LEI MUNICIPAL — ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE — REPRESENTAÇÃO — REGIMENTO INTERNO DOS TRIBUNAIS — CARGO DE CARREIRA — PROVIMENTO

— A inconstitucionalidade de lei municipal pode ser argüida pelo Procurador-Geral da Justiça.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Procurador-Geral da Justiça do Estado *versus* Município de Porto Alegre.
Litisconsortes: Job Diniz Silveira e outro.
Representação nº 19 523 — Relator: Sr. Desembargador
HERMANN HOMEM DE CARVALHO ROENICK

ACÓRDÃO

Acordam, em reunião plenária do Tribunal de Justiça, rejeitar, unanimemente, as preliminares de ilegitimidade de parte do Procurador-Geral da Justiça e de incompetência do Tribunal e, por maioria, vencidos os Des. Relator, Bonorino Buttelli, Rubens Rebelo Magalhães e os Drs. Édson Alves de Souza e José Barison, a preliminar de decadência; no mérito, por maioria, julgar improcedente a representação de inconstitucionalidade do art. 3.º da Lei municipal n.º 3 618, de 18.4.1972, do município de Porto Alegre, vencidos os Des. Emílio Gischkow, Antônio Vilela Amaral Braga e os Drs. Athos Gusmão Carneiro e Édson Alves de Souza, tudo de conformidade e pelos fundamentos constantes das notas taquigráficas anexas, que ficam integrando o presente acórdão, inclusive o relatório de fls. dando-se ciência ao Prefeito municipal de Porto Alegre, com o envio de cópia da presente decisão.

Participaram do julgamento, além dos signatários, os Des. Telmo Jobim, Júlio Costamilan Rosa, José Faria Rosa da Silva Lívio da Fonseca Prates, Nilo Teixeira de Souza, Jorge Ribas Santos, Júlio Martins Porto, Paulo Barbosa Lessa, Marcolino Moraes, Bonorino Buttelli, Emílio Gischkow, Charles Edgar Tweedie, Antônio Amaral Braga, Peri Rodrigues Condessa, Rubens Rebelo Magalhães, os Drs. Athos Gusmão Carneiro, Édson Alves de Souza e José Barison.

Porto Alegre, 5 de novembro de 1973 Pedro Soares Muñoz, pres. com voto, Hermann Homem de Carvalho Roenick, relator.

RELATÓRIO

(*Lê o relatório escrito.*)

VOTO

O Des. Hermann Homem de Carvalho Roenick (relator): Sr. Presidente. Com referência às suas primeiras preliminares, suscitadas pela digna autoridade municipal e endossadas pelos litisconsortes admitidos

ao relacionamento em causa, tenho que a matéria já restou suficientemente discutida e equacionada quando por ocasião do julgamento da representação n.º 19 522, em que foi relator o eminente Des. Emílio Gischkow.

Assim, em primeiro passo, tenho como perfeita a legitimação ativa do Dr. Procurador-Geral da Justiça para argüir a inconstitucionalidade de lei municipal em tese, posto que isso decorre, indubitavelmente, dos princípios instituídos na Carta Maior da Federação. Se o controle da norma estadual é feito pelo Supremo, ante provocação do Procurador-Geral, por força da simetria que preside à organização política do País, o Procurador do Estado pode provocar o exame, perante o órgão maior do Judiciário estadual, da norma municipal. E nem se compreenderia que a inconstitucionalidade ficasse apenas ao arbítrio, no tocante à sua argüição, do Chefe de Executivo municipal, ou do particular caso a caso.

Como salientou o douto Relator, naquela representação mencionada, "é inequívoco que a observância dos princípios constitucionais se impõe no plano federal, no plano estadual e no plano municipal", e, mais adiante, no seu voto, deixou assente que "o Procurador-Geral do Estado, de ofício, pode representar ao Tribunal sempre que tiver conhecimento de inobservância de princípio estabelecido na Constituição estadual, no que se refere a qualquer dispositivo dela, mas no que diz respeito ao município".

A toda evidência, se é admitida a legitimidade ativa do Procurador-Geral da Justiça, para representar acerca de inconstitucionalidade, em tese, de lei municipal, é óbvio que o órgão competente para o seu exame é o Tribunal de Justiça do Estado, em composição plenária. Considerada, novamente, a linha simétrica, só a esse organismo poderia se atribuir a competência para o julgamento da matéria em debate, visto tratar-se — como ressalta — de ação direta de inconstitucionalidade, objetivando uma decisão com carga preponderantemente declarativa, mas de caráter desconstitutivo, e cuja matéria se exaure nesse aspecto, e tal conclusão, a teor de que dispõe o art. 116 da Carta Magna da República.

Rejeito, pois, Sr. Presidente essas duas primeiras preliminares. Dou o Dr. Procurador-Geral da Justiça como legitimado, ativamente, para argüir a inconstitucionalidade de lei municipal, em tese, e, em conseqüência, o Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça como o órgão competente para apreciar a questão.

Destaco as preliminares.

O Sr. Presidente (Des. Pedro Soares Muñoz): Também estou de acordo com o eminente Relator. Aliás, assim votei em duas ocasiões anteriores, em que este Tribunal se manifestou a respeito da mesma espécie.

Rejeitadas as duas preliminares, por unanimidade de votos.

O Des. Hermann Homem de Carvalho Roenick (relator): Sr. Presidente, Resta, agora, uma terceira preliminar, ou seja, a relativa à intempestividade da argüição, posto que teria sido desrespeitado o prazo decadencial estabelecido na Lei n.º 4 337, de 1.º.6.1964, em seu art. 2.º.

O problema se me afigura de alta relevância, não parecendo tão singelo como, à primeira vista, se poderia supor.

