fôsse observado, para ambos, aquêle prazo. Imagine V. Exa. que o Estado fizesse apenas a emenda do processo de reforma constitucional. Escoados os sessenta dias, as outras adaptações à Constituição Federal se incorporariam, automàticamente, à Constituição do Estado. E o Estado ficaria em condições de emendar o mais que entendesse, com o nôvo processo de reforma, seguindo o modêlo federal, que é o art. 51 da Constituição.

O Sr. Ministro Luiz Gallotti (Presidente) — Perguntaria o seguinte: O art. 188 diz que "os Estados reformarão suas Constituições dentro em sessenta dias, para adaptá-las, no que couber, às normas desta Constituição, as quais, findo êsse prazo, considerar-se-ão incorporadas automàticamente às Cartas estaduais", V. Exa. entende que, entre as adaptações que têm de ser feitas (porque aí se diz "no que couber"), sob pena de serem as normas incorporadas automàticamente, está o artigo que regula a reforma da Constituição?

O Sr. Ministro Victor Nunes — Parece-me evidente.

O Sr. Ministro Luiz Gallotti (Presidente) — Mas, como poderia essa norma ser incorporada, se fala em Senado e Câmara?

O Sr. Ministro Victor Nunes — *Mutatis mutandis.*

O Sr. Ministro Luiz Gallotti (Presidente) — É no que couber. Então, ficaram os Estados obrigados a adotar o mesmo sistema de reforma da Constituição?

O Sr. Ministro Victor Nunes — Não ficaram obrigados. Poderiam criar condições mais onerosas mas os Estados também poderiam seguir, estritamente, o modêlo federal. Também poderiam fazer sua reforma em dois tempos. No primeiro, reformariam o processo de emenda à Constituição; depois, fariam as outras emendas que entendessem, além da adaptação à Constituição Federal a que estavam obrigados.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Mas, isso não ocorreu.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Sim, não houve. Houve um ato só. Mas meu raciocínio, sôbre a possibilidade de terem procedido de outro modo, ajuda a interpretar o art. 188. A meu ver, êle não significa uma limitação ao poder de emenda constitucional dos Estados, mas uma imposição para que adaptassem suas Constituições ao modêlo federal: ou reformariam suas Constituições no prazo marcado, ou elas se considerariam automàticamente reformadas. O dispositivo não quis impedir, mas forçar os Estados a reformarem suas Constituições. Não pode ser interpretado, portanto, de modo a reduzir os podêres de reforma constitucional dos Estados. Se algum dêles fêz outras emendas, além de simplesmente adaptar a Constitucional estadual à Federal, isso me parece perfeitamente legítimo.

O Sr. Ministro Thompson Flores — Não entenda V. Exa. que deve haver dois processos de alteração da Constituição dos Estados: uma para *adaptação* e outro para sua *reforma?*

O Sr. Ministro Victor Nunes — O processo de emenda constitucional foi alterado no plano federal. Também o poderia ser no plano estadual.

O Sr. Ministro Thompson Flores — Tenho, como certo, que os processos são diferentes. As emendas às Cartas locais obedeciam a normas expressas que dispunham sôbre o *quorum* e forma de votação. As Assembléias para executar o trabalho de adaptação aprovaram regimento próprio diverso daquele. E se assim não fizessem nem alcançariam seu objetivo no prazo do art. 188 da Constituição Federal.

O Sr. Ministro Victor Nunes — O raciocínio que estou desenvolvendo não é para a apreciação de um caso estadual específico. Estou procurando interpretar o art. 188 da Constituição Federal, no sentido de que êle não teve o objetivo de limitar o poder de emenda constitucional de qualquer Estado. Por isso, não podemos condenar as reformas mais amplas que um ou outro tenha feito.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Não podia fazer, porque a Constituição do Estado de São Paulo exigia, no processo comum de reforma, a aprovação em dois anos consecutivos.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Se fizesse a reforma em dois tempos, poderia. É o que procurei demonstrar, como elemento interpretativo.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Mas não procedeu à reforma, em dois tempos.

O Sr. Ministro Victor Nunes — O que estou interpretando é o art. 188, não esta ou aquela reforma estadual específica. Se êsse artigo permitiria, por outro caminho, que houvesse uma reforma total, desde que não contrariasse a Constituição Federal, não devemos interpretar restritivamente o artigo 188.

O Sr. Ministro Thompson Flores — Sem o art. 188, a Constituição poderia ser totalmente refundida, na forma comum. Adotada que fôsse, a reforma tornava-se limitada e guardava rito próprio, mais simples e mais breve.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Mas, como um dos dispositivos passíveis de alteração poderia ser o do processo de reforma constitucional dos Estados, estava implícito que os Estados poderiam fazer reforma mais ampla que a simples adaptação às normas federais, esta sim, *imposta* aos Estados em prazo certo.

VOTO

(Art. 92, inc. II)

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Sr. Presidente, o que o direito administrativo tem como assentado é que o chefe da Administração Pública não é obrigado a nomear, salvo se êle preenche o cargo com servidor não classificado no concurso, ou, então, se há prazo de validade dêsse mesmo concurso e a nomeação não se faz.

No caso concreto, o que a Constituição estabeleceu foi um prazo de validade do concurso, o que poderia fazer sem infringir a Constituição Federal.

Estou de acôrdo com o eminente Sr. Ministro Relator.

VOTO

(Art. 92, inc. II)

O Sr. Ministro Luiz Gallotti (Presidente) — Também estou de acôrdo com o eminente Ministro Relator, rejeitando a argüição.

VOTO

(Parágrafo único do art. 106)

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Estabelece o art. 106 da Constituição de São Paulo:

"O Município de São Paulo e os que tiverem renda superior a cinco por cento da arrecadação dêste, poderão ter regime administrativo especial e Tribunal de Contas próprio, na forma que a

Lei Orgânica dos Municípios estabelecer".

E no seu parágrafo único:

"O Tribunal de Contas compor-se-á de cinco membros, nomeados pelo Prefeito, com a aprovação prévia da Câmara Municipal, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco anos de idade e comprovada idoneidade, diplomados em curso superior de ciências jurídicas, econômicas ou administrativas".

Não está em causa a alteração introduzida pelo referido diploma, permissiva da criação de Tribunal de Contas do Município, como órgão de fiscalização financeira e orçamentária.

Recai a censura sôbre o parágrafo único, na parte que autoriza a nomeação, pelo Prefeito, de membro de Tribunais de Contas, mediante "aprovação prévia da Câmara Municipal", por ser colidente com a exigência do concurso, prevista no art. 95, § 1.º, da Magna Carta.

A douta Procuradoria da República acolhe a argüição, fundada em que os Tribunais de Contas de Municípios, na forma em que foram concebidos, não passam de simples auditorias técnicas, eis que "a fiscalização orçamentária e financeira não está condicionada ao modêlo federal" (fls. 210 e 211). Daí porque a nomeação dos seus membros não deve ficar adstrita à forma adotada no âmbito federal e no estadual; subordinando-se, porém, a exigência do concurso, prevista no art. 95, § 1.º, da Constituição do Brasil.

Com a devida vênia, não estou convencido da irrecusabilidade da alegação.

O Tribunal de Contas situa-se em nosso sistema jurídico-constitucional vigente como órgão auxiliar do Poder Legislativo, no contrôle financeiro e orçamentário (Cap. VI — Do Poder Legislativo — Seção VII — Da Fiscalização Financeira e Orçamentária). A nova Carta Política estabeleceu um mecanismo, segundo o qual "a fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de contrôle externo, e dos sistemas de contrôle interno do Poder Executivo, instituídos por lei" (art. 71). Assim, ao lado do contrôle da administração sôbre si mesma, ficou estabelecido o contrôle pelo Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas (art. 71 e seus parágrafos, e art. 72). Daí, o critério especial de provimento do cargo de Ministro do Tribunal de Contas mediante ato jurídico complexo, com a participação do Presidente da República e do Senado. Processo diverso do adotado para os servidores públicos em geral, sujeitos a exigência do concurso, nos têrmos do art. 95, § 1.º.

Consoante assevera, acertadamente, o eminente Professor Vicente Rao, em parecer que emitiu para o caso:

"Se, pois, no exercício do contrôle *externo* o Tribunal de Contas age e se caracteriza como órgão auxiliar do Legislativo, desta sua natureza, inevitável e naturalmente, resulta a competência, atribuída ao Senado, para a aprovação, ou recusa, dos nomes indicados pelo Presidente da República, na composição do mesmo Tribunal.

E se, no exercício do contrôle interno, a Administração obra por via de seus próprios órgãos, é óbvio que os componentes dêsses órgãos, simples agentes da Administração, incidem na regra geral de provimento dos cargos públicos mediante concurso (Constituição Federal, art. 95, § 1.º).

