CONSTITUIÇÃO ESTADUAL — INCONSTITUCIONALIDADE — REPRESENTAÇÃO

— Tratando-se de leis anteriores à Constituição Federal vigente, não ocorre inconstitucionalidade, mas revogação, matéria estranha à ação direta, pela via de representação.

— É inconstitucional a norma que importa em autorização do Ministério Público ao Poder Judiciário.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Procuradoria Geral da República *versus* Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo
Representação n.° 1 012 — Relator: Sr. Ministro
MOREIRA ALVES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer em parte, e nela julgar procedente, para se declarar inconstitucionais as expressões *procurador, promotor* na redação dada, pelo art. 1º da Lei Paulista nº 10 391, de 14 de dezembro de 1970, ao art. 27 da Lei paulista nº 5 048, de 22 de dezembro de 1958, bem assim as expressões *pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado* constante no § 1º, do art. 14 da Lei paulista nº 333, de 8 de julho de 1974.

Brasília, DF, 27 de setembro de 1979. *Antonio Neder,* Presidente. *Moreira Alves,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moreira Alves: Atendendo a solicitação da Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público — que sustentou que "a inconstitucionalidade da Lei nº 5 048, de 22 de dezembro de 1958, da Lei nº 10 391, de 14 de dezembro de 1970 e da Lei nº 333, de 8 de julho de 1974, nos seus respectivos dispositivos indicados no item 7 desta representação, ocorre em virtude de infringirem as seguintes exigências da vigente Constituição da República: a) o Ministério Público, qualquer que ele seja, está ligado ao Poder Executivo e, não, ao Poder Judiciário (seção VII do capítulo VII); b) o Ministério Público, mesmo o Militar, deve ser organizado em carreira (art. 96, com a nova redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977" (fls. 20 dos autos) —, o Exmo. Sr. Procurador-Geral da República argüiu as inconstitucionalidades em causa em petição cujo teor é este:

"O Procurador-Geral da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 119, inciso I, letra *l*, da Constituição e na forma regimental, vem oferecer representação ao colendo Supremo Tribunal Federal e, por esse meio, submeter ao seu exame e julgamento a argüição de inconstitucionalidade de dispositivos, expressões ou verbetes das Leis do Estado de São Paulo, nºs 5 048, de 22 de dezembro de 1958; 10 391, de 14 de dezembro de 1970 e 333, de 8 de julho de 1974, conforme explicitação que faz:

Na Lei nº 10 391, de 14 de dezembro de 1970, os verbetes *procurador, promotor* constantes do *caput* do art. 27 da Lei nº

5 048/58, na redação do art. 1º da Lei nº 10 391/70.

Na Lei nº 5 048, de 22 de dezembro de 1958;

No art. 34, inciso II, o verbete *procurador;*

No art. 34, todo o inciso III;

No art. 46, as expressões: *o procurador* e *o promotor da Justiça Militar;*

Ainda no art. 46, todo o inciso IV e todo o inciso VII;

No art. 48, o verbete *promotor;*

No par. único do art. 49, as expressões: *o procurador, 60 dias* e *e o promotor;*

No art. 50, o verbete *procurador* constante do inciso I;

Ainda no art. 50, todo o inciso II;

No art. 52, inciso I, a expressão: ... *e ao procurador;*

Ainda no art. 52, todo o inciso III;

O art. 55, em seu inteiro teor;

No art. 56, a expressão: *membros do Ministério Público... mais;*

No art. 57, a expressão: *membros do Ministério Público;*

No art. 58, *caput,* as expressões: ... *e promotor e aos primeiros, e pelo procurador ao último;*

No par. único do mesmo art. 58, a expressão: *ou ao procurador;*

No art. 63, a expressão: *membros do Ministério Público;*

No art. 70, a expressão *e ao procurador* constante na letra *n* do artigo;

No art. 78, todo o inciso VII;

No art. 89, as expressões: *ou ao promotor* e *ou o adjunto de promotor;*

O art. 67, em seu inteiro teor.

Na Lei nº 333, de 8 de julho de 1974, no § 1º do art. 14 — apenas a expressão: *pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado.*

A representação atende a pedido da Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público, porém entendendo esta Procuradoria-Geral de não levar à Excelsa Corte a argüição como solicitada e sim analisando, em cada dispositivo impugnado, o que efetivamente vê como malferindo a Constituição, no que se refere a subordinação de órgãos do Ministério Público estadual ao Poder Judiciário.