Pediria vênia, inicialmente, para enfrentar o problema, perquirindo do aspecto procedimental da representação. Observe-se que a admissibilidade da argüição de inconstitucionalidade de lei municipal, em tese, é fruto exclusivo de construção, vez que inexiste qualquer texto constitucional expresso versando a matéria. A própria Lei n.º n.º 5 778, de 16.5.1972, conforme se vê da "Exposição de Motivos" da la-

vra do Professor e Ministro Alfredo Buzaid, foi elaborada "para suprir a falta de disposições que regulem o procedimento da representação formulada pelo Chefe do Ministério Público estadual para intervenção nos municípios". Ainda, na mesma "Esposição", verifica-se a seguinte assertiva: "Para preencher essa lacuna, parece indicado mandar aplicar a essa nova forma de representação o procedimento já consagrado da ação direta para declaração de inconstitucionalidade, regulada pela Lei n.º 4 337, de 1.º.6.1964, eliminando-se, por ser desnecessário, o recurso de embargos previsto no art. 6.º da referida lei. Com essa medida, os Estados deterão instrumento eficaz para assegurar, na esfera municipal, a plenitude da ordem jurídica interna".

É evidente — e assim me parece — que o procedimento da argüição em causa — como, de resto, todos os similares — há de ser aquele estabelecido nas apontadas Leis federais n.os 4 337 e 5 778.

Referiu, o Dr. Procurador da Justiça, em um de seus pronunciamentos nos autos (fls.), que o prazo a que alude o art. 2.º da Lei n.º 4 337 teria sido desprezado pelo STF, posto que o não incluíra, expressamente, no seu Regimento Interno (art. 174), e que sendo a representação verdadeiro mecanismo de "autodefesa" da Constituição, escapa ela à competência do legislador ordinário para discipliná-la, cabendo ao Tribunal de Justiça dispor a seu respeito no seu Regimento Interno. No caso, o Tribunal de Justiça teria recolhido o preceito maior no art. 442 do seu Regimento Interno.

A esta altura, com a devida vênia, devem ser colocadas as coisas nos seus devidos lugares. O Tribunal de Justiça não poderia, ao meu sentir, no seu Regimento Interno, traçar a forma de procedimento, como o fez o STF em feitos da sua exclusiva competência originária, posto que a faculdade extraordinária concedida no art. 115, parágrafo único, *c*, da Constituição de 1967, e reproduzida no art. 120, parágrafo único, *c* da Emenda n. 1, de 1969, ao STF, não se aplica aos Tribunais estaduais.

Aliás, nesse particular, o eminente Des. Seabra Fagundes, na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Guanabara*, 16/9, deixou significado que, "com a Constituição vigente o direito regimental ganha, no Supremo, proporções muito amplas. Passa de supletiva da legislação processual emanada do Congresso, a direito principal e exclusivo na disciplina dos feitos da competência originária da Corte, bem como no recurso extraordinário. Segundo a tradição do nosso Direito, ficava, aos regimentos internos, inclusive ao do mais alto Tribunal da República, apenas preencher os insignificantes claros nas leis de processo".

Também o ilustrado Min. Carlos Medeiros Silva, em parecer encontrável na *RF* 226/36, interpretando essa disposição constitucional, deixou assente que "essa delegação, envolvendo a missão ampla de regular relevantes questões, foi outorgada, diretamente, pelo texto constitucional, ao STF e tem como veículo seu Regimento Interno. Não se confunde com a competência dada a todos os Tribunais, federais ou estaduais, de elaborar o seu regimento, contida no art. 110, n.º II, da mesma Constituição (1967). Esta última atribuição (art. 110, n. II), genérica e indeterminada, sempre os tribunais judiciários a tiveram inscrita em todas as Constituições republicanas; mas, a do art. 115, parágrafo único, do texto vigente, é nova e somente conferida ao Pretório Excelso.

Isso, no meu entender, não encerra novidade maior ou extraordinária, pois, quando na vigência da Constituição de 1937, Castro Nunes, na sua conhecida obra *Teoria e prática do Poder Judiciário*, p. 117-

118, já acentuava: "No Regimento Interno se estabelecem as normas a seguir na marcha dos trabalhos do tribunal e demais disposições concernentes aos serviços da sua economia interna. É de regra consolidar no seu texto as normas constitucionais e legais respeitantes à organização do Tribunal e ao processo na parte aplicável à instância superior".

No mesmo sentido anoto o magistério de Mário Guimarães, em sua festejada monografia "*O juiz e a função jurisdicional*, ao salientar que "os tribunais, também, no gozo de sua autonomia, podem legislar sobre a organização de seu trabalho, pois que essa é matéria regimental. Se excederem dos poderes que lhes são delimitados, atribuindo funções a pessoas estranhas, ou ordenando a movimentação de papéis ainda não entrados no Tribunal ou dele saídos, estarão infringindo a Constituição. Estarão legislando para outro cenário, outras pessoas, outro campo de atividades, o que lhes é defeso" (p. 176-7).

Ora, nessa linha de raciocínio, e tendo em vista a faculdade extraordinária que o legislador constitucional outorgou ao Supremo Colégio Judiciário, observa-se, no seu Regimento Interno, que a matéria relativa à representação e declaração de inconstitucionalidade, foi tratada nos arts. 174 a 182, e que, a relativa à intervenção federal nos Estados, foi versada nos arts. 323 e 327, distinguindo-as, conseqüentemente, e traçando-lhes regras próprias, sendo de salientar que, tanto numa quanto noutra, o legislador extraordinário socorreu-se das regras enunciadas na Lei n.º 4 337. Basta um confronto da matéria, para se chegar a essa conclusão.

Mas, isso, podia o Supremo fazer, visto que, por dispositivo constitucional expresso, viu-se elegido em legislador processual, e, precisando adequar o mesmo princípio legal a situações absolutamente diversas, fê-lo pela forma que entendeu mais conveniente, já que, para uma das situações, pelo menos, inexistia qualquer regramento ordinário prescrevendo a respeito da forma procedimental.

Contudo, se isso foi possível inserir no Regimento do Supremo Colégio, por força de regra extraordinária e de nível constitucional, poder-se-ia, similarmente, introduzir, no Regimento Interno do Tribunal de Justiça — como sugere o Dr. Procurador do Estado — regras procedimentais semelhantes?