A regra constitucional do art. 95. § 1.º, que tanto à União quanto aos Estados e aos Municípios se aplica, comporta, na esfera federal, as exceções que dizem respeito à escolha de magistrados (Supremo Tribunal Federal e Tribunal Federal de Recursos, arts 113, § 1.º, e 116), do Procurador-Geral da República, *dos Ministros do Tribunal de Contas*, dos Governadores dos Territórios, dos Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente e *de servidores quando determinado em lei* (art. 45, n.º I)".

Êsse modo de provimento é criticado pelo eminente Prof. e Ministro Aliomar Baleeiro, para quem:

"Mais lógico teria sido que o Congresso escolhesse livremente os Ministros do Tribunal de Contas. Mas, tolerada a nomeação pelo Presidente da República, caberia racionalmente à Câmara e não ao Senado a aprovação prévia dos cidadãos escolhidos, desde que os podêres financeiros daquele ramo do Legislativo são maiores do que os do último" (*Uma Introdução à Ciência das Finanças*, 4.ª edição, p. 435).

Mas aqui estamos diante da diretriz traçada, bem ou mal, pelo constituinte. A meu entender, tradicionalmente bem.

A Carta Estadual permitiu a criação de Tribunal de Contas na forma que a lei orgânica dos Municípios estabelecer (art. 106). E, ao dispor sôbre o critério de escolha e nomeação dos seus membros, não quebrou o sistema constitucional. Fê-lo em molde semelhante ao previsto na Lei Magna, seguido também pelos Tribunais de Contas estaduais.

Argumenta-se no sentido de que o Tribunal de Contas do Município foi concebido com restritas atribuições, como simples auditoria técnica. A meu sentir, essa afirmativa não se compadece com a análise dos dispositivos atinentes à sua instituição, segundo está demonstrado, com segurança, nas informações ministradas pela Presidência da Assembléia Legislativa, e nas quais se lê:

"A afirmação de que os Tribunais de Contas municipais serão meros órgãos de auditoria não tem qualquer fundamento, pois a criação dos citados tribunais foi autorizada pelo art. 106, na forma que a Lei Orgânica dos Municípios estabelecer. Como, pois, afirmar que tais órgãos serão meras auditorias? Como avaliar as atribuições de um órgão ainda não constituído? A representação incidiu no êrro de tomar a parte pelo todo, ao se referir ao § 1.º do artigo 115, da Constituição do Estado. Lá está dito que o Prefeito da Capital e dos demais municípios que tiverem Tribunais de Contas próprios, apresentarão suas contas a êste órgão, que as encaminhará, com parecer, no prazo de sessenta dias, à Câmara Municipal, para julgamento. Trata-se aqui de apenas uma das funções do Tribunal: dar parecer nas contas do Prefeito e encaminhá-las à Câmara. Idêntica atribuição possui o Tribunal de Contas do Estado com relação às contas do Governador (art. 90, I, *a*, Constituição do Estado). Declara o art. 108 da Constituição estadual que a fiscalização financeira e orçamentária dos municípios será exercida pelo sistema estabelecido para o Estado. Assim, os Tribunais de Contas municipais terão tôdas as atribuições do Tribunal de Contas do Estado, respeitadas as peculiaridades locais. É bem de ver-se que um Tribunal de Contas para o Município de São Paulo não poderá ser mera auditoria. A renda da Capital do Estado ultrapassa a arrecadação de vários Estados brasileiros, exigindo, portanto, um Tribunal de Contas com as mesmas atribuições do Tribunal de Contas do Estado" (fls. 131 e 132).

Poder-se-á apontar inconvenientes, inclusive quanto a criação de Tribunal de Contas no âmbito municipal, ao invés de um Tribunal de Contas Municipais, organizado pelo Estado-membro, nos moldes e com as garantias da magistratura comum, para conhecer de recursos de ofício e voluntário da Câmara de Vereadores, órgão originàriamente competente para a tomada de contas, como alvitra Hely Lopes Meirelles (*Direito Municipal Brasileiro*, 2.ª edição, vol. I, p. 480). Entrementes, não se me afigura ocorrer na espécie, uma afronta à Carta Política.

Como é sabido, a inconstitucionalidade deve se apresentar de modo claro e evidente. Inclusive, na dúvida, deve se considerar válido o texto impugnado. No caso, da análise hermenêutica das disposições atinentes à criação do Tribunal de Contas do Município e do modo de escolha e nomeação dos seus

membros, não resulta incompatibilidade com o art. 95, § 1.º, da Constituição Federal. Julgo improcedente a alegação.

VOTO

Parágrafo único do art. 106)

O Sr. Ministro Amaral Santos — Sr. Presidente, a última cópia da Representação, entregue pelo Govêrno do Estado, aos Srs. Ministros ontem, já não traz, não consigna mais a argüição de inconstitucionalidade dêsse texto, o que significa que o próprio Estado já reconheceu a sua constitucionalidade.

Estou de acôrdo com o Sr. Ministro Relator.

VOTO

Parágrafo único do art. 106)

O Sr. Ministro Themistocles Cavalcanti — Sr. Presidente, o Doutor Procurador-Geral da República encampa a Representação, de modo que somos obrigados, *data venia*, a considerá-la. O sistema de contrôle financeiro dos Tribunais de Contas é da nossa tradição, de sorte que não se pode impugnar a criação dos Tribunais de Contas em unidade da Federação, que tem arrecadação, efetivamente, em condições de poder sujeitar-se a pagar funcionários dessa categoria. Além do mais, o artigo 15, da Constituição, procurou diferenciar as estruturas dos municípios, estabeleceu de maneira muito categórica: "a organização municipal poderá variar, tendo em vista as peculiaridades locais". Isso vem mostrar que, realmente, o espírito da Constituição foi de diferenciar as estruturas das organizações municipais. Entre essa diferenciação, parece que uma delas será essa da possibilidade da criação do Tribunal de Contas.

Não vejo como se possa sugerir outra estrutura que não essa consignada nos dispositivos da Constituição Estadual. Não seríamos nós quem iríamos sugerir outras formas. Não vejo contradição alguma com a Constituição Federal.

Acompanho o eminente Ministro Relator.

VOTO

(Art. 147)

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — O Sr. Governador do Estado increpa de inconstitucional o art. 147, *verbis*:

"Consideram-se vigentes, com o caráter de lei ordinária, os artigos da Constituição promulgada em 9 de julho de 1947, que não contrariem esta Constituição".

Entende que esta regra importa em criar lei ordinária sem possibilidade de sanção ou veto pelo Executivo. Contrapõe-se ao processo legislativo, estabelecido expressamente para a União e para os Estados (arts. 46, 83, incs. II e III, e 13, inc. III, da Carta Política).

A meu sentir, *data venia* da opinião esposada no parecer, a regra, além de inócua na hipótese da adaptação, é realmente inconstitucional.

A Constituição, na sua unidade orgânica suprime as normas consagradas na Constituição anterior. Apenas subsistem as regras ordinárias anteriores, que guardem compatibilidade com a Constituição que passa a viger. Aqui faço minhas as palavras do eminente Desembargador Oscar Tenório, ao dizer:

"A Constituição, como lei orgânica, revoga todo o direito constitucional anterior. Indiferente qualquer apreciação sôbre compatibilidade ou incompatibilidade de regra constitucional posterior com regra constitucional anterior. Em matéria de direitos e garantias individuais, as Constituições Brasileiras, da de 1823 à de 1946, contém textos que se reproduzem inteiramente ou que se reproduzem com pequenas modificações gramaticais. A reprodução não induz à aceitação da tese de que as disposições anteriores fazem parte do nôvo regime ou sistema constitucional. São textos novos, suscetíveis de interpretação di-

ferente, de acôrdo com o nôvo sistema constitucional".

"Subsiste a legislação ordinária do regime anterior, desde que não incompatível com o nôvo" (*Lei de Introdução ao Cód. Civ. Bras.*, 2ª edi., p. 84).

É verdade que a norma atacada de ilegítima emana de princípio doutrinário acolhido por juristas alienígenas e brasileiros. Dentre os primeiros, Carl Schmitt, que, versando sôbre a continuidade do direito promulgado, em face das mutações constitucionais, teve oportunidade de escrever:

"Desde el punto de vista del Derecho estatal se deduce de esta continuidad que las anteriores leyes y ordenanzas síguen en vigor sin más, es decir, sin un especial acto de recepción, en tanto no contradigan a la nueva regulación. Incluso determinaciones contenidas en Constituciones anteriores puedem seguir en vigor, si bien como simples leyes". (*Teoría de la Constitución*, p. 108, edição de 1934).