Ainda em atenção ao pedido da novel Confederação suplicante, e tendo em vista o que estabelece a letra *p* do inciso I do art. 119 da Constituição, requer a concessão de medida cautelar incidental consistente em suspender o provimento de dois cargos — Promotor da 3.ª Auditoria da Justiça Militar e Promotor Público Substituto de 2.ª Instância, consoante documentos inclusos (doc. 3 e 4) que demonstram que os mesmos já devem ser submetidos a concurso público. A razão do pedido da medida cautelar está na preocupação de, em sendo ocupados os referidos cargos, tal fato acarretará não só prejuízo às partes que litigam na Justiça Militar de São Paulo onde servirem os dois novos virtuais ocupantes, porque afetará a relação processual na qual figurar qualquer um deles, mas também à própria instituição do Ministério Público Militar de São Paulo, eis que, sob este ângulo, será atingido o próprio interesse público consubstanciado em ter-se uma instituição atuando na inteireza da sua higidez constitucional.

Isto posto, o representante pede que, ouvida a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, lhe voltem os autos com vista para dizer sobre o mérito" (fls. 2/4).

Por unanimidade de votos, o Plenário desta Corte concedeu a liminar requerida em acórdão cuja ementa é a seguinte:

"Representação de inconstitucionalidade de dispositivos legais estaduais que, segundo se alega, subordinariam o Ministério Público da Justiça Militar do Estado de São Paulo a essa mesma Justiça especializada.

Medida liminar concedida para que se suspendam, até a decisão final da representação, os concursos para provimento dos cargos de promotor substituto de 2.ª Instância e de promotor da 3.ª Auditoria" (fls. 66).

Solicitadas informações à Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, foram elas prestadas a fls. 73/78, *verbis:*

"Temos a honra de prestar a Vossa Excelência as informações que a esta Assembléia Legislativa foram solicitadas pelo Ofício 546/R, a fim de instruir o julgamento de Representação supra referida, formulada pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República.

Expressando nossa disposição em prestar quaisquer outras informações complementares, reputadas necessárias pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, valemo-nos da oportunidade para reiterar a Vossa Excelência os nossos mais respeitosos protestos de elevada consideração.

O Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República, através da Representação nº 1 012-1, submete ao exame dessa Egrégia Corte de Justiça a argüição de inconstitucionalidade de dispositivos, expressões ou verbetes das Leis nºs 5 048, de 22 de dezembro de 1958; 10 391, de 14 de dezembro de 1970; e 333, de 8 de julho de 1974, todas do Estado de São Paulo, diante das razões expostas na Representação feita pela Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público — CAEMP.

Preliminarmente

Ab initio, quer esta Assembléia ponderar que duas das leis (10 391/70 e 333/74) ora inquinadas de inconstitucionalidade são resultado do processo legislativo imposto pelo Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, que redundou na atual redação do art. 51, da Constituição federal, e do art. 24, da Constituição estadual, de modo a facultar ao Presidente da República e ao Governador do Estado o envio ao Congresso Nacional e à Assembléia Legislativa, de projetos de lei sobre determinadas matérias, com prazo certo para deliberação.

O efeito da aplicação desse princípio constitucional sobre o processo legislativo é que o Poder Legislativo só pode votar o projeto submetido à sua apreciação pelo Poder Executivo, no prazo que lhe foi assinalado, sob pena de aprovação tácita da proposta.

Todavia, se, como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho, 'por um lado, esse princípio venceu a morosidade na elaboração das leis, afastando a obstrução que os projetos originários do Poder Executivo sofriam por parte das bancadas oposicionistas, por outro, ensejou o surgimento de nova modalidade de obstrução, esta feita pelas bancadas governistas que, com esse expediente, evitam a discussão de matéria e, com isso, forçando aprovação tácita de direito novo que seria recusado, ao menos nos exatos termos da proposta, pela maioria parlamentar' (*Comentários à Constituição Brasileira,* a seu art. 51).

A crítica não é isolada entre os nossos constitucionalistas, sendo repetida, de maneira mais velada, pelo insigne Pontes de Miranda, em seus comentários ao art. 51, da nossa Carta Magna.

Realmente, o Poder Legislativo exerce, por tradição, duas funções primordiais:

a) a primeira, criadora de normas jurídicas;

b) a segunda, de controle de fiscalização da atividade governamental.

Ambas têm importância histórica. A primeira, por encarar o clássico princípio da divisão de poderes, até há pouco tempo considerada a principal tarefa do Poder Legislativo, que lhe ungia com a dignidade de órgão constituinte do Estado.

A segunda é o fato de que, cada vez mais, vem sendo confiada ao Poder Legislativo função de controle, que é eminentemente política, e cresce de importância não só no Regime parlamentar propriamente dito, como em qualquer outro sistema político.

Através, dessa segunda função, o Poder Legislativo exerce alta missão de crítica dos atos governamentais e de defesa do inte-

resse público, o que é tão ou mais relevante quanto a tarefa de votar leis.