É evidente que não! O máximo que se poderia fazer, seria transplantar, com absoluta exatidão, as normas contidas nas Leis n.os 4 337 e 5 778. Não se poderia fugir, em qualquer ponto, das prescrições contidas na legislação federal específica.

O que é absolutamente inviável, é criar a regra de processo, à semelhança da Corte Maior, porque legislar sobre processo é faculdade exclusiva da União (Constituição Federal, art. 8.º, n.º XVII, *b*). Também me parece impossível transplantar, do Regimento do STF, regra específica, por ele criada, para feitos de sua competência originária.

Então, a assertiva do ilustre Procurador-Geral, de que "compete a esse Tribunal, mediante alteração de seu Regimento Interno, a exemplo do que fez o STF, dispor sobre o procedimento, podendo valer-se de sugestões emanadas das Leis n.os 4 337 e 5 778", não me parece absolutamente correta, pois se, em tese, é possível essa inserção, se me afigura indispensável repetir e reprisar as mesmas normas contidas nessas leis. Não serão apenas sugestões, mas regras impositivas, cogentes, no ordenamento *interna corporis*.

Assim, nos casos de representação do Procurador-Geral da Justiça, visando a intervenção estadual nos municípios, ou objetivando a declaração de inconstitu-

cionalidade de lei "em tese" — esta última admitida por força de interpretação simétrica — o procedimento há de ser o da Lei n.º 4 337, aplicável face ao disposto no art. 1.º da Lei n.º 5 778, podendo o Regimento Interno do Tribunal dispor, apenas supletivamente, e naquela matéria que for estritamente regimental, ou seja, de funcionamento interno do órgão. Por essa razão é que o art. 442 do nosso Regimento Interno só tem aplicação naquilo que for comum, e não naquilo que haja significado, no Supremo, a faculdade extraordinária de legislar sobre processo. Nesse aspecto, não há possibilidade de aplicação subsidiária ou analógica.

Por força do disposto no art. 1.º da Lei n.º 5 118, que estabelece que o processo e julgamento da representação de que trata a alínea *d* do § 3.º do art. 15, da Constituição Federal, regulam-se, no que for aplicável, pela Lei n.º 4 337, de 1964, excetuado o seu art. 6.º, também entendo que esse processo há de ser aplicado nos casos de simples declaração de inconstitucionalidade de lei, e não só nas hipóteses de intervenção a que a referida lei alude, e isso, como já referi por força da simetria que o art. 11, n.º I, *l*, da Constituição permite estabelecer.

Ora, se as disposições da Lei n.º 4 337 devem regular o procedimento, naquilo que for aplicável, face ao que prescreve a Lei n.º 5 778, com forte razão há de incidir o art. 2.º daquele diploma, que estabelece prazo para o oferecimento da representação, quando o conhecimento da inconstitucionalidade é formalizado por terceiro interessado.

Argüiu-se que o Regimento Interno do Supremo omitiu-se a respeito desse prazo de 30 dias (fls.), e que, por isso, não tem a mesma eficácia para obstaculizar a iniciativa do Procurador-Geral. Trouxe, ainda, o douto Procurador, à colação, a Súmula n.º 360.

Quanto ao primeiro argumento, não vejo por que a omissão importou em derrogar o dispositivo expresso. Derrogado estaria, por exemplo, se o Supremo asseverasse que, a qualquer tempo, poderia ser a argüição proposta; admitindo, em tese, a validade de um dispositivo assim redigido, teria presente a derrogação. O art. 174 do Regimento Interno do Supremo, todavia, dispõe o seguinte: "O Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que este declare a sua inconstitucionalidade". O § 1.º completa: "Provocado por autoridade ou por terceiro para exercitar a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador-Geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário".

Não vejo, portanto, na omissão, a derrogação. Ademais, entendo que o Supremo não precisava, no Regimento, repetir prazo que está previsto na lei, prazo esse, sem dúvida de decadência, e que não é, conseqüentemente, prazo de natureza processual. É preciso não deslembrar que a competência extraordinária de legislar, outorgada ao Supremo, foi apenas no terreno processual.

Quanto ao segundo argumento, tenho que a Súmula nº 360 foi editada com vistas ao art. 1.º da Lei n.º 2 271, de 1954, anterior, portanto, à Lei n.º 4 337, que é de junho de 1974. Essa simples circunstância, ao meu sentir, e não tendo ocorrido, no Supremo, qualquer pronunciamento a respeito do citado prazo — e já vão quase 10 anos da edição da lei — leva-me a considerar a inaplicabilidade do preceito contido na mencionada Súmula.

Tenho presente a decisão que deu margem a esse enunciado. O eminente Relator, Min. Pedro Chaves, para repelir a preliminar de decadência, argüida com base na Lei n.º 2 271, encampou asser-

tivas do Procurador-Geral da República — não reproduzidas no acórdão — e acrescentou o seguinte: "Realmente, o decurso de tempo não é manta que possa consolidar a inconstitucionalidade de leis, pronunciamento que deve culminá-la em qualquer tempo que seja argüida".

Há que ser feita, contudo, uma distinção, que, aliás, foi feita pelo legislador, tanto o da Lei n.º 2 271, como o da 4 337. O Procurador-Geral pode agir acionado por dois impulsos diversos: quando toma conhecimento, diretamente, do ato violador do regramento maior, ou do ato normativo da autoridade; ou, na segunda situação, quando o conhecimento do ato ou da Lei resulta de representação que lhe seja dirigida por qualquer interessado.

Observe-se que somente para essa segunda hipótese é que a lei estabeleceu prazo; e não só isso, exigiu que o terceiro formalizasse representação.

Qual a razão desse posicionamento?

Se se entende que o Procurador pode representar a qualquer momento, pois não há decadência desse seu direito, por que a fixação do prazo de 30 dias, e isso, em diploma editado posteriormente à Súmula n.º 360?