Por sua vez, o mestre Esmein depois de pôr em relêvo que as Constituições escritas podem conter e contêm sempre disposições que são constitucionais pela forma, e não pelo seu objeto, bem assim são inseridas no texto constitucional ùnicamente para obter fôrça e estabilidade maior, diz textualmente:

"Eh bien! on admet que les dispositions de cette nature, qui on tiennent à la Constitution déchue que par un lien tout factice, luì survivent également et ne tombent point avec elle. On les traite commun des lois ordinaires, ce qu'elles sont si fond, mais en même temps on les raméne à la qualité de celles-ci. Elles se dégagent de la Constitution où elles étaient enchâssées, et c'est pour cela qu'elles restent en vigueur; mais en même temps elles perdent la force de lois constitutionelles, et dorénavant elles peuvent, comme toute autre lois, être modifiées par le législateur ordinaire. La revólution n'a fait que les déconstitutionnaliser.

Des applications multiples on été faites de cette théorie. C'est ainsi que l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, que garantissait confere les poursuites possibles les agents du Gouvernement (46), c'est maintenu en vigueur sous tous les régimes posterieurs (47) jusqu'à ce qu'il ait été abrogé par un decrét-loi du gouvernement de la défense nationale (48). Ainsi encore, l'article 5 de la Constitution de 1848, portant que "la peine de mort est abolie en matière politique" est consideré comme une loi toujours en vigueur à laquelle il faut conformer les articles du Code Pénal. Enfin le sénatus-consulte du mai 1854, qui régle la Constitution des colonies françaises, et le sénatus-consulte du 4 juillet 1866, qui modifie le premier, sont considérés comme étant toujours en vigueur et n'étant point tombés avec les Constitutions du Second Empire: mais ils n'ont plus que la valeur des lois ordinaires (49)". (*in Élements de Droit Constitutionnel Français et Comparé*. sétima edição, tomo primeiro, p. 580 e 581).

Entre nós, Pontes de Miranda, comentando o art. 187 da Constituição de 1934, externou o seguinte entendimento:

"As leis que continuam em vigor são tôdas as que existiam e não são incompatíveis com a Constituição nova. Inclusive as regras contidas na Constituição anterior, pôsto que como simples leis" (*Comentários à Constituição da República do Brasil*, tomo II, p. 560).

É de convir, no entanto, que essa interpretação embora muito ampla, abrangendo até a regra inserta na Constituição, decorreu da existência de um princípio constitucional:

"Art. 187. Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implìcitamente, não contrariem as disposições desta Constituição".

De igual modo dispôs a Constituição de 1937 (art. 183); sendo que disposição semelhante havia na Carta de 1891 (art. 83).

Todavia, quer o constituinte de 1946. seja o de 1967, com acêrto deixou de seguir essa diretriz. Com respeito à legislação ordinária anterior, segundo o

princípio geral, considera-se revogada naquilo que contrariar ou fôr incompatível com os preceitos constitucionais (§ 1.º, do art. 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil). De outra parte, uma Constituição nova, como instrumento fundamental da estrutura jurídico-política do Estado, ab-roga o diploma básico anterior. Aí um diploma integral substitui o outro, na sua inteireza. Não há razão plausível para o artifício da desclassificação de uma regra constitucional para norma ordinária, subordinando-a a ab-rogação ou derrogação pelo processo legislativo comum. Êste entendimento, a meu ver, justifica a conduta dos constituintes de 1946 e 1967.

Além disso, no caso operou-se apenas uma reforma da Constituição, para efeito de adaptação ao estatuto paradigma. E, se êste, que é o diploma jurídico a estabelecer as coordenadas e os princípios fundamentais destinados a reger a vida do Estado, não acolheu o princípio doutrinário da desclassificação da disposição constitucional para lei ordinária, não vejo como possa fazê-lo o legislador estadual, sem afetar o sistema constitucional maior. Entendimento diversos do esposado conduziria à existência de norma isolada na constituição de um Estado-membro, a quebrar a harmonia do sistema básico, lògicamente preponderante.

Destarte, o texto sob apreciação mostra-se avêsso ao espírito da Lei Fundamental. Em conseqüência, acolho a representação.

VOTO

(Art. 147)

O Sr. Ministro Thompson Flores — Acolho também a inconstitucionalidade argüida. Faço-o porque não posso fugir a que o constituinte estadual operou nesta restrita área.

Em cumprimento ao disposto no artigo 188 da Constituição Federal, duas coisas poderiam suceder: ou adaptava o texto da Constituição local à Federal; ou decorrido o prazo de sessenta dias, as inovações impunham-se, por via de incorporação automática.

Pode suceder, entanto, que no mister de adaptar, de recolher as inovações do Estatuto Máximo, viesse a cobrir faixa constitucional do Estado estranha à pura adaptação. É possível que tais disposições pudessem ter valia superior à lei ordinária. Não é o momento para a classificação.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Vossa Excelência acha que sobreviveu, com caráter constitucional, aquela norma do art. 147?

O Decreto-lei n.º 216, que, a meu ver, interpretou razoàvelmente, sob vários aspectos, o artigo, disse que seria "publicado integralmente".

Foi publicado o texto integral; então haverá um pedaço do nôvo texto e um pedaço do anterior?

O Sr. Ministro Thompson Flores — Só estou pondo em dúvida que se convertesse essa disposição em lei ordinária. Nada mais. O assunto não é nôvo. Não está em julgamento. Quis apenas aflorar para mostrar o desacêrto do disposto no art. 147.

Acompanho o eminente Relator.

VOTO

(Art. 147)

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Estou de acôrdo com o eminente Relator, pelos dois fundamentos, a começar pelo da adaptação, princípio que já sustentei no voto sôbre outro ponto. Quanto à regra contida no art. 147, acompanho a fundamentação de S. Exa., mormente no caso, em que se trata de Constituição Estadual. Se se tratasse do poder constituinte federal, poder-se-ia considerar o problema sob outro ângulo.

VOTO

(Art. 147)

O Sr. Ministro Evandro Lins — Sr. Presidente, o art. 147 pode ser expletivo, inócuo, desnecessário, mas não é

inconstitucional. É uma superfetação, sem qualquer conseqüência; não atenta contra qualquer norma ou princípio da Constituição Federal. O que está escrito no dispositivo impugnado é que os artigos da antiga Constituição estadual, que não estejam em conflito com a Constituição adaptada, continuam em vigor. Parece-me o óbvio; a ressalva era desnecessária.

Não vejo, portanto, conflito algum entre êsse texto e a Constituição Federal. Se êles valem, a meu ver, como normas de Constituição estadual, o rebaixamento feito pelo legislador a normas de natureza ordinária em que ponto se atrita com disposições da Constituição Federal?

Peço vênia ao eminente Relator para rejeitar a argüição de inconstitucionalidade, nos têrmos do parecer da douta Procuradoria-Geral da República.

VOTO

(Art. 147)

O Sr. Ministro Victor Nunes — Peço vênia ao eminente Relator para rejeitar a argüição de inconstitucionalidade, adotando em parte as razões dadas pelo Sr. Ministro Evandro Lins.

O artigo impugnado acolheu um pensamento doutrinário, embora sujeito a controvérsia. A meu ver, não há impedimento na Constituição. Se a Assembléia Legislativa, funcionando como constituinte, podia revogar normas constitucionais, também poderia dispor que tal ou qual norma sobreviveria com a fôrça de lei ordinária. Não vejo texto algum da Constituição Federal que impeça isso.

Não sou muito partidário da doutrina que o artigo impugnado perfilhou. O correto é que o texto constitucional nôvo substitua tôda a estrutura constitucional anterior. Mas não me parece vedado que a própria norma constitucional, fazendo aplicação daquela doutrina, deixe sobreviver como lei ordinária normas que antes eram constitucionais.

O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro — A norma estadual não pode criar nôvo processo de elaboração legislativa.

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Se umas Constituições adotaram e outras assim não procederam, é porque não quiseram que permanecesse no seu todo.

O Sr. Ministro Victor Nunes — O legislador constituinte estadual poderia ter mantido tal ou qual norma na categoria de norma constitucional, no pressuposto, é claro, de não ser incompatível com o nôvo sistema. Se êle poderia fazer muito mais, que era conservar a norma com a sua fôrça própria de norma constitucional, por que não poderia dizer que tal norma sobrevive como simples lei ordinária? Se houver incompatibilidade entre ela e o nôvo sistema constitucional, êste será outro problema. Mas não é isso que estamos discutindo.

O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro — O Constituinte federal poderia. Quanto ao estadual, não vejo como.

O Sr. Ministro Victor Nunes — O constituinte estadual poderia ter mantido ou não o art. 15. Se podia mantê-lo na categoria de norma constitucional, por que não o poderia na categoria de norma ordinária?