De fato, essa forma de ação, objetivando, geralmente, a análise de atos e fatos, concorre muito mais para a grandeza do Poder Legislativo, do que a sua tradicional função, de criador de normas jurídicas, pois ele é transformado no mais Alto Forum da Nação.

Todavia, no Brasil isso vem ocorrendo de maneira desigual, pois à medida que se alargam os poderes e competência do Poder Executivo, se coartam os poderes e competência do Poder Legislativo.

O que ocorre, na realidade, é a prevalência do Poder Executivo sobre os demais Poderes.

Com a ocorrência dessa anomalia institucional, há a quebra do princípio constitucional da harmonia e independência dos poderes entre si, parà prevalecer um só sobre os demais, no caso o Poder Executivo. Para constatação dessa afirmativa, basta uma corrida d'olhos em nossa Carta Política, e ver-se-á que os demais poderes tiveram sua competência diminuída, especialmente o Poder Legislativo.

Por essas razões, dentro desse quadro, só resta ao Poder Legislativo uma única opção, a de rejeitar as proposituras que lhe são submetidas pelo Poder Executivo. Mas, ocorrendo essa hipótese, não raro o Legislativo sofria intervenção do Executivo, o qual, invocando 'poderes excepcionais' de que estava investido, assumia a função legislativa, e promulgava a norma de direito recusada pela maioria legislativa.

Por isso, *data maxima venia,* ponderamos que, a rigor, não coube a esta Assembléia Legislativa a elaboração ou emanação dos impugnados dispositivos, expressões ou verbetes das Leis estaduais nºs 10 391/70 e 333/74, ambas de iniciativa do Poder Executivo e encaminhadas a esta Casa de Leis pelos Projetos de Lei nºs 251/70 e 105/74, respectivamente, com a determinação de que elas fossem apreciadas no prazo de 40 (quarenta) dias, nos termos do § 1º, do art. 24, da Constituição do Estado (Emenda nº 2).

Assim, à Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo não se pode atribuir responsabilidade na elaboração dos citados textos legais, aprovados nos exatos termos dos Projetos de Lei nºs 251/70 e 105/74.

Do mérito

No tocante à Lei nº 5 048, de 22 de dezembro de 1958, constata-se ser um dispositivo em vigência há praticamente 10 anos, sem que tivesse, durante esse largo tempo, sofrido qualquer denúncia de inconstitucionalidade.

Themistocles Brandão Cavalcanti, em sua obra *Do Controle da constitucionalidade* (1. ed. Forense, 1966, p. 88/89), expressa o entendimento de que:

'O princípio é que esta lei já esteja definitivamente incorporada ao sistema legislativo e que sua aplicação constante não importou em nenhum atrito com a Constituição.'

O insigne constitucionalista, tecendo comentários ao anteprojeto da Constituição de 1934, elaborado pela Comissão do Itamarati, a qual deixou gravada em seu trabalho a impossibilidade de argüição relativamente a dispositivos que já tivessem aplicação pacífica por mais de cinco anos, registra sua repugnância a que se declare contrária à Lei Maior uma norma:

'(...) se aplicada sem contestação, e integrada em nosso sistema jurídico, tendo produzido, durante largo tempo, efeitos jurídicos.'

Ademais, as leis ora inquinadas propuseram medidas de natureza legislativa, originadas por representação do E. Tribunal de Justiça Militar ao Governador do Estado que, encampando-a, formalizou a competente proposta à Assembléia Legislativa, tudo nos precisos termos dos arts. 21 e 23, da Constituição paulista.

Tiveram por escopo introduzir alterações que se faziam necessárias — inclusive

criando cargos — em virtude de a então organização não mais atender convenientemente o desempenho daquela Justiça especializada. Com efeito, à época, o arcabouço da Justiça castrense em nosso Estado datava de mais de 15 anos.

Estas, Senhor Ministro, eram as informações que nos competia, como Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, prestar ao Colendo Supremo Tribunal Federal, acerca das Leis estaduais nºs 5 048/58, 10 391/70 e 333/74."

A fls. 80/90, o Exmo. Sr. Procurador-Geral da República emitiu parecer, onde se lê:

"A pedido da Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público — CAEMP foi levada ao Colendo Supremo Tribunal Federal representação *argüindo a inconstitucionalidade* de dispositivos, expressões e verbetes das *Leis* do Estado de São Paulo nºs *5 048, de 22 de dezembro de 1958, 10 391, de 14 de dezembro de 1970, e 333, de 8 de julho de 1974,* conforme explicitação feita na inicial (fls. 2 a 4).