A razão, ao meu sentir, é singela: é que o Procurador não está obrigado a representar. Ele, sendo o titular do exercício argüicional — como, aliás, prescreve o art. 174 do Regulamento Interno do Supremo, ao usar o verbo no tempo futuro "poderá" — ao receber, de terceiro, a denúncia formalizada de ato ou preceito inconstitucional, tem dois rumos a tomar: ou argúi a infringência, ou simplesmente a ignora, determinando o seu arquivamento, por entender que inexiste a alegada inconstitucionalidade. O simples decurso do tempo, no caso, é significativo dessa segunda atitude. Por isso é que a lei fixa o prazo para agir.

A contrário senso, se o Procurador-Geral estivesse obrigado a representar sempre que o provocasse qualquer interessado, não haveria razão para o prazo, e o próprio Procurador deixaria de ser o titular da ação, para ser apenas o veículo da argüição feita por terceiro.

O prazo é aquele que a lei entendeu razoável para a argüição. Esgotado o mesmo, significa, para o terceiro, que não haverá representação ao Tribunal competente, facultando-lhe outras providências, de natureza particular e casuística. É evidente que o Procurador-Geral, ao não observar o prazo, age no exercício de competência privativa, deliberando que a representação não devia ser encaminhada ao Tribunal. A "ação direta" é que, pelo decurso de prazo previsto na lei, não mais será possível intentar.

O Min. Xavier de Albuquerque, quando Procurador-Geral da República, tendo em vista a reclamação n.º 849, proposta ao STF, inserida na *Juris. Cível* n.º 2, teve oportunidade de, referindo-se ao art. 2.º da Lei n.º 4 337 — precisamente o que está em debate — aduzir o seguinte: "Depois, o preceito se limita, evidentemente, a disciplinar o processo administrativo que se forma na Procuradoria-Geral da República com a provocação de qualquer interessado, marcando prazo para que o seu titular dê solução ao pedido".

Não se poderia, é lógico e óbvio, por ser o Procurador-Geral o titular inegável e exclusivo da representação e único juiz da conveniência, dar-lhe o prazo infindável, o tempo imenso ou a extensão indefinida, para agir. Isso seria chancelar um despotismo intolerável e tornar instáveis as instituições jurídicas, atribuindo ao titular da ação o que a nenhuma pessoa, no ordenamento positivo, se atribui.

E que esse prazo é de decadência, não tenho a menor dúvida, porque diz com o promover a ação direta, da qual, ele

Procurador-Geral, é o único e exclusivo titular. Não se confunde, evidentemente, tal prazo, com aquele outro de natureza processual, que, em geral, é de índole meramente ordinária. O prazo decadencial diz com o direito material, como é sabido.

A ação direta, no dizer de Pontes, é ação de *representação*, e que, genericamente, pode ser classificada como interventiva ou *declaratória*. Mas, sempre ação, e, restritivamente, de natureza *constitutiva negativa*, ou seja, em última análise, *desconstitutiva*, cuja sentença de conteúdo declaratório predominante, desconstitui um ato normativo ou um preceito de lei, ao negar-lhes eficácia jurídica. E é ainda o próprio Pontes que assinala que "se o conhecimento da inconstitucionalidade resulta de representação que lhe seja dirigida por qualquer interessado, o Procurador-Geral da Republica *tem o prazo* de 30 dias, a contar do recebimento da representação, para apresentar argüição perante o STF *Comentários à Constituição de* 1967. v. 2.º/253 — o grifo é meu).

Se não se observar o prazo estabelecido na lei, então não haverá prazo algum, e se estará criando — como já salientei — uma situação extraordinária e esdrúxula dentro do nosso Direito: o direito de alguém não decair, jamais, do direito de representar quando a provocação for feita por terceira pessoa.

Não se ajusta, isso, ao nosso sistema jurídico. A lei fixou o prazo para agir, e ele há de ser observado. Inobservado, importa em não poder mais, o titular da ação, exercê-la, porque dela decaiu. Isso, evidentemente, quando o conhecimento da inconstitucionalidade resulte de representação dirigida ao Procurador por qualquer interessado.

É de notar, finalmente, que o prazo em referência, de natureza decadencial, teve por escopo a própria defesa dos princípios constitucionais, principalmente no que diz com a autonomia dos Estados e dos municípios, que devem significar bem mais que o interesse individual da pessoa que representa ao Procurador-Geral.

Na espécie, Amir José Finocciaro Sarti (fls.), representou ao Procurador-Geral da Justiça em data de 14.7.1972, representação essa conhecida pela autoridade em data de 28 do mesmo mês e ano, conforme se depreende do despacho de fls. A representação ao Tribunal de Justiça. contudo, só foi formalizada em 18 de setembro, e teve ingresso no serviço processual desta Corte em 12 de outubro, e, na mesma data, foi despachada pelo Des. Presidente.

Tenho, pois, como desrespeitado o prazo estabelecido pelo art. 2.º da Lei n.º 4 337, e, conseqüentemente, acolho a preliminar de intempestividade.

É o meu voto.

O Dr. Athos Gusmão Carneiro: Sr. Presidente. O vício capital da inconstitucionalidade é insanável pelo decurso de tempo. Como titular da ação direta, que visa a declarar a inconstitucionalidade em tese, o Chefe do Ministério Público pode propor dita ação de ofício e sem limitação de prazo, nos termos do art. 1.º da Lei n.º 4 337, de 1.º.6.1964, mandada observar pela Lei n.º 5 778, de 6.5.1972. É certo que, pelo art. 2.º da mesma Lei n.º 4 337, se o conhecimento da inconstitucionalidade resultar de representação de qualquer interessado, o Procurador terá o prazo de 30 dias para apresentar a argüição. Tal prazo, entretanto, a meu sentir e com a devida vênia, não será decadencial, pois a circunstância de outrem haver provocado a ação do Procurador não terá a virtude de limitar no tempo a capacidade deste em ajuizar a ação direta. O prazo parece-me ordinatório, visando a impedir que o Chefe do Ministério Público se omita no considerar a postulação, prescrevendo destarte ao Procurador o dever de, em curto prazo, encaminhar a representação

ao tribunal competente ou manifestar sua discordância com as alegações do interessado. A inobservância do prazo poderá motivar eventuais conseqüências no plano administrativo, mas entendo que no plano processual permanece íntegro o poder do Procurador, que é um poder e é um dever, de agir com plenitude pela preservação dos princípios constitucionais relevantes. Neste sentido a Súmula n.º 360 do Pretório Excelso, *verbis*: "Não há prazo de decadência para a representação de inconstitucionalidade prevista no art. 8.º, parágrafo único, da Constituição Federal". Esta Súmula foi editada diante da norma do art. 1.º, parágrafo único, da revogada Lei n.º 2 271, de 1954, pela qual o prazo concedido ao Procurador-Geral da República era de 90 dias, no caso de ocorrer argüição de parte interessada. Este prazo de 90 dias foi diminuído para apenas 30 dias na vigênte Lei n.º 4 337.