O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro — Mas é um dispositivo de natureza constitucional. Como admiti-lo na categoria de norma ordinária?

O Sr. Ministro Victor Nunes — Eu só aceitaria a inconstitucionalidade, se acolhesse o fundamento do voto do eminente Ministro Thompson Flores, a quem tive a honra de apresentar modesta objeção. Se as normas da Constituição anterior devessem subsistir na categoria de normas constitucionais, o problema se resolveria no plano da interpretação, pelo exame da compatibilidade. Mas, a meu ver, nenhuma norma da Constituição anterior sobrevive como norma constitucional. É a doutrina aceita — a meu ver, corretamente — pelo Decreto-lei n.º 216, art. 3.º:

"Promulgada, em texto completo, a nova Constituição estadual, o Governador do Estado poderá, dentro de 60 dias, representar ao Supremo Tribunal Federal, por intermédio do Procurador-Geral da República, sôbre a constitucionalidade das suas disposições".

Portanto, a adaptação ali prevista deveria traduzir-se na publicação de um nôvo texto integral. O que nêle não se incluísse não subsistiria como norma constitucional.

Mas não vejo impedimento para que normas da Constituição anterior, não reproduzidas na nova, subsistam como leis ordinárias, no pressuposto de não haver incompatibilidade, desde que assim tenha disposto o legislador constituinte.

VOTO

(Art. 147)

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Sr. Presidente, a regra máxima a observar, na espécie, está inscrita na Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 2.º:

"Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1.º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

No caso, uma Constituição nova trata de tôda a matéria da Constituição anterior. Se essa norma transcrita é de aplicação pacífica no direito em geral, nas leis de introdução, tenho que, em relação à Constituição, ela tem mais vigor ainda, porque se trata de substituição do sistema político por outro.

Estou de acôrdo com o eminente relator.

PRELIMINAR

O Sr. Ministro Djaci Falcão — Impõe-se, ainda, o exame de certas regras inseridas no Ato das Disposições Transitórias e contra as quais também se argúi a mácula de inconstitucionalidade.

A rigor, nas Disposições Constitucionais Transitórias criam-se normas de eficácia efêmera, destinadas a resguardar certos direitos, sem solução de continuidade, na passagem de um sistema jurídico-político para outro. Na espécie, o legislador paulista afastou-se da exata política de normas transitórias, ao instituir determinadas disposições que não têm por escopo resguardar situações jurídicas; e que, enfim, não se compadecem com o sistema constitucional anterior, nem tampouco se amoldam ao estatuto supremo de 1967. O poder de reforma, para efeito de adaptação, vale insistir, é derivado e limitado; revestindo-se, no caso, de caráter especial, consoante deflui do artigo 188, antes invocado.

VOTO

(Inciso II, do art. 4.º, do Ato das Disposições Transitórias)

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Ficou inserida no Ato das Disposições Transitórias a seguinte determinação:

"Art. 4.º. Serão votados ou adaptados a esta Constituição:

".....

"II — dentro de um ano, o Estatuto dos Servidores do Estado, o Código Judiciário, a Lei Orgânica das Autarquias e Entidades paraestatais, a Lei Orgânica do Ministério Público, a Lei Orgânica da Polícia, o Código de Educação, a Lei de Oficialização de Cartórios e Serventias da Justiça e a Lei da Paridade dos Servidores".

O Sr. Governador do Estado submete, através da Procuradoria da República, ao crivo desta Côrte a parte relativa a "Oficialização de Cartórios e Serventias da Justiça", que, a seu ver, conflita com o art. 60, incs. I e II, da Constituição Federal. O Dr. Procurador da República manifestou-se, afinal, pela improcedência da argüição, fundado em que a regra não conduz à su-

pressão de prerrogativas do Executivo, que poderá exercê-las quando da elaboração da lei. Acresce, no seu entender, que não se pode afirmar, *a priori*, o aumento de despesas decorrente da oficialização de Cartórios e Serventias da Justiça, porquanto "a absorção, pelo Estado, das custas e emolumentos que antes tocariam aos serventuários, pode compensá-las". Todavia, dada a sua relevância, submete-a à consideração desta Côrte.

Tenho para mim que a oficialização de Cartórios e Serventias da Justiça constitui matéria atinente à organização judiciária, que, no dizer de Pimenta Bueno, compreende "a constituição dos diversos órgãos, a composição ou coordenação sistemática dos Tribunais, agentes ou instrumentos da administração da justiça, o complexo das condições que estabelecem o todo e cada um dos Tribunais ou jurisdições, seus graus ou recursos instituídos para proteger os direitos individuais, ordem e paz pública" (*Direito Público Brasileiro*, páginas 338 e 339, edição de 1857).

A organização judiciária tem um largo alcance, a compreender, todo o aparelho que forma e administra a justiça. Envolvendo, assim, não só os juízes, como os auxiliares do Juízo, Com propriedade observa João de Oliveira Filho:

"A Constituição forma o Poder Judiciário, declarando quais os seus órgãos. A lei de organização judiciária põe êsses órgãos em funcionamento, ajustando-lhes os elementos auxiliares. Não se confundem, pois, lei de formação do Poder Judiciário — que é da competência da Constituição, e lei de organização judiciária — que é da competência da legislatura ordinária" (Poder Judiciário, *in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, volume 37/314).

E, como a organização judiciária destina-se a regular o mecanismo e funcionamento do Poder Judiciário, matéria de primordial interêsse dêste Poder, é que o constituinte de 1967, seguindo um critério tradicional (art. 104, letra *c*, da Constituição de 1934, e art. 124, inciso I, da Constituição de 1946), estabeleceu no § 5.º, do seu art. 136:

"Sòmente de cinco em cinco anos, salvo proposta do Tribunal de Justiça, poderá ser alterada a organização judiciária".

Ora, se não havia decorrido o qüinqüênio constitucional, que coincide com os anos de milésimo 3 e 8 (art. 151 da Carta paulista), nem tampouco se trata de lei resultante de proposta do Tribunal de Justiça, o texto inquinado de ilegítimo contrapõe-se, realmente, ao mandamento antes citado.

Além de tudo, a pretexto de solver situações transitórias, o legislador paulista, afastando-se das lindes da adaptação determinada no prefalado artigo 188 e regulamentada no Decreto-lei n.º 216, de 27/2/67, estabeleceu, em prazo certo, a obrigatoriedade da oficialização de Cartórios e Serventias de Justiça, matéria sôbre a qual a Constituição de 1967 não trouxe inovação. Por isso mesmo, do assunto não cuidou o projeto enviado pelo Governador do Estado à Assembléia Legislativa.

Estas considerações parecem-me suficientes para acolher a inconstitucionalidade argüida.

Entrementes, quando assim não fôsse, ter-se-ia malferido a iniciativa exclusiva do Governador do Estado.

Com a racionalização dos serviços administrativos e o planejamento da política financeira, de modo a permitir não só um melhor funcionamento do mecanismo administrativo, mas também, o imprescindível equilíbrio entre a receita e a despesa, no processo de elaboração das leis, ao Poder Executivo ficou reservado, privativamente, a iniciativa dos projetos condizentes à criação de cargos e aumento das despesas públicas.

As Constituições de 1934 e 1946, além do poder concorrente dos integrantes do Congresso e do Chefe do Poder Executivo, ressalvada a competência da Câmara dos Deputados, do Senado e dos

Tribunais federais, no que concerne aos respectivos serviços administrativos, estabeleceram a competência exclusiva do Poder Executivo para os projetos de lei que criem empregos em serviços existentes, aumentem vencimentos ou modifiquem, no curso do exercício, a lei de fixação das Fôrças Armadas (artigos 41, § 2.º, e 67, § 2.º, respectivamente). Sobreveio a Carta Política de 1967 e estatuiu:

"Art. 60. É da competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa das leis que:

"I — *Omissis;*

"II — criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública".

Ainda, com o objetivo de resguardar a Administração Pública, vedou o oferecimento de emendas que "aumentem a despesa prevista" (parágrafo único). Aliás, essa proibição corresponde exatamente àquela fixada no parágrafo único, do art. 4.º, do Ato Institucional n.º 2, de 27/10/65.

Cuida-se de uma prerrogativa constitucional ditada por relevante interêsse administrativo. Com efeito, o chefe do Poder Executivo é quem tem melhores condições para dizer da necessidade da ampliação do quadro de funcionários do Executivo e das possibilidades do erário para atender o aumento de vencimentos ou a despesa pública.