Esse procedimento inspirou-se nos fatos trazidos ao contexto da argüição e que, em resumo, são os seguintes:

1. Deu-se, na legislação malsinada, *tratamento organizatório* ao Ministério Público junto à Justiça Militar Estadual *diferente* do que se acha estatuído na Constituição federal, em que dele se curou mediante a instituição de *princípios gerais de estruturação,* princípios esses que valem para *toda e qualquer área de sua atuação,* seja frente à *Justiça comum,* seja perante *a Justiça especial.*

2. Não cabe ao legislador ou intérprete fazer qualquer restrição ao significado e ao alcance que, nas *normas constitucionais,* se deu à matéria.

3. *Na legislação indigitada,* porém, fez-se com que a fração do Ministério Público que deveria atuar junto à Jurisdição Militar Estadual ficasse *integrada à própria estrutura desta,* assim contrariado desabridamente todo o sistema constitucional brasileiro.

A Procuradoria-Geral da República não acolheu a argüição nos termos em que foi apresentada. Isto porque entendeu dispensável, à luz da orientação do excelso pretório, argüir de inconstitucional todo um dispositivo legal, assim entendido um *artigo,* um parágrafo ou mesmo uma alínea ou inciso, quando apenas um verbete ou uma expressão entremostra-se extirpável, continuando o corpo legal a produzir seus demais e sadios efeitos.

Foi pedida, ainda na inicial, a concessão de medida cautelar incidental consubstanciada na suspensão do provimento de dois cargos — Promotor da 3.ª Auditoria da Justiça Militar e Promotor Público Substituto de 2.ª Instância — pertencentes ao quadro do Ministério Público junto à Justiça Militar e que, em cumprimento a mandamento constitucional, devem ser preenchidos mediante recrutamento em *concurso público.*

Levado a julgamento do Plenário o pedido da medida liminar, esta foi *concedida* à unanimidade, conforme Acórdão de fls. 66.

Vieram aos autos as *informações* da Assembléia Legislativa e sobre elas cumpre agora à Procuradoria-Geral da República dizer, na conformidade do que é estabelecido no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

As *informações* limitam-se a duas questões colocadas pela Representada *sem a finalidade de elidir, diretamente, as inconstitucionalidades* apontadas: em *preliminar* diz serem duas as Leis inquinadas — as de nºs 10 391/70 e 333/74 — produzidas com obediência ao 'processo legislativo imposto pelo Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, que redundou na atual redação do art. 51 da Constituição federal e do art. 24 da Constituição estadual, de modo a facultar ao Presidente da Repúbli-

ca e ao Governador do Estado o envio ao Congresso Nacional e à Assembléia Legislativa, de projetos de lei sobre determinadas matérias, com prazo certo para deliberação'. E *profliga* a Representada, a partir dessas considerações, o que chama de *alargamento* dos poderes e competência do Poder Executivo e conseqüente *coarctação* dos poderes e competência do Poder Legislativo. Conclui suas *alegações preliminares eximindo-se da responsabilidade* na elaboração dos citados textos legais que, afinal, foram 'aprovados nos exatos termos dos Projetos de Lei nºs 250/70 e 105/74' (sic).

Quanto ao *mérito, contradita* a Representada a argüição, especificamente da Lei nº 5 048, de 22 de dezembro de 1958, pelo largo tempo de sua vigência (quase dez anos) sem qualquer denúncia de inconstitucionalidade, socorrendo-se de lição de Themistocles Brandão Cavalcanti, em sua obra *Do Controle da constitucionalidade,* onde o insigne publicista diz, *verbis:*

'O princípio é que esta lei já esteja definitivamente incorporada ao sistema legislativo e que sua aplicação constante não importou em nenhum atrito com a Constituição.'

A *contradictio meritis,* apreciando as três leis indigitadas, limitou-se ao facto, apontado pela Representada, de resultarem referidos textos de *iniciativa* do Chefe do Poder Executivo, acolhendo *representações* que ter-lhe-iam sido encaminhadas pelo Egrégio Tribunal de Justiça Militar. A finalidade seria a de 'introduzir alterações que se faziam necessárias — inclusive criando cargos — em virtude de a então organização não mais atender convenientemente ao desempenho daquela Justiça especializada'.

É de concluir-se, desde logo, que as informações *não sustentam a constitucionalidade* dos diplomas legais sob exame. Cingem-se, tão-só, a *razões políticas* que, ao ver do eminente titular da Representada, teriam trazido à realidade esses factos juridicizados.

De resto, as *informações* não vieram assinadas pelo Senhor Presidente da Assembléia Legislativa. Apenas o ofício de encaminhamento recebeu assinatura.

No pertinente à *preliminar* levantada pela Assembléia Legislativa, é suficiente dizer que *o processo legislativo* posto em vigência pela Constituição *deve ser observado, obedecido* pelo legislador. Eventuais críticas ao processo são cabíveis *na tribuna* da Casa Legislativa ou por *iniciativa direta da opinião pública* mediante manifestações ao vivo ou por intermédio dos canais de comunicação social.