Assim, Sr. Presidente, rogando a *maxima venia* ao eminente Relator, rejeito a preliminar de decadência do direito de ação.

O Dr. Édson Alves de Souza: Sr. Presidente. Aos doutos e convincentes argumentos do eminente Relator, eu me permito aduzir mais estas singelas considerações, para também concluir, como S. Exa., no sentido de que o prazo insculpido no questionado art. 2.º é decadencial.

A ação de que se trata objetiva a declaração de inconstitucionalidade de Lei em tese, o que importará, eventualmente, na sua supressão da ordem jurídica positiva. Trata-se, então, de processo que dirá se a administração poderá ou não continuar dispondo do diploma impugnado. Assim, parece-me subentendido o alto interesse público em que se desate com brevidade a pendência, para que a administração não fique peada em sua atuação no que dependa da lei atacada.

De outra parte, sempre restará o remédio do ataque da lei caso a caso, por quem vier a ter violado ou lesado seu direito subjetivo pela incidência da lei maculada de inconstitucionalidade.

Com estas considerações, então, Sr. Presidente, acrescidas aos brilhantes argumentos do eminente Relator, também acolho a decadência.

O Dr. José Barison: Sr. Presidente. Acompanho o eminente Relator.

O Sr. Presidente (Des. Pedro Soares Muñoz): Os prazos assinados aos servidores públicos para a prática de atos são, de regra, meramente ordinários. Para que esses prazos sejam considerados peremptórios ou gerem a caducidade, é indispensável que a lei seja expressa a respeito. Ora o art. 2.º da Lei n.º 4 337, de 1.º.6.1964, estabelece um prazo ao Procurador-Geral sem a cominação de que o seu decurso importe em perempção ou caducidade. Para mim, portanto, segue-se a regra de que tais prazos são meramente ordinários. Aliás, o STF, na Súmula n.º 360, já teve ocasião de decidir que não há prazo de decadência para representação de inconstitucionalidade prevista no art. 8.º, parágrafo único, da Constituição Federal. Entendo que essa Súmula é perfeitamente aplicável ao art. 2.º da Lei n.º 4 337.

Por tais motivos, *data venia* do brilhante voto do eminente Relator, rejeito a preliminar de caducidade, solidário com o brilhante voto do Dr. Athos Gusmão Carneiro.

Os Des. Telmo Jobim, Júlio Costamilan Rosa, José Silva, Lívio da Fonseca Prates, Nilo Teixeira de Souza, Jorge Ribas Santos, Júlio Martins Porto, Paulo Barbosa Lessa e Marcolino Moraes: Rejeitam a preliminar, de acordo com o voto do eminente Dr. Athos Gusmão Carneiro.

O Des. Bonorino Buttelli: De acordo com o eminente Relator.

Os Des. Emílio Gischkow, Charles Edgar Tweedie, Antônio Amaral Braga e Peri Rodrigues Condessa: Rejeitam a preliminar, de acordo com o voto do eminente Dr. Athos Gusmão Carneiro.

O Des. Rubem Rebelo Magalhães: De acordo com o eminente Relator.

O Sr. Presidente (Des. Pedro Soares Muñoz): A preliminar de decadência foi rejeitada, contra os votos dos eminentes Relator, Drs. Édson Alves de Souza, José Barison e Des. Bonorino Buttelli e Rubem Rebelo Magalhães.

O Des. Hermann Homem de Carvalho Roenick (relator): Sr. Presidente. Vencido que fui na preliminar de intempestividade da representação, examino o mérito.

Argúi-se a inconstitucionalidade do art. 3.º da Lei municipal n.º 3 618, de 18.4. 1972, porque, para o primeiro provimento dos cargos criados pela mesma, dispensou-se o concurso público, e tratou-se de aproveitar os detentores das funções gratificadas que haviam sido extintas pela norma em referência.

O preceito constitucional que teria sido violado pelo regramento ordinário municipal tem, nas esferas federal e estadual, idêntica redação, ou seja: "A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei". Essa faculdade, contida na parte final da norma, significa inovação trazida pela Emenda n.º 1, de 1969, e foi, exatamente com base nela, que a autoridade municipal redigiu o dispositivo acoimado de inconstitucional.

O primeiro problema, a meu sentir, que deve ser enfocado, é o de perquirir-se se a expressão constitucional "salvo os casos indicados em lei" diz com a lei exclusivamente federal ou com a lei local. Dispõe o art. 108 da Constituição Federal: "O disposto nesta Seção aplica-se aos funnários dos três Poderes da União e aos funcionários em geral dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos municípios". E os parágrafos complementam as situações especiais dos funcionários do Poder Legislativo, do Poder Judiciário da União e dos Estados, e das Câmaras municipais. Em face desse dispositivo, dúvida não tenho de que o Direito Positivo estadual, como o municipal, podia recolher, validamente, a regra contida no art. 97, § 1.º, repetindo-a nos respectivos ordenamentos maiores, ou seja, na Constituição estadual e na Lei Orgânica do Município, como, aliás, o fez o de Porto Alegre, no art. 72, § 1.º.

Conseqüentemente, tenho que a lei local pode, sem ferir o dispositivo da Carta Maior da República, prover a respeito da primeira investidura em cargo público, independentemente de concurso.