O douto Pontes de Miranda traça, de maneira irrefutável, o alcance dessa limitação de competência, ao dizer:

"Na expressão "leis que aumentem" estão incluídas as leis que dêem vencimentos fixos a quem os tinha provenientes de custas, percentagens, *pro labore*, ou outro meio semelhante de pagamento. Porque, se é certo que o cargo já existia, tem de pesar no orçamento a nova remuneração, sem se poder saber se ela equivale a verba de receita em custas, percentagem, *pro labore*, ou outro meio semelhante de pagamento; tanto mais quanto a experiência administrativa mostra que os cargos, em que há o interêsse individual, pecuniário, do serviço, de ordinário rendem mais, em trabalho, do que os cargos de vencimentos fixos. Por outro lado, bem que a atribuição de vencimentos fixos a funcionário público, que os tinha, não seja criação de cargos, não se pode deixar de considerar a espécie como de aumento de vencimentos do cargo em serviço já existente. Ao Presidente da República é que toca a iniciativa" (*Comentários à Constituição de* 1967, tomo III, p. 163 e 164).

As considerações do eminente jurista refletem a palpável realidade. E como põe em destaque, em parecer oferecido para o caso, o eminente Professor Alfredo Buzaid — "oficializando cartórios e serventias, o Estado pagará aos funcionários vencimentos *certos*, tendo apenas uma perspectiva de emolumentos *incertos*. Portanto, não se pode falar de equivalência ou de compensação".

Sem discutir o acêrto ou desacêrto da oficialização de Cartórios e Serventias de Justiça, tenho para mim que o assunto pelas repercussões de ordem financeira que poderá trazer ao Estado de São Paulo, merece meditação e cautela. Peço a atenção dos meus eminentes colegas, para o modo como se houve o legislador constituinte da Guanabara em 1961, quando, investido de poder constituinte mais dilatado, cingiu-se a editar a seguinte norma:

"Art. 38 — .....

"§ 2.º A lei poderá oficializar, total ou parcialmente, os cartórios e ofícios de Justiça, respeitados os direitos, garantias e vantagens dos seus atuais titulares e serventuários".

Com acêrto, deixou a tarefa ao legislador ordinário.

No caso presente, a matéria haveria de resultar de projeto da iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo (art. 60, inc. II, da Constituição Federal).

De todo o exposto mostra-se evidente a inconstitucionalidade argüida.

VOTO

(Inciso II, do art. 4.º, do Ato das Disposições Transitórias)

O Sr. Ministro Thompson Flores — Senhor Presidente, também estou de acôrdo com o eminente Sr. Ministro Relator.

Para mim, no entanto, os dois fundamentos principais são êstes: primeiro, fugiu ao terreno da adaptação. Está a matéria fora da área do art. 188 da Constituição Federal; e segundo, estabeleceu uma disposição de todo estranha; assinou prazo para que o Poder Executivo enviasse o projeto de sua iniciativa privada.

Atenta, assim, contra o disposto no art. 60 da Constituição Federal.

Não precisaria, por isso, socorrer-me do atentado à Organização Judiciária.

Dou pela inconstitucionalidade.

VOTO

(Art. 4.º, inc. II, do Ato das Disposições Transitórias

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Sr. Presidente, estou de acôrdo com o eminente Ministro Relator, por dois fundamentos: tanto porque foi excedido o poder de adaptação, como porque não seria possível oficializar os Cartórios e Serventias da Justiça, no sentido da impugnada norma, sem iniciativa do Poder Executivo.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Onde suprimiu a iniciativa do Poder Executivo?

O Sr. Ministro Victor Nunes — O texto a suprimiu.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Sem dúvida.

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso — Porque determina que o Executivo faça.

O Sr. Ministro Luiz Gallotti (Presidente) — Por lei. Será feita uma lei.

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Mas, estabeleceu uma obrigatoriedade dentro do qüinqüênio. Seria inválida a prerrogativa.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Ao Poder Executivo, exclusivamente, compete a iniciativa das leis que "criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública".

O Sr. Ministro Victor Nunes — Mas a norma impugnada não diz que a iniciativa seja de *A* ou *B*. Limita-se a marcar prazo: dentro de um ano seriam feitas essas leis.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Se, no caso, é da competência exclusiva do Poder Executivo a iniciativa do processo legislativo, pode a Constituição estadual dispor que será votada, dentro de um ano, a lei?

O Sr. Ministro Victor Nunes — Precisamente por ser disposição transitória, marcou um prazo.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Ao marcar prazo para a votação da lei, ainda que no preceito se compreenda a iniciativa, a ser exercida, obrigatòriamente, dentro do mesmo prazo, a Constituição Estadual feriu o princípio constitucional da competência exclusiva do Poder Executivo para a iniciativa dessa lei.

VOTO

(Art. 4.º, inc. II, do Ato das Disposições Transitórias)

O Sr. Ministro Evandro Lins — Sr. Presidente, o que me impressiona no *caput* do art. 4.º, é que aí se estabelece: "serão votados ou adaptados a esta Constituição". É uma norma imperativa.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Até para o Poder Legislativo.

O Sr. Ministro Evandro Lins — Sem fixar as condições em que essas diversas leis deveriam ser analisadas, apreciadas e examinadas pela Assembléia Legislativa.

O Sr. Ministro Victor Nunes — E por que não seriam inconstitucionais as outras leis? A Lei Orgânica das Autarquias e Entidades Paraestatais, a Lei Orgânica do Ministério Público?

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Porque não houve argüição.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Mas a razão é a mesma.

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Mas não foram argüidas.

O Sr. Ministro Evandro Lins — A Lei Orgânica das Autarquias e Entidades Paraestatais e a Lei Orgânica do Ministério Público também não dependem. É outro problema; como está escrito, não dependem da iniciativa de outro Poder. A Lei Orgânica da Polícia também não depende, assim como o Código de Educação.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Se a lei não se chamasse orgânica...

O Sr. Ministro Evandro Lins — A iniciativa tem que ser do Judiciário.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Por que vamos suprimir a iniciativa do Poder Judiciário?

O Sr. Ministro Evandro Lins — Porque aqui se diz: serão votados no prazo de um ano.

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso — Mas que iniciativa coagida é esta?

O Sr. Ministro Evandro Lins — O Legislativo se arrogou o poder de votar essa lei sem a iniciativa do poder competente.

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — É um cerceamento.

O Sr. Ministro Evandro Lins — A inconstitucionalidade, a meu ver, está aí. Em tôdas as outras leis previstas na disposição impugnada, a iniciativa pode ser do Legislativo, menos nesta. Nesta, êle não pode ter a iniciativa. Portanto, não poderia impor a regra atacada.

O Sr. Ministro Victor Nunes — A Constituição de 1891 mandava que se mudasse a Capital. Nunca se cumpriu êsse mandamento na sua vigência e nada aconteceu.

O Sr. Ministro Evandro Lins — Não é a mesma coisa.

Peço vênia para acompanhar o eminente Sr. Ministro Relator.

VOTO

(Art. 4.º, inc. II, do Ato das Disposições Transitórias)

O Sr. Ministro Victor Nunes — Peço vênia para discordar, rejeitando a inconstitucionalidade. Primeiro, porque interpreto o art. 188 da Constituição em têrmos mais amplos, como já mencionei. Segundo, porque o artigo impugnado se limitou a marcar prazo, sem estabelecer quaisquer sanções. A meu ver, também não dispensou qualquer das formalidades do processo legislativo, sequer a da iniciativa.

VOTO

(Art. 4.º, inc. II, do Ato das Disposições Transitórias)

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Sr. Presidente, estou de acôrdo com a declaração de voto do eminente Senhor Ministro Victor Nunes, com a devida vênia.

VOTO

(Art. 4.º, inc. II, do Ato das Disposições Transitórias)

O Sr. Ministro Luiz Gallotti (Presidente) — Peço vênia ao eminente Sr. Ministro Relator, cujo voto magistral acompanhei com a maior atenção, para ficar vencido, também fiel a uma opinião, que é de 10 de dezembro de 1947, dois meses depois que eu havia assumido a Procuradoria-Geral da República, ao dar parecer na representação n.º 99. Era um caso do Paraná, em que se havia alterado a Organização Judiciária sem iniciativa do Tribunal de Justiça, mas tratava-se de alteração feita pela Constituição Estadual. Disse então.

"A questão a resolver é a seguinte:

O art. 124, n.º VIII, da Constituição estabelece que os Estados, ao or-

ganizarem a sua justiça, obedecerão, entre outros princípios, ao de que só por proposta do Tribunal de Justiça poderá ser alterado o número de seus membros.

Pergunta-se se essa limitação atinge apenas o Poder Legislativo ordinário, ou alcança também o Poder Constituinte.

Caso análogo ocorreu em 1935, no Estado do Piauí.

E o Tribunal daquele Estado o solucionou do mesmo modo por que o fêz agora o do Paraná (v. *A.J.*, 36/64 e *Rev. de Crítica Judic.*, vol. 22/278).

