

MEMORIAL DO LITISCONSORTE ATIVO

GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Colenda Corte

1. Nesta ação, o Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, atendendo a pedido do Litisconsorte, ora Suplicante, formulou Representação a Vossas Excelências, com o fim de ver examinada, e por fim proclamada, a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, promulgada a 23 de julho de 1975:

- Letras "b" (parte) e "c", do inciso VII, do art. 35
- Art. 87, *caput* ("sexo, idade") e §§ 5.º e 6.º
- Parágrafo único (parte) do art. 89
- Incisos III, IV e VI do art. 91
- Parágrafos 1.º e 2.º do art. 94
- Art. 95 e seus incisos I, II e III
- Art. 96
- Art. 97 (parte) e seus §§ 1.º (parte) e 2.º
- Art. 100 e seu parágrafo único
- Art. 182 e seu § 2.º
- Art. 242
- Art. 245
- Art. 246 (parte final)

2. A tarefa do Litisconsorte, nesta oportunidade, se encontra consideravelmente atenuada, posto que seu pedido inicial foi integralmente apoiado pelo ilustríssimo Chefe do Ministério Público Federal: efetivamente, o Exmo. Sr. Procurador-Geral da República abrilhantou, com sua proclamada cultura jurídica, a provocação processual do Litisconsorte. Fazendo, com a devida vênia, suas as palavras do ilustre Procurador-Geral, visa o Litisconsorte com o presente, melhor caracterizar as razões que motivaram as arguições de inconstitucionalidade.

A saber:

3. *O vício comum a todos os dispositivos objeto da Representação*

3.1 — As normas da Constituição Federal (Emenda n.º 1/69) referentes aos funcionários públicos são cogentes para os Estados e Municípios (art. 13 — V).

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (36), 1980.

8.2 — Como expressado pelo Sr. Ministro Amaral Santos, na Representação 757, relativa à Constituição do Estado do Amazonas (*in RTJ 53/228*):

"Se o artigo 106 da C.F. (de 1967) manda aplicar aos Estados todas as normas referentes aos funcionários públicos, parece-nos que ao legislador estadual ficou vedada qualquer alteração no particular, sem outra alternativa que não a transposição pura e simples de tais normas para o texto estadual".

3.3 — Esse entendimento, pacificamente assente no E. Supremo Tribunal Federal, foi sintetizado pelo Ministro Rodrigues Alckmin, no voto que proferiu na Representação 892, que versava sobre a Constituição do Rio Grande do Sul:

"A obediência aos modelos federais tem sido um *standard* da constitucionalidade de dispositivos de leis maiores dos Estados" (*in RTJ 66/667, in fine*).

3.4 — Francisco Campos assim doutrina a respeito:

"... à Assembléia do Estado, ainda que investida de poder constituinte, falece competência para subtrair ao Estatuto Federal atos, coisas ou pessoas por ele regulados, disciplinados ou regidos.

O poder constituinte do Estado é, por natureza, limitado: ele já encontra, com efeito, constituído e em pleno vigor um regime jurídico dentro em cujos limites há de conter-se a sua competência. A Constituição Federal é a Carta em que os poderes ordinários do Governo federal e o poder constituinte dos Estados encontram, a um só tempo, o fundamento da sua legitimidade, a fonte de suas atribuições e os limites da sua competência.

Admitir que uma constituinte estadual ou local possa aprovar os atos do governo estadual, subtraindo-os à aplicação do Direito Constitucional, Civil e Criminal, que não foi, nem pode ser editado pelos órgãos do governo local, por mais extensos e eminentes que sejam os seus poderes, como é o caso na fase constituinte da sua organização, seria, evidentemente, fazer coincidir em extensão, compreensão, conteúdo e competência o poder constituinte local e o poder constituinte federal, quando aquele é *condicionado*, restringido ou limitado precisamente não só *pelas normas prescritas por este*, isto é, os mandamentos de caráter constitucional, *como pela legislação ordinária federal editada em conformidade com a Constituição*" (*Direito Constitucional — Rio, 1956 — 1.º vol., pág. 364*).

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (36), 1980.

3.5 — A lição é mais atual do que nunca. Entendimento diverso implicaria admitir-se fosse esvaziado o comando da Lei Magna, posto que através de emenda à Constituição Estadual poderia o legislador ordinário estadual dispor sobre todas as matérias cuja iniciativa de lei é reservada privativamente ao Chefe do Executivo.

3.6 — O constituinte do Estado do Rio de Janeiro de 1975 permitiu-se, notadamente no que se refere aos funcionários públicos, ignorar o modelo federal, quer contrariando-o frontalmente, quer tornando texto constitucional matéria não versada pela Carta Magna, porque própria da legislação ordinária.

3.7 — O princípio federal foi o de estratificar em texto constitucional apenas certas normas, deixando todo o mais sujeito à flexibilidade e mutabilidade próprias da legislação ordinária.

3.8 — Não pode pois o constituinte estadual retirar do âmbito de competência do legislador ordinário matéria que lhe é própria, nem do Governador a privativa iniciativa de leis que “criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública (artigo 57 — II, da Constituição Federal), e que “disponham sobre servidores públicos . . . seu regime jurídico, provimento de cargos públicos, estabilidade e aposentadoria de funcionários civis, reforma e transferência de militares para a inatividade (artigo 57 — V, da Constituição Federal).

3.9 — O constituinte do Estado do Rio de Janeiro, através dos dispositivos impugnados, quebrou o princípio de harmonia e independência dos Poderes (artigos 6.º, 10-VI, c; c/c art. 13-I, da Constituição Federal), desatendeu à cogência das normas relativas aos funcionários públicos da Carta Magna, bem como contrariou o Processo Legislativo estabelecido pela Seção V, do Capítulo VI do Título I da mesma Carta, que é também de adoção obrigatória para os Estados (artigo 13-III).

3.10 — Procedimento semelhante foi adotado por outros constituintes estaduais, sempre sob o fundamento assim caracterizado pelo Ministro Adalácio Nogueira em seu voto na Representação 761-Ceará:

“A Assembléia Legislativa para legitimar tal atitude pretende blindar-se com a couraça do Poder Constituinte, que a sobrepe a quaisquer restrições” (RTJ 47/633).

Tal justificativa, entretanto, jamais contou com o endosso do E. Supremo Tribunal Federal.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (36), 1980.

3.11 — A douta Procuradoria Geral da República tem entendimento firmado, acolhido sem discrepância pelo Pretório Excelso, no sentido de

“A elaboração das Constituições Estaduais não defluiu do Poder Constituinte, mas sim da permissão aberta pela Constituição Federal, deixando ao poder constituído local a edição de regras diretoras da estrutura administrativa do Estado-Membro, jungido este poder às limitações impostas pela própria Constituição Federal. Nisso estamos com a doutrina corrente, sobre não se conceber o Poder Constituinte senão na plenitude de sua extensão, correlata à soberania de que é corolário.

A competência das Assembléias Legislativas não vai além dos marcos fincados pela Carta Magna ao exercício do poder constituído que o legislador estadual detém.

Dessa forma, de competência limitada, porque despido de qualquer parcela do Poder Constituinte, o Legislativo Estadual mesmo quando da elaboração da Constituição do Estado, não pode prover sobre relações concretizadas à vigência de preceitos constitucionais federais que não sofreram solução de continuidade em sua incidencialidade.” (RTJ 47/635).

3.12 — Na Representação