Nos autos de uma *ação direta de inconstitucionalidade,* porém, essas críticas não ressoam e não resistem à argüição, com a devida vênia.

Examinando os argumentos expendidos pela Representada no que designou por *mérito,* algumas considerações podem ser feitas para demonstrar a *subsistência da inconstitucionalidade,* indene à ação do tempo, no particular aspecto da Lei nº *5 048, de 22 de dezembro de 1958.*

É o próprio Themistocles Brandão Cavalcanti, em quem se apoiou a Representada, que ratifica essa conclusão. O segmento completo de seu pensamento, no trato desse tema, é o seguinte:

'Deve-se evitar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei diuturnamente aplicada, sem contestação perante os Tribunais.

O princípio é que esta lei já esteja definitivamente incorporada ao sistema legislativo e que a sua aplicação constante não importou em nenhum atrito com a Constituição.

Poder-se-ia, a rigor, negar que essa lei seja *manifestamente* inconstitucional, porque a ninguém teria ocorrido anteriormente impugná-la em face à Constituição, não sendo evidente o conflito de normas.

No anteprojeto da Constituição de 1934 — elaborado pela Comissão do Itamarati, essa argüição não poderia ser feita quando aplicada a lei, sem contestação, e integrada em nosso sistema jurídico, tendo produzido, durante largo tempo, efeitos jurídicos.

É evidente que somente preceito constitucional expresso poderia excluir tais normas da regra geral de controle jurisdicional, ou melhor, de controle específico de constitucionalidade' (estes grifos não são do original). (*Do Controle da constitucionalidade.* 1. ed. Rio, Forense, 1966)

Outro insigne publicista, Lucio Bittencourt, em sua consagrada monografia *O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis* assim doutrina:

'A inconstitucionalidade é imprescritível, podendo ser declarada em qualquer tempo.

Seja qual for o período de tempo que medeie entre a promulgação da lei e a argüição de sua inconstitucionalidade, nem por isso ficará vedado aos Tribunais o seu pronunciamento sobre a matéria. *A lei inconstitucional jamais convalesce e sua ineficácia poderá ser declarada a todo o tempo, ainda mesmo depois da revogação do ato por outra lei. ...'* (estes grifos não são do original). (Op. cit. 2. ed. Rio, Forense, 1968).

As leis inconstitucionais são *nulas.* Existem apenas como *facto jurídico nulo.* O tempo não tem outra força se não a de tornar, esse facto, histórico. Os factos não são juridicizados pelo simples decurso do tempo.

A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece esse pensamento como o verdadeiro. Ilustra essa posição da Excelsa Corte o Acórdão na Representação nº 949, do Estado do Rio Grande do Norte (*RTJ* 81/332). Sua *ementa* não demonstra a semelhança com o tema ora examinado. Entretanto, vale esclarecer que se tratou, naquela Representação, de examinar inconstitucionalidade de Emenda Constitucional já então revogada por outra, mas que, no decurso de sua 'existência permitira aquisição de direitos' de ex-Interventores Federais perceberem subsídio mensal e vitalício igual ao vencimento de Desembargador. Decidiu, então, o Colendo Tribunal, unanimemente, declarar a inconstitucionalidade do dispositivo malsinado 'não obstante já revogada (a Emenda nº 2, de 5.2.1970) pela Emenda nº 4, de 5.6.1974, pelos efeitos jurídicos conseqüentes' (parte final do voto do Exmo. Sr. Ministro Cordeiro Guerra, Relator da Representação). Neste exemplo, nem o *tempo,* nem a *revogação* do texto constitucional impediram a decretação da inconstitucionalidade.

Quanto à afirmação da Representada de que as leis argüidas de inconstitucionalidade resultaram de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, mediante acolhida de representações encaminhadas pelo Egrégio Tribunal de Justiça Militar, seria ela aproveitável para atribuir como fontes informativas da Representação os Poderes Executivo e Judiciário locais.

Parece, entretanto, dispensável essa complementação de diligências que só retardaria o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, merecedora de decisão preliminar concessiva de *medida acauteladora.* Isto porque as *inconstitucionalidades* evidenciadas não seriam sanadas quaisquer que fossem os aditamentos informativos.

Decorrem as *inconstitucionalidades* do fato de as *Leis locais* nºs *5 048, de 22 de dezembro de 1958, 10 391, de 14 de dezembro de 1970, e 333, de 8 de julho de 1974,* nas *expressões* e *verbetes* dos dispositivos especificados na inicial, terem deslocado a *parte* do Ministério Público (que, sob o aspecto de ofício, é *uno e indivisível*) cuja atuação se opera *junto* à Justiça Militar Estadual, para o Poder Judiciário Estadual, como órgão a este último integrado.