A Constituição Federal de 1934, à maneira da atual, estatuía "a inalterabilidade do número de juízes da Côrte de Apelação, a não ser por proposta da mesma Côrte" (art. 104, letra *d*).

O problema jurídico então discutido era, pois, idêntico ao que ora se nos apresenta.

Os juristas, que então foram ouvidos, dividiram-se.

Opinaram pela constitucionalidade do preceito da Carta estadual Epitácio Pessoa, Carlos Maximiliano, Eduardo Espinola, Cardoso de Melo Neto, Godofredo Viana, Antônio Carlos e outros. (*Rev. de Crítica Judic.*, vol. 22, p. 287), e pela inconstitucionalidade João Mangabeira, Levi Carneiro, Clovis Bevilacqua, Astolfo Rezende, Pontes de Miranda e Agamenon Magalhães".

Seguem-se, então muitas páginas. E, depois de resumir essas opiniões tôdas, menciono um detalhe interessante:

"O acórdão do Tribunal piauiense censura a colocação de Antônio Carlos entre os constitucionalistas consultados, estendendo-lhe o reparo de Carlos Maximiliano, quando recusou semelhante título ao primeiro Andrada daquele nome.

Em nosso entender, a censura não procede. Porque uma inteligência peregrina, como a de Antônio Carlos, grande entre as maiores com que já contou a nossa Pátria, mesmo não sendo especializada no estudo de direito constitucional, será sempre capaz de examinar com brilho um problema dêsse ramo do direito e apreciá-lo com possibilidade de acertar pelo menos igual à de certos juristas alentados que, no dizer de Lauro Müller, "sabem mais do que podem"; isso sem falar que Antônio Carlos fôra o Presidente da Assembléia Nacional Constituinte".

A seguir, emito a minha opinião:

"Não temos dúvida de que, em regra, as limitações contidas no artigo 124 da Constituição atingem, quer o Poder Legislativo ordinário, quer o Constituinte estadual. Porque, em regra, elas disciplinam matéria da competência do legislador ordinário, e evidente seria a sua burla e dos fins a que visou a Constituição Federal, se o legislador constituinte as contrariasse.

No caso em exame, porém, relativo à exigência de proposta do Tribunal de Justiça para que possa ser alterado o número de desembargadores que o integram, há que distinguir, a nosso ver, entre a hipótese de *fixação* daquele número pelo Poder *Constituinte* e a de sua *alteração* pelo Poder *Legislativo*.

No segundo caso, prevalecerá a regra de exigir-se prévia proposta do Tribunal de Justiça; no primeiro, não".

Assim, *data venia* do eminente Senhor Ministro Relator, rejeito a argüição de inconstitucionalidade.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Luiz Gallotti — A Representação 99 foi julgada procedente, contra os votos do inolvidável Ministro Castro Nunes e do eminente Ministro Barros Barreto.

De uma leitura mais detida do meu parecer, que é muito longo, verifiquei agora que fizera uma distinção, a que, no caso presente, não atendi. Disse eu, naquele parecer:

"Não temos dúvida de que, em regra, as limitações contidas no artigo 124 da Constituição atingem, quer o poder legislativo ordinário, quer o constituinte estadual. Porque, em regra, elas disciplinam matéria da competência do legislador ordinário, e evidente seria a sua burla e dos fins a que visou a Constituição Federal, se o legislador constituinte as contrariasse".

Tive em mira o caso em que o constituinte estadual, para fugir ao mandamento da Constituição Federal, introduza na Constituição matéria que é de lei ordinária.

E prosseguia então no citado parecer:

"No caso em exame, porém, relativo à exigência de proposta do Tribunal de Justiça para que possa ser alterado o número de desembargadores que o integram, há que distinguir, a nosso ver, entre a hipótese de fixação daquele número pelo Poder Constituinte e a de sua alteração pelo Poder Legislativo.

No segundo caso, prevalecerá a regra de exigir-se prévia proposta do Tribunal; no primeiro, não.

Nem se diga que a fixação, na Lei Magna, do número de membros dos Tribunais, foge à nossa tradição constitucional.

Já temos exemplo na Constituição de 1891, que fixou o número de juízes do Supremo Tribunal Federal".

Faço, então, um exame longo, citando Pedro Lessa, João Barbalho, Carlos Maximiliano, James Bryce e outros, para mostrar porque, entre nós, essa matéria se tornou constitucional, sobretudo pela preocupação causada, à vista do que aconteceu nos Estados Unidos, onde o número de membros da Côrte Suprema variou, por lei ordinária, conforme as conveniências políticas.

Para ficar coerente, portanto, em vez de divergir, devo concordar com o eminente Relator.

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Com muita honra para mim.

VOTO

(Art. 10 do Ato das Disposições Transitórias)

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — "Art. 10. Os extranumerários dos três podêres e entidades autárquicas, com mais de dois anos de contínuo e efetivo exercício no serviço público estadual, dispensados sem processo administrativo, em que lhes tenha sido assegurada ampla defesa, serão readmitidos e enquadrados nas disposições do artigo anterior, ressalvado o estabelecido no art. 173 da Constituição do Brasil".

O preceito assegura a readmissão de extranumerários, que passarão a integrar, em caráter efetivo, o quadro do funcionalismo (art. 9.º). Ocorre que os extranumerários, como servidores demissíveis *ad nutum*, no sistema jurídico anterior (art. 188 da Constituição de 1946) podiam ser dispensados de suas funções. O seu reingresso no serviço público, em caráter efetivo, sem prévia aprovação em concurso, infringe o disposto nos artigos 95, § 1.º, e 99, § 1.º, da Lei Máxima. À Constituição do Estado não é dado afrontar as "normas relativas aos funcionários públicos", inscritos na Carta básica, e de aplicação obrigatória nos Estados e Municípios (art. 13, inc. V, e artigo 106).

É de se atentar para que a regra em apreciação nada tem de comum em relação ao preceito do § 2.º, do artigo 177, da Constituição Federal, que visa amparar servidores em exercício, conferindo-se-lhes estabilidade, e não servidores demissíveis ao nuto da Administração, sem nenhum liame atual com o serviço público. Afigura-se-me clara a inconformidade dêste dispositivo com os arts. 95, § 1.º, e 99, § 1.º, da Carta Federal.

VOTO

(Art. 10 do Ato das Disposições Transitórias)

O Sr. Ministro Thompson Flores — Sr. Presidente, estou de acôrdo com o eminente Sr. Ministro Relator. Acrescento, a matéria é estranha à adaptação.

VOTO

(Art. 10 do Ato das Disposições Transitórias)

O Sr. Ministro Themistocles Cavalcanti — Sr. Presidente, acho que a matéria é estranha à adaptação. Excede de muito o princípio do artigo 188. E, além do mais, fere dispositivos constitucionais que se referem ao provimento de cargos públicos.

VOTO

(Art. 11 do Ato das Disposições Transitórias)

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — "Art. 11. São reintegrados em seus cargos os servidores públicos, bem como os empregados de autarquia ou de sociedade sob contrôle acionário do Estado, ou das ferrovias, dispensados sem as formalidades legais, a partir de 1.º de abril de 1964, até a data da vigência dêste Ato".

A norma manda reintegrar servidores públicos, bem assim empregados de sociedades sob contrôle acionário do Estado. A reintegração, como é sabido, importa na recondução do funcionário ao cargo do qual foi destituído, assegurado o ressarcimento dos prejuízos, inclusive o direito de acesso, desde que reconhecida a ilegalidade do ato demissório, mediante decisão judicial ou administrativa. Decorre, pois, de decisão em processo administrativo ou judicial (artigo 190 da Constituição Federal de 1946, parágrafo único do art. 58 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União).

O Sr. Ministro Victor Nunes — Só poderia haver reintegração por sentença judiciária?

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Não só por decisão judiciária, mas também, mediante processo administrativo.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Qual o pressuposto do artigo impugnado? Que tenha sido ilegal a demissão.

O Sr. Ministro Evandro Lins — Em última análise, quem vai dizer isso é o Poder Judiciário.

O Sr Ministro Victor Nunes — Não diz quem vai dizer.

O Sr. Ministro Evandro Lins — A autoridade administrativa ou o Poder Judiciário.

O Sr Ministro Victor Nunes — Pressuposta a ilegalidade, por dispensa das formalidades, a conseqüência é a reintegração.

O Sr. Ministro Evandro Lins — Não houve inconstitucionalidade.

O Sr Ministro Victor Nunes — Vamos decidir que é inconstitucional dispositivo que manda reparar ilegalidade?

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — A regra, que está mal redigida, contrapõe-se ao sistema jurídico-constitucional, além de fugir aos limites traçados no art. 188 da Carta de 1967.