Essa matéria já foi apreciada pelo STF, nas representações de n.os 808 e 839, referentes, respectivamente, às Constituições do Estado do Paraná e do Estado de Alagoas, quando se entendeu, de forma unânime — inobstante o opinamento em contrário do Procurador-Geral — que a lei local pode dispor, excepcionalmente, que o primeiro provimento em cargo público se efetue independentemente de concurso. Nesse particular, o eminente Min. Djaci Falcão teve oportunidade de aduzir na representação n.º 839: "Da leitura do § 1.º do art. 97, antes citado, verificamos que para a primeira investidura em cargo público se impõe concurso público de provas, ou de prova e títulos. Portanto, previa o concurso de provas, ou de provas e títulos. Acontece, porém, que na sua parte final ficou estabelecido: salvo os casos indicados em lei".

E mais adiante salientou: "Desde que a lei básica estabelece ampla reserva, per-

mite o mais, isto é, até o provimento independentemente de concurso nos casos indicados em leis ordinárias, como ficou reconhecido por esta Corte..."

E observa o caso específico que se ventilava, concluindo: "A ressalva expressa no § 1.º do art. 97 da Constituição Federal, após a Emenda n.º 1, de 17.10. 1969, afastando a rigidez do texto primitivo (§ 1.º do art. 95), que excepcionava apenas a nomeação para cargos em comissão (§ 2.º do art. 95), afigura-se-nos infeliz. Contudo, é o que está expresso na Lei Básica".

Aliás, o próprio Dr. Procurador-Geral da Justiça, na sua representação (fls.), deixou significado que "o Município de Porto Alegre pode estabelecer, por lei, o provimento de cargos independentemente de concurso".

Tenho, Sr. Presidente, então, como superado este primeiro aspecto, qual seja, o de que a "lei", aludida no texto constitucional maior, é a lei local, e em conseqüência, perfeitamente válidas as manifestações receptivas das suas congêneres estadual e municipal.

A segunda questão, proposta na manifestação preambular, está assim redigida: "Pode uma lei municipal esparsa, versando sobre o provimento de três cargos de Assistente Jurídico, classe de cargos compreensiva de maior número de postos, normalmente preenchido mediante concurso, estabelecer que apenas três serão preenchidos sem o concurso?"

Este, na representação, o grande argumento de inconstitucionalidade.

Convém salientar que a origem da Lei n.º 3 618 resida, subtancialmente, em anomalia existente na função pública municipal. Ali, conforme manifestou a autoridade, existiam três cargos em comissão com função gratificada, de Assistente Jurídico da Procuradoria Municipal, situação essa aberrante de qualquer disciplina administrativa.

A Lei n.º 3 618, agora *sub judice*, visou a eliminar essa aberração administrativa — cargo em comissão com função gratificada — e transformou esses cargos, de provimento comissionado, em provimento efetivo, sem aumentar o número existente.

A Lei criou, então, cargos novos, extinguindo outros, e dispensando, para o primeiro provimento, o concurso público.

Não existem, conforme visualizou a representação, outros cargos de Assistente Jurídico além dos que foram criados pela Lei n.º 3 618. Tão-só os três, e para os quais, na primeira investidura, dispensou, a lei, o concurso. Não se ajusta, pois, à situação fática, a hipótese aventada pelo douto Procurador do Estado.

Quando a lei afasta possibilidade do concurso, porque o dispensa, forte na faculdade constitucional, permite ao administrador a livre escolha, atingindo exatamente a pessoas determinadas. Por isso, não tem maior significado a assertiva contida a fls., quando salienta que ao se dar "tratamento particular ao primeiro provimento de determinados cargos através de detentores de funções gratificadas, com inatacável subjetivação, legalmente efetuada, porque atingidas, pela norma legal pessoas determinadas", afastou-se a oportunidade de quaisquer outros, com igual aptidão e satisfeitos os mesmos requisitos gerais.

Mas foi isso exatamente o que a lei pretendeu: afastar outros. Impedir a concorrência. Deixar o administrador, na primeira investidura, livre para contar com aqueles que considera e entende capazes.

Exsurge, nessa altura, o problema da conveniência.

E nesse ponto, destaco o pronunciamento da autoridade, ao encaminhar, à Câmara Municipal, o projeto de lei em referência. Fiz distribuir aos eminentes co-

legas cópia dessa manifestação, mas desejo salientar o seguinte: "O projeto de lei" — diz a autoridade municipal, o prefeito — ao encaminhá-lo à Câmara "que ora se sugere, prevê, ainda, o aproveitamento dos atuais ocupantes dos cargos em comissão de Assistente Jurídico deste departamento, ou, quem o exerceu até 30 de abril do último ano, como titulares dos novos cargos com a mesma denominação, porém, de provimento efetivo. Jutifica-se tal proposição, tendo em vista que os atuais detentores dos cargos vêm, há longo tempo, exercendo as atividades de Assistente Jurídico, em dura escola que lhes comprovou a eficiência, o zelo e a dedicação. Não há que esquecer que a experiência haurida é fator de grande valia na função pública, além do que são servidores de elevado nível, altamente categorizados, cujo tirocínio lhes conferiu conhecimento minucioso dos serviços deste Departamento e dos órgãos municipais. Ademais, estão merecendo a total confiança da Administração. Por outro lado, segundo a redação do projeto, ressalta, desde logo, que as medidas propostas não trarão qualquer aumento de despesa para o erário municipal, e, por igual, não alterará em nada o *status* econômico dos atuais detentores dos cargos" (fls.).

A par desse aspecto, cumpre enfocar aquele outro, sugerido pelo eminente Prof. Rui Cirne Lima, no parecer que ofereceu aos litisconsortes.

Trouxe, o ilustre mestre, em amparo à constitucionalidade da Lei n.º 3 618, a regra do § 5.º do art. 9.º do Decreto-lei n.º 200, que versou a respeito da Reforma Administrativa, e que obriga, seu conteúdo, os Estados e os municípios.