O sistema constitucional brasileiro não permite essa transferência de órgão, esse

verdadeiro *transplante de órgão,* o sistema constitucional *rejeita-o.*

O Constituinte de 1946, desavisadamente, inseriu as normas constitucionais pertinentes à instituição do Ministério Público no Capítulo IV, que reservou ao Poder Judiciário. Esse encarte, com *título próprio* (Título III), não teve, porém, o dom de desnaturalizá-lo, posto que permaneceu com a sua característica administrativa especialíssima de órgão do Poder Executivo. E é o próprio Constituinte de 1946 quem define os órgãos do Poder Judiciário *verbis:*

'Capítulo IV
Do Poder Judiciário
Seção I

Disposições preliminares

Art. 94. O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:

I — Supremo Tribunal Federal;
II — Tribunal Federal de Recursos;
III — Juízes e Tribunais Militares;
IV — Juízes e Tribunais Eleitorais;
V — Juízes e Tribunais do Trabalho.'

A má colocação do Ministério Público no ordenamento constitucional de 1946 permaneceu em 1967. Subsistiram as normas determinantes da organicidade do Ministério Público encastoadas no capítulo Do Poder Judiciário (*Capítulo VIII, Seção IX, arts. 137 a 139). A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969,* trasladou referida *Seção* para o *Capítulo* Do Poder Executivo *(Capítulo VIII, Seção VII, arts. 94 a 96).*

Referida alteração de posições teve caráter meramente formal porque o Ministério Público jamais deixou de ser um *órgão administrativo integrante do Poder Executivo atuando junto, anexo, pegado, ao lado do Poder Judiciário.* Nunca *integrado, fazendo parte do todo, completando o Poder Judiciário.*

Pontes de Miranda define melhor a posição do Ministério Público. Eis a lição do insigne Mestre:

'A inserção do Ministério Público na tratação institucional da Constituição explica-se pela natureza *obrigatória* do ofício. Não se pode cercear; ou tolher, ou dirigir a liberdade de juízo, de pensamento e de ação, do Ministério Público. O de que ele se incumbe é de velar pela *observância das leis,* decretos, regulamentos, resoluções e instruções, na tutela dos interesses do Estado, de certas instituições, de incapazes, de massas e de ausentes. É o órgão, ou conjunto de órgãos, pelo qual se exerce o interesse público em que a justiça funcione. Posto que ligado ao ordenamento judiciário, não faz parte da Justiça — não é órgão judiciário, mas administrativo. É um dos ramos heterotópicos do Poder Executivo, a que a Constituição de 1934 atribuía caráter mais independente dele do que o têm outros, e daí a noção de 'cooperação nas atividades governamentais, ao lado do Tribunal de Contas, anexado ao Poder Legislativo' *(Comentários à Constituição de 1967 — Com a Emenda nº 1, de 1969.* 2. ed. Revista dos Tribunais, t. III, p. 406-7).

Estes fundamentos, que por si só convencem das inconstitucionalidades apontadas na incial, servem como *núcleo* a demonstrar as incompatibilidades criadas na legislação paulista referente à Justiça Militar *local* ao inserir, a porção do Ministério Público que atua como órgão administrativo do Poder Executivo junto à Justiça castrense, na estrutura do Poder Judiciário, especificamente como órgão da Justiça Militar Estadual.

Os *textos legais* de onde extraímos as *expressões e verbetes* enunciados na inicial estão assim colocados nos *autos:*

Lei nº 5 048, de 22 de dezembro de 1958, às folhas 24 a 33.

Lei nº 10 391, de 14 de dezembro de 1970, às folhas 34 e 35.

Lei nº 333, de 8 de julho de 1974, às folhas 36 e 37.

Deixamos de transcrevê-los neste parecer porque, se o fizéssemos secamente, repetiríamos a transcrição da inicial. Se, por outro lado, reproduzíssemos a íntegra dos textos inquinados, apenas adensaríamos a manifestação sem qualquer sentido objetivo de facilitar a apreciação da matéria e o seu julgamento pelo Colendo Tribunal.

Quanto ao *art. 67 da Lei nº 5 048, de 22 de dezembro de 1958,* também arrolado, e que estabelece, *verbis*:

'Art. 67 — As autoridades judiciárias, membros do Ministério Público e mais funcionários da Justiça Militar *são equiparados, para efeito de vencimentos e quaisquer outras vantagens legais,* aos funcionários de cargos correspondentes na Justiça comum, a saber: juiz auditor, secretário e promotor, aos juízes de direito de quarta entrância; e o escrivão da auditoria aos promotores de terceira entrância.'