O Sr Ministro Victor Nunes — Mas o pressuposto é a ilegalidade.

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator — Vejam, manda reintegrar quem haja sido dispensado a partir de 1.º de abril de 1964, indistintamente; sem distingüir servidores estáveis, ou que se encontrassem em estágio probatório. Generaliza, de modo absurdo, contra os referidos princípios.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Quem haja sido dispensado ilegalmente.

O Sr. Ministro Evandro Lins — Manda que se cumpra a lei federal.

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Vou concluir:

Mas, não é só isso. No que toca a reintegração de empregados de sociedades de economia mista, das quais participe o Estado, é de convir que se tratando de pessoa jurídica de direito privado, a relação contratual do trabalho está sujeita à Consolidação das Leis do Trabalho. O modo e a forma de reintegração do pessoal dispensado por essas entidades situam-se na órbita do direito federal. Daí a evidente ofensa à competência da União para legislar sôbre a matéria, conforme está expresso no art. 8.º, do inc. XVII, letra *b*, da Carta Federal de 1967, correspondente ao art. 5.º, inc. XV, letra *a*, do diploma anterior.

O art. 11 está em desacôrdo com o estatuto básico da nossa organização política, bem assim foge ao exato alcance da adaptação, sendo, destarte, irrecusável a inconstitucionalidade levantada.

VOTO

Art. 11 do Ato das D. G. T.)

O Sr. Ministro Thompson Flores — — Senhor Presidente.

Como o eminente Relator, dou pela inconstitucionalidade. Faço-o, especialmente, por contravir o art. 188 da Constituição Federal. Não se trata de adaptação.

Quando, assim, não sucedesse, valeriam os demais argumentos invocados pelo douto Relator.

VOTO

Art. 11 do Ato das D. G. T.)

O Sr. Ministro Themistocles Cavalcanti — Também acho que foge muito ao princípio da adaptação.

Além do mais, o dispositivo é extremamente vago, não se refere a funcionários estáveis; penetra na área das sociedades de economia mista, que são reguladas pela lei das sociedades anônimas. Enfim, é um dispositivo que, a meu ver, tem os bons propósitos de rever os atos praticados ilegalmente, e êste Tribunal já se tem manifestado e reintegrado diversos funcionários que têm sido demitidos, ilegalmente, mas não com aplicação dessa figura. Acho que foge ao princípio da adaptação.

VOTO

Art. 11 do Ato das D. G. T.)

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Senhor Presidente, dou pela inconstitucionalidade, primeiro, porque foge à adaptação o dispositivo; segundo, pela generalidade do preceito, que manda reintegrar: *a*) servidores públicos, sem nenhuma distinção entre os funcionários públicos, estáveis, ou não; *b*) empregados das pessoas jurídicas mencionadas no mesmo artigo 11. A Constituição Federal, no art. 163, § 2.º, prescreve que, na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as emprêsas públicas, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às emprêsas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações. Se o empregado é despedido fora das condições legais, o direito que êle tem é o da legislação do trabalho. Sòmente caberá a reintegração, se gozar da estabilidade. A Constituição de São Paulo não fêz distinção, quanto à situação dos aludidos empregados.

Estou de acôrdo com o eminente Relator.

VOTO

Art. 11 do Ato das D. G. T.)

O Sr. Ministro Evandro Lins — Pelos apartes já dados, antecipei o meu ponto de vista, pela rejeição da argüição da inconstitucionalidade.

Não ha manifesta inconstitucionalidade na disposição atacada, porque, na realidade, ao que ela atende é à reparação de ilegalidades cometidas contra servidores empregados de autarquias, de sociedades sob o contrôle acionário do Estado. Claro que essas

ilegalidades serão verificadas pelos processos normais de sua apuração.

Não vejo eiva de inconstitucionalidade no artigo. Rejeito, por isso, a Representação, neste ponto.

VOTO

Art. 11 do Ato das D. G. T.)

O Sr. Ministro Victor Nunes — Sr. Presidente, com a vênia do eminente Ministro Themistocles Cavalcanti, eu queria pedir a consideração dos eminentes colegas para o problema.

Trata-se de atos praticados pelo Govêrno estadual. E é a Constituição estadual que manda rever os atos ilegais. Vamos dizer que isso é inconstitucional?

O Sr. Ministro Evandro Lins — Se o eminente Relator permitir, parece que a Constituição Federal é expressa, em sentido contrário, dando autonomia aos Estados nessa matéria. Vamos verificar o que diz o art. 173 da Constituição:

"Art. 173. Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I — .....

II — as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos e Vereadores, fundados nos referidos Atos Institucionais".

Já dentro da sistemática do Ato Institucional n.º 2, não se excluíam, no art. 19, da apreciação do Judiciário, os atos praticados pelos Governos estaduais.

O Ato Institucional n.º 2 e a Constituição de 1967 permitem que o Poder Judiciário examine os atos praticados pelos Governos estaduais, com base nos Atos Institucionais.

Temos sentenciado, no Supremo Tribunal, que o exame dêsses atos está limitado às formalidades extrínsecas. Mas há opiniões abalizadas entendendo que êsse exame possa ir até o mérito dos atos dos Governos estaduais. O Supremo Tribunal tem concedido diversos mandados de segurança, contra atos praticados por Governos estaduais com base nos Atos Institucionais.

O Sr. Ministro Djaci Falcão — V. Exa. atente para que aí são revistos os atos.

O Sr. Ministro Evandro Lins — Onde está a proibição dos Governos estaduais reverem as punições por êles mesmos aplicadas?

O Sr. Ministro Victor Nunes — Não manda rever todos êsses atos. Só aquêles cuja ilegalidade se apure "em processo regular".

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — E ampliou a defesa, além de permitir o exame dos atos aprovados pelo art. 173 da nova Carta Política.

O Sr. Ministro Evandro Lins — Procurou-se vencer um período anormal, em que as garantias não foram respeitadas e em que vários Governadores abusaram da faculdade de demitir e de impor sanções aos seus inimigos políticos. Se a lei permite a revisão — não se trata de anistia — estabelecendo condições para verificar se êsses atos foram praticados com abuso de poder, sem garantir aos funcionários o direito de defesa ou com inobservância de formalidades legais, onde a inconstitucionalidade, em face do direito federal?

Peço permissão, Sr. Presidente, para rejeitar a argüição de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Sr. Presidente, peço vênia ao Senhor Ministro Relator e aos que o apóiam, para acompanhar o Sr. Ministro Evandro Lins.

É função dêste Tribunal restabelecer direitos. Não consigo comprender, *data venia*, como podemos declarar inconstitucional uma disposição que manda restabelecer direitos. Vamos censurar um Estado que tomou a iniciativa

de fazer a revisão de suas próprias ilegalidades?

Não se trata, no caso, de corrigir injustiças, do ponto de vista moral ou subjetivo. O que determina o preceito ora impugnado é que sejam revistos os atos que foram praticados ilegalmente, em face da própria legislação revolucionária.

Ainda há dias, no caso do Doutor Evandro Correia de Menezes, a maioria do Tribunal entendeu que a Revolução ficou submetida à legislação por ela editada.

O Sr. Ministro Amaral Santos — Eu me recordo de que foi dito que era êsse um caso particularíssimo.

O Sr. Ministro Luiz Gallotti (Presidente) — A maioria se formou com respeito à coisa julgada.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Não resta dúvida.

O Sr. Ministro Amaral Santos — Foi caso particularíssimo, entre aspas. Foi nessa condição que votei.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Os eminentes Ministros Amaral Santos e Luiz Gallotti têm razão em dizer que se teve em conta a configuração peculiar do caso. Mas alguns dos eminentes Ministros afirmaram que a Constituição, de inspiração revolucionária, não poderia ter legalizado os atos que fôssem ilegais em face da própria legislação revolucionária. Agora, vemos um Estado que toma a iniciativa meritória de rever as ilegalidades cometidas na esfera estadual. E nós, que já temos reparado algumas dessas ilegalidades, vamos dizer que essa iniciativa é inconstitucional?

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Mas não manda, sòmente, rever a ilegalidade. Destoa da legislação federal, do art. 173, quando permite a "ampla defesa ou a inobservância das formalidades legais". E essa legislação foi aprovada pelo Lei Maior.

O Sr. Ministro Victor Nunes — Agradeço a observação, mas peço a V. Exa. que atente para a condição estabelecida. Êle fala em processo regular, mas para quê? Para a revisão. Êste é o texto: "desde que, em processo regular, se apure não lhes ter sido assegurado o direito a ampla defesa ou a inobservância das formalidades legais".

Que pode estar aqui a mais do que estava na legislação revolucionária? É apenas o adjetivo *ampla*, qualificando a defesa: "ampla defesa". Mas podemos dizer que é inconstitucional a iniciativa de um Estado que deseja, êle próprio, fazer respeitar o direito da ampla defesa?