Tenho, entretanto, que, além desse aspecto, há que se ter presente a regra geral do Título n.º 11, consubstanciada no art. 94 desse mesmo ordenamento, que diz que o Poder Executivo promoverá a revisão da Legislação e das normas regulamentares relativas ao pessoal do serviço público civil, com o objetivo de ajustá-las aos seguintes princípios: "... eliminação ou reabsorção do pessoal ocioso, mediante aproveitamento dos servidores excedentes, ou reaproveitamento dos desajustados em funções compatíveis com as suas comprovadas qualificações e aptidões vocacionais, impedindo-se novas admissões para a função".

Esse art. 94, desse regramento, traça na norma de conduta, e o n.º X — que acabei de ler em especial, manda examinar o elemento humano, para ver da sua eliminação ou aproveitamento. E observe-se que, no caso concreto, é possível que aqueles servidores, detentores daquelas esdrúxulas funções por terem seus direitos amparados por outras regras — se extintos os cargos — ficassem ligados à administração. Não sei do alcance dessas normas sobre tais funcionários, mas bem andou a autoridade, evitando uma possível ociosidade, e ajustando-se à filosofia traçada pelo decreto revolucionário. Correto, portanto, se me afigura o posicionamento, o de transformar os cargos e aproveitar, na primeira investidura, os servidores antigos. Ateve-se, ao que prega, nesse particular, o art. 99, e seu § 5.º, do Decreto-lei n.º 200. Ainda, e novamente, o problema da conveniência, atrelado ao mandamento legal.

Por qualquer ângulo que examine a questão não vislumbro a argüida inconstitucionalidade.

Nesse particular, não é demais ter presente a lição da Lúcio Bittencourt, ao referir que "inconstitucional é, como é óbvio, a lei contém, no todo ou em parte, prescrições incompatíveis ou inconciliáveis com a Constituição" (*O controle jurisdicional da constitucionalidade das Leis*, p. 53).

Não é o caso dos autos. A ressalva constitucional permite, para a primeira investidura, o que a lei local dispuser. Ela se sobrepõe, naquele momento, à regra geral constitucional, mas tão-só, naquele momento. Exceção criada pela própria regra constitucional. Então, como vislumbrar inconstitucionalidade onde há perfeita constitucionalidade?

Black, citado por Lúcio Bittencourt, acentua "que quem quer que alegue a invalidade de um ato legislativo deve estar apto a apontar a específica proibição, exigência ou garantia que esse ato violou. Se isso não puder ser feito, o ato é válido" (op. cit. p. 55-6.)

É o caso presente. Não tenho, pois, o art. 3.º da Lei n.º 3 618 como violador do preceito constitucional invocado. Ao contrário, ateve-se ao dispositivo em tela, usando da faculdade ou permissivo aventado.

Por essas razões, conhecendo da representação, desacolho-a, julgando, *expositis*, improcedente, dando, assim, pela constitucionalidade do art. 3.º da Lei municipal n.º 3 618.

É o voto.

O Dr. Athos Gusmão Carneiro: Sr. Presidente, a Lei municipal de Porto Alegre n.º 5 618, de 1962, criou três cargos de Assistente Jurídico, prescrevendo o art. 3.º que o primeiro provimento "será efetuado preferencialmente com os atuais detentores das funções gratificadas extintas, ou quem as detinha até 30.4.1971, no avanço correspondente ao vencimento que estavam percebendo". A lei operou, portanto, uma expressa subjetivação relativamente aos primeiros ocupantes dos novos cargos, atribuindo-os taxativamente a A, B e C; somente no caso de recusa dos ditos cidadãos, ocorrerá a incidência do princípio do concurso público.

Este princípio está no art. 97, § 1.º, da Constituição vigente: "A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei".

Manifestou de logo o meu entendimento de que a lei, referida no dito dispositivo constitucional, poderá ser a lei local, e que os "casos indicados em lei" serão outros que não os referentes aos cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, a que alude o § 2.º do mesmo art. 97.

Tenho pois, Sr. Presidente, como possível, ante a ressalva da Constituição, que a lei municipal crie cargo de provimento efetivo independente de concurso e, portanto, como também possível que a lei locar crie cargo independente de concurso apenas no primeiro provimento. Até aqui estou, assim, de acordo com o brilhante voto do eminente Relator.

Entretanto, a norma constitucional básica em matéria de provimento de cargos públicos é a da acessibilidade dos mesmos a todos os brasileiros. É o *caput* do art. 97 da Lei Maior. *verbis*: "Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei".

Por via de regra a acessibilidade é garantida pelo concurso, que a Constituição quer público, sendo, assim, defeso à lei ordinária o estabelecer cláusulas ou condições que, atribuindo privilégios aos já ocupantes de cargos, funções ou empregos públicos, possam desvirtuar o princípio da mais ampla concorrência de todos os brasileiros ao serviço público.

Se o cargo, entretanto, for de provimento em comissão, ainda assim à autoridade competente para nomear assiste o irrecusável direito e faculdade de escolher o ocupante do cargo dentre todos

os brasileiros que preencham os requesitos estabelecidos em lei. O cargo, juridicamente, é a todos legalmente acessível.

Se o cargo é de provimento efetivo independente de concurso, também a autoridade competente para nomear pode escolher a pessoa, a quem há de nomear, dentre todos os brasileiros em tese aptos ao exercício do cargo.

Portanto, quer-me parecer que a identificação, em lei, das pessoas que haveriam de prover os três cargos criados, esta absoluta pré-subjetivação veio, *data venia*, a infringir o princípio fundamentttal da acessibilidade dos cargos públicos a todos os brasileiros aptos a exercê-los.

De outra parte, cabe privativamente ao Prefeito o prover os cargos públicos, salvo os de Secretaria da Câmara (Constituição Estadual de 1970, art. 157, n.º II); no caso ora em exame, o provimento dos três cargos criados foi realmente disposto pelo legislador municipal, e o ato do Prefeito veio a constituir mera formalidade, pois o Chefe do Executivo Municipal não poderia, de acordo com a lei, deixar de nomear aquelas pessoas a quem a lei já havia previamente "nomeado". E nem se argumenta no sentido de que a inconstitucionalidade, sob este segundo enfoque, fica afastada pela consideração de haver sido o próprio Prefeito quem propôs a norma ora inquinada de inconstitucional.