é outro o fundamento da argüição.

Inquinou-se de inconstitucional esse artigo por estabelecer equiparação de vencimentos e vantagens.

Entretanto, tratando-se de dispositivo legal do ano de 1958, anterior portanto à vedação constitucional da *equiparação para efeito de remuneração do pessoal do serviço público,* surgida em 1967 (art. 96) e mantida com a Emenda nº 1/69 (art. 98, parágrafo único), já se encontra ele *derrogado. Nesse particular,* e só nesse, o parecer é então *pela improcedência da argüição.*

Quanto a todos os demais dispositivos, pertinentes à inclusão indevida do Ministério Público na Justiça Militar do Estado de São Paulo, pelos fundamentos aqui expendidos, manifesta-se esta Procuradoria-Geral da República *pela procedência da Representação.*"

É o relatório, do qual a Secretaria, de acordo com o art. 177 do Regimento Interno, remeterá cópia aos Senhores Ministros.

Brasília, DF, 13 de setembro de 1979. *Moreira Alves,* Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): 1. Deixo de conhecer da presente representação no tocante a dispositivos da Lei estadual nº 5 048, de 22 de dezembro de 1958, uma vez que esta é anterior às Emendas Constitucionais nº 1/69 e nº 7/77, em face das quais se limitou o pedido de declaração de inconstitucionalidade na presente reclamação, e igualmente se adstringiram as informações. Ora, a jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que a incompatibilidade entre Lei ordinária anterior e Constituição posterior não acarreta a inconstitucionalidade daquela, mas, sim, a sua revogação, matéria esta estranha à representação de inconstitucionalidade.

É certo que, em seu parecer, o Exmo. Sr. Procurador-Geral da República examina a inconstitucionalidade da referida Lei estadual em face da Constituição de 1946, procurando demonstrar que, mesmo na vigência dela, e não obstante a disciplina do Ministério Público se encontrar no capítulo relativo ao Poder Judiciário, continuou ele a ser órgão do Poder Executivo, o que implicaria a inconstitucionalidade da disciplina a ele referente que se encontra nessa Lei estadual nº 5 048.

Sucede, porém, que, sendo a representação de inconstitucionalidade ação, a ela se aplica o princípio do art. 264 do Código de Processo Civil: "Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei." Na representação de inconstitucionalidade, o pedido se traduz na pretensão do reconhecimento de incompatibilidade de certa norma

jurídica em face de determinada Constituição, e não de qualquer das Constituições que o País já teve. A esse limite estão vinculadas as partes e o Tribunal. E a regra *da mihi factum, dabo tibi ius* permite ao julgador somente que não se adstrinja, para declarar a inconstitucionalidade, ao exame do dispositivo constitucional tido como violado pelo autor, mas que possa, para tanto, basear-se em outro que pertença à mesma Constituição dada como ofendida.

Ademais, sou dos que entendem que a representação de inconstitucionalidade, por sua própria natureza, se destina tão-somente à defesa da Constituição vigente quando de sua propositura. Trata-se, com efeito, de ação de caráter excepcional, com acentuada feição política pelo fato de visar ao julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas da validade da lei em tese, razão por que o titular dela — e árbitro da conveniência de sua propositura — é um órgão político (o Procurador-Geral da República), e a competência exclusiva para processá-la e julgá-la cabe ao Supremo Tribunal Federal, como cúpula de um dos Poderes da União. Tais características estão a mostrar que não é ela uma simples ação declaratória de nulidade, como outra qualquer, mas, ao contrário, um instrumento especialíssimo de defesa da ordem jurídica estruturada com base no respeito aos princípios constitucionais vigentes. Não se destina à tutela de Constituições já revogadas, até porque a observância delas pelas leis ordinárias elaboradas sob seu império é questão que interessa exclusivamente à disciplina das relações jurídicas concretas — e, portanto, matéria de conteúdo estritamente jurídico — e não à harmonia da ordem jurídica vigente, pois a lei ordinária anterior, ainda que em choque com a Constituição vigorante quando de sua promulgação, ou está em conformidade com a Constituição atual, e, portanto, não está em desarmonia com a ordem jurídica vigente, ou se encontra revogada pela Constituição em vigor, se com ela é também incompatível. Para a defesa de relações jurídicas concretas em face de leis ordinárias em desconformidade com as Constituições vigentes na época em que aquelas entraram em vigor, há a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, que só passa em julgado para as partes em litígio (*conseqüência estritamente jurídica*), e que só tem eficácia *erga omnes* se o Senado Federal houver por bem (*decisão de conveniência política*) suspendê-la no todo ou em parte. Já o mesmo não ocorre com referência à declaração de inconstitucionalidade obtida em representação, a qual passa em julgado *erga omnes*, com reflexos sobre o passado (a nulidade opera *ex tunc*), independentemente da atuação do Senado, por se tratar de decisão cuja conveniência política do processo de seu desencadeamento se fez *a priori*, e que se impõe, quaisquer que sejam as conseqüências para as relações, jurídicas concretas, pelo interesse superior da preservação do respeito à Constituição que preside à ordem jurídica vigente.

2. Com relação, porém, às expressões impugnadas nas Leis estaduais nºs 10 391, de 14 de dezembro de 1970, e 333, de 8 de julho de 1974, posteriores ambas à Emenda Constitucional nº 1/69, não se apresenta o óbice acima referido.

3. Reza a redação dada ao art. 27 da Lei estadual nº 5 048/58 pelo art. 1º da referida Lei estadual nº 10 391/70:

"*Art. 27.* A nomeação para auditor, *procurador, promotor* e escrivão da Justiça Militar do Estado dependerá de concurso de títulos e provas, realizado por comissão de concurso, na forma prevista neste capítulo e no Regimento Interno do Tribunal.

§ 1º Nos concursos para provimento de cargos de Escrivão, serão exigidos dos candidatos os mesmos requisitos previstos para os auditores e promotores, no Decreto-Lei nº 252, de 29 de maio de 1970.

§ 2º A comissão de concurso será integrada pelo juiz mais antigo e por dois membros, escolhidos pelo Tribunal dentre os seus juízes, ou entre professores de Direito, representantes do Ministério Público ou advogados de notório saber jurídico.

§ 3º O presidente da comissão examinadora poderá solicitar informações sobre a idoneidade moral do candidato, a respeito do qual paire suspeita de má conduta, a entidades públicas e particulares e a autoridades" (fls. 34).

Procede a argüição de inconstitucionalidade das expressões "procurador, promotor", tendo em vista a circunstância de que esse artigo (e o mesmo se verifica quanto aos que se lhe seguem) sujeita a nomeação de membros do Ministério Público a concurso de títulos e provas realizado não só por comissão escolhida pelo Tribunal da Justiça Militar Estadual (e o presidente dela será integrado pelo juiz mais antigo), mas também com a observância de normas (inclusive as constantes no Regimento Interno do citado Tribunal) que o colocam na esfera do Poder Judiciário (assim, por exemplo, quem examina e julga administrativamente a lista da classificação geral dos candidatos, bem como os recursos contra ela, é o Tribunal). Essa subordinação viola a posição constitucional do Ministério Público — e o princípio da independência e harmonia dos Poderes (art. 13, I, da Emenda Constitucional nº 1/69) se aplica aos Estados-membros — como órgão que integra a esfera do Poder Executivo, e não do Poder Judiciário, a que constitucionalmente não tem qualquer vínculo de subordinação funcional.

4. Pela mesma razão tenho por inconstitucionais as expressões "pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado", no § 1º do art. 14 da Lei estadual nº 333/74, o qual estabelece:

"O cargo de Promotor Substituto de 2.ª Instância da Justiça Militar do Estado, criado por este artigo, será provido mediante concurso de títulos e provas a ser realizado *pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado* na forma prevista na legislação em vigor."

5. Em face do exposto, conheço da presente representação em parte, e, nela, a julgo procedente, para declarar inconstitucionais as expressões "procurador, promotor" na redação dada, pelo art. 1º da Lei nº 10 391, de 14 de dezembro de 1970, ao art. 27 da Lei nº 5 048, de 22 de dezembro de 1958, bem como "pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado", constante no § 1º do art. 14 da Lei nº 333, de 8 de julho de 1974 — todas essas Leis do Estado de São Paulo.

EXTRATO DA ATA

REp. nº 1 012-1 — SP — Rel., Min. Moreira Alves. Repte.: Procurador-Geral da República. Repda.: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

Decisão: Conheceu-se em parte, e, neste parte, julgou-se procedente a representação, para se declarar inconstitucionais as expressões *procurador, promotor* na redação dada, pelo art. 1º da Lei paulista nº 10 391, de 14 de dezembro de 1970, ao art. 27 da Lei paulista nº 5 048, de 22 de dezembro de 1958, bem assim as expressões *pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado* constante no § 1º, do art. 14 da Lei Paulista nº 333, de 8 de julho de 1974. Decisão uniforme. Votou o Presidente. T. Pleno, 27.9.79.

Presidência do Sr. Ministro Antonio Neder. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Thompson Flores, Xavier de Albuquerque, Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Decio Miranda e Rafael Mayer.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leitão de Abreu.

Procurador-Geral da República, Dr. Firmino Ferreira Paz.