É a própria Assembléia do Estado, funcionando como poder constituinte, que diz: — Não nos contentamos com a defesa ilusória, com a defesa fictícia. Queremos que ela tenha sido ampla. Se não tiver sido ampla, revejase o ato.

E nós, que estamos revendo punições em que os atingidos não puderam defender-se, podemos dizer que é inconstitucional essa iniciativa da assembléia constituinte do Estado?

Senhor Presidente, peço vênia para rejeitar a argüição de inconstitucionalidade.

VOTO

(Art. 12 do Ato das Disposições Transitórias)

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — "Art. 12. São revistos os atos punitivos contra os servidores públicos, expedidos com base em sindicância sumária, entre 9 de abril e 9 de outubro de 1964, assegurando-selhes a reintegração no respectivo cargo ou função idêntica, desde que, em processo regular, se apure não lhes ter sido assegurado o direito de ampla defesa ou a inobservância das formalidades legais".

A norma institui verdadeira revisão das sanções aplicadas aos servidores públicos do Estado, com base no Ato Institucional n.º 1, de 9/4/64, mediante processo administrativo, em que se examine a ocorrência de "ampla de-

fesa ou a inobservância das formalidades legais". Verifica-se da leitura no § 4.º, do art. 7.º, do Ato Institucional n.º 1, que sòmente ao Poder Judiciário foi atribuído competência para apreciar a aplicação das sanções previstas no § 1.º, do mesmo artigo, cingindo-se o exame às formalidades extrínsecas. Jamais foi conferido tal mister a autoridade administrativa, inclusive pelo constituinte de 1967, que, no art. 173, aprovou e excluiu de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução; pelo Govêrno Federal, com base nos Atos Institucionais n.ºs 1, 2, 3 e 4, e nos Atos Complementares (inc. I). Aliás, não mereceu acolhida emenda da autoria do Senador Eurico Rezende, no sentido de permitir a revisão das punições impostas com base nos Atos Institucionais (ver *A Constituição Federal de 1967* comentada, vol. II, página 531 e 532, ROBERTO BARCELLOS DE MAGALHÃES).

As sanções impostas pelo Governador do Estado, com base no art. 7.º, § 1.º, do Ato Institucional n.º 1, são suscetíveis apenas do contrôle, jurisdicional, consoante o mandamento inserido no seu § 4.º.

Além disso, a regra impugnada fala em "direito de ampla defesa ou a inobservância das formalidades legais", destoando da legislação revolucionária, que se refere tão-sòmente a "oportunidade de defesa oral ou escrita, ao indiciado, que para isso será ouvido em prazo razoável, não excedente de oito dias, se não tiver antes apresentado seus motivos em depoimentos ou por outra forma" (art. 5.º do Decreto-lei n.º 53.897, de 27/4/64). Disposição de natureza legislativa expedida pelo Presidente da República e aprovado pela Constituição de 1967 (inc. III do art. 173, foge à competência do legislador Estadual.

O texto em exame não se concilia com o espírito da norma editada no artigo 173, anteriormente invocado. Cuida-se, à tôda evidência, de matéria que está inserta numa hierarquia legislativa superior, resguardada, inclusive, pelo art. 173 da Carta Política. Fugindo, em conseqüência, aos limites da adaptação ordenada pelo art. 188.

Manifesta é a sua ilegitimidade.

VOTO

(Art. 12 do Ato das D. G. T.)

O Sr. Ministro Victor Nunes — Senhor Presidente, como antecipei nos apartes, também rejeito a argüição de inconstitucionalidade.

Penso que essa norma não esgota a disciplina jurídica da situação mencbionada. Quando a reintegração fôr conversível em indenização, o direito de reintegração, que a norma consagra, não impede que a conversão seja feita. O princípio essencial do preceito impugnado é a reparação da ilegalidade. Não posso ter por inconstitucional uma disposição que manda reparar ilegalidades.

VOTO

(Art. 12 do Ato das D. G. T.)

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Sr. Presidente, entendo que êsse dispositivo referente a serviço público diz respeito a serviço local; trata-se, portanto, de atos de Governador, quando muito de Prefeito. Êsses atos de Prefeito não estão aprovados pelo artigo 173 da Constituição Federal; assim, verifico que a norma está nos rumos do referido artigo e, mais ainda, nos rumos da própria legislação revolucionária, que exige defesa nos processos de revisão e de demissão de funcionários.

Data venia, acompanho o voto do Sr. Ministro Victor Nunes.

VOTO

(Art. 17 do Ato das Disposições Transitórias)

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator — A última argüição prende-se à regra inserta no art. 17, *in verbis*:

"Art. 17. São cancelados os débitos fiscais, ajuizados ou não, provenientes da incidência, na exportação de produtos hortifrutícolas, dos tributos extintos por fôrça da reforma do sistema tributário brasileiro, operada pela Emenda Constitucional n.º 18, de 1 de dezembro de 1965".

Acolho a argüição de inconstitucionalidade dêste artigo. Importa êle na concessão de um favor fiscal, consistente no cancelamento de débitos tributários decorrentes de exportação de produtos hortifrutícolas.

Antes de tudo, essa regra foge ao alcance da adaptação da Carta Política local ao modêlo federal, eis que, como põe em realce o parecer da Procuradoria-Geral "nesse trabalho de adaptação não era possível, sob color de resolver situações transitórias, criarem-se normas que seriam incompatíveis tanto com a Constituição anterior quanto com a nova".

O legislador aí não está atendendo a uma situação fiscal que sofreu mutação com o sistema tributário adotado na Constituição nova. É de se considerar que o Estado-membro perdeu a competência sôbre o impôsto de exportação em dezembro de 1965, quando a Emenda Constitucional n.º 18 situou êste tributo na área da União (artigo 7.º, inc. II).

Já estava eliminado da competência tributária do Estado o impôsto incidente sôbre mercadorias exportadas para o estrangeiro

Não havia, pois, uma situação jurídica a resguardar.

Escapando a matéria ao alcance da convocação legislativa, sòmente poderia caber em lei ordinária, mediante iniciativa do Poder Executivo, por se tratar de lei sôbre matéria financeira (artigo 60, inc. I, da Carta Federal, a que corresponde o art. 23, inc. I, da Constituição Paulista).

Daí, a sua incoformidade com a Lei Maior.

EXTRATO DA ATA

Rp 753 — SP — Rel., Ministro Djaci Falcão. Rpte. Procurador-Geral da República. Rpda. Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

Decisão: Julgou-se procedente, em parte, a representação, declarados inconstitucionais: os vocábulos "através do Tribunal de Justiça" no inciso V do art. 55 da Constituição do Estado, unânimemente; o art. 147 da mesma Constituição, contra os votos dos Ministros Evandro Lins e Victor Nunes; o inciso II do art. 4.º das Disposições Transitórias, contra os votos dos Ministros Victor Nunes e Gonçalves de Oliveira; o art. 10 das mesmas Disposições, unànimemente; o art. 11 dessas Disposições, contra os votos dos Ministros Evandro Lins e Victor Nunes; o art. 12 das mesmas, contra os votos dos Ministros Evandro Lins, Victor Nunes, Gonçalves de Oliveira e Presidente Luiz Gallotti; o art. 17 das mesmas Disposições, unânimemente. Quanto ao mais, foi julgada improcedente a Representação unânimemente, salvo no tocante ao inciso II, letras *a* e *b*, do art. 92 da Constituição do Estado, em que foram vencidos os Ministros Eloy da Rocha e Hermes Lima. Votou em tôdas as argüições o Presidente, por se tratar de matéria constitucional. Falaram, o Dr. Luiz Carlos Pujol pelos serventuários do Estado de São Paulo; o Doutor Heládio Toledo Monteiro pelo Governador do Estado de São Paulo; o Doutor Dario de Almeida Magalhães pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, o Doutor José Guilherme Villela pelos Ministros do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e pela Associação Profissional do Comércio Atacadista do Estado de São Paulo; o Dr. Mayr Godoy pelos Tribunais de Contas dos Municípios do Estado de São Paulo. Falou, sustentando o parecer, o Procurador-Geral da República, Dr. Decio Miranda.

Presidência do Sr. Ministro Luiz Gallotti. Presentes à sessão os Senhores Ministros Thompson Flores, Amaral Santos, Themistocles Cavalcanti, Barros Monteiro, Adaucto Cardoso, Djaci Falcão, Eloy da Rocha, Oswaldo Trigueiro, Adalício Nogueira, Evandro Lins, Hermes Lima, Victor Nunes e Gonçalves de Oliveira. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Lafayette de Andrada e Aliomar Baleeiro.