Cuida-se, a meu sentir, de direito subjetivo público indisponível e, mesmo, não cabe ao Prefeito em exercício no momento da proposta de uma lei, vincular à sua vontade o Prefeito, que pode não ser o mesmo, do momento da nomeação.

Ressalto, Sr. Presidente, que não ocorreu no caso presente uma mera reestruturação de cargos, com a alteração de denominação ou de enquadramento. Segundo mesmo a exposição apresentada pelos litisconsortes passivos, titulavam eles funções gratificadas criadas pela Lei municipal n.º 1 722, de 1957, art. 41. Estas funções gratificadas foram extintas; os cargos de Assistente Jurídico foram criados *ex novo* e, portanto, a lei municipal não poderia determinar, de forma cogente, quem haveria de provê-los.

Se os cargos devem ser providos independentemente de concurso, o Chefe do Executivo Municipal nomeará quem lhe aprouver, obedecidos os requisitos gerais previstos em lei. Poderá nomear os mesmos A, B e C, mas isto não afasta a inconstitucionalidade da norma que o obriga a nomear A, B e C.

É nestes termos, Sr. Presidente, que, rogando a mais respeitosa vênia ao eminente Relator, acolho a representação para declarar a inconstitucionalidade do art. 3.º da Lei municipal n.º 3 618, de 18.4.1972, do município de Porto Alegre.

O Sr. Presidente (Des. Pedro Soares Muñoz): O art. 3.º da Lei municipal n.º 3 618, de 18.4.1972, encontra respaldo na ressalva constante da parte final do § 1.º do art. 97 da Constituição Federal, com a redação da Emenda n.º 2. Entendo, assim, que essa lei não é inconstitucional por ter previsto cargos de nomeação sem concurso.

No que diz respeito ao outro aspecto da questão, que mereceu acolhida no voto do eminente Dr. Athos Gusmão Carneiro estou em que a Lei não briga frontalmente com o art. 97 da mesma Constituição. Esse dispositivo prescreve que os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei. Esses requisitos foram estabelecidos no art. 3.º da Lei municipal n.º 3 618, e pelo fato de esta lei indicar aqueles que devessem ser nomeados não importou em inconstitucionalidade; antes, aderiu à política administrativa anterior à Constituição e que foi adotada por ela, decorrente das leis da Revolução, vale

dizer, no Ato Institucional n.º 8 e do Decreto-lei n.º 200, tudo como muito bem demonstra o parecer do Prof. Cirne Lima, que foi juntado aos autos, e ao qual o eminente Relator fez expressa referência.

Por tais motivos julgo inprocedente a representação, nos termos do voto do eminente Relator.

O Des. Paulo Barbosa Lessa: Sr. Presidente. Tenho para mim que a lei cuja inconstitucionalidade se argüi é perfeitamente constitucional. Ela afina expressamente com o art. 97, § 1.º, da Constituição em vigor, que, nesta parte resultou de alteração do art. 95, § 1.º, do texto constitucional de 1967.

Entendo que essa ressalva contida na lei resultou da imposição da vida de todos os dias, que não se coaduna com a norma excessivamente rigorosa constante do texto constitucional anterior. Apenas o legislador constitucional, responsável pelo texto atual da Constituição, fez a ressalva. Não colocou essa possibilidade exclusivamente na órbita do Executivo, fazendo com que seja necessário, para afastar-se o concurso público, colher a manifestação do Legislativo. Exigiu houvesse lei. No caso, essa situação está prevista pela norma ora sob exame deste colendo órgão julgador.

Tenho, assim, que a constitucionalidade da lei municipal, *data venia* das manifestações em contrário, é flagrante. E, assim, rejeito a apresentação, acompanhando o eminente Relator.

O Des. Emílio Gischkow: Sr. Presidente. *Data venia* do eminente Relator, acompanho o Sr. Athos Gusmão Carneiro, mas com maior amplitude. Quer-me parecer que o art. 97, § 1.º, da Constituição, embora relevante a fundamentação apresentada pelo Dr. Athos Gusmão Carneiro, a meu sentir tem maior extensão. A Constituição de 1967 previa exclusivamente duas hipóteses: a nomeação para o cargo público por concurso, quando se tratasse de cargo efetivo, e nomeação para o cargo em comissão, independentemente de concurso. É evidente que a Constituição de 1967 estabeleceu uma anomalia, e essa anomalia resultava — e vou exemplificar — no caso do preenchimento dos cargos de Desembargadores classistas dos Tribunais. Não era possível exigir concurso para nomeação do Desembargador classista. O juiz de paz, que vai exercer cargo público, não pode ser submetido a concurso. E embora não possa ser considerado funcionário, exerce um cargo público. Então, a Constituição Federal procurou resguardar a situação que, aliás, é expressamente referida por Pontes de Miranda, tendo em vista as peculiaridades de provimento de determinados cargos públicos. Assim, a hipótese dos Ministros do STF. Mas, no caso peculiar — e eu me situaria no âmbito estadual — é especificamente o caso dos Desembargadores classistas, o caso dos juízes de paz. E Constituições estaduais existem que prevêem inclusive que juízes de paz são eleitos. Conseqüentemente, o constituinte, na Emenda Constitucional, procurou resguardar e ressalvar uma situação conflituosa que a Constituição estabelecia, porque, ao mesmo tempo em que exigia, para os cargos de provimento efetivo, o concurso público, era, entretanto, através da Lei inarredável, ou deveria ser afastada a hipótese de concurso. Não teria sentido que o Tribunal, que podia escolher em lista triplice aqueles juízes ou aqueles juristas de notório saber, fosse previamente sumetê-los a concurso público. Não era possível fazer o preenchimento dos juizados de paz através de concurso público.

Então, tendo em vista esses casos especiais, mas sintonizando, em harmonia com os principios de direito, é que a lei pode excluir, tendo em vista os casos expressos em lei as peculiaridades, mas em sintonia com o sistema constitucional.

Assim, *data venia*, com essa fundamentação, acolho a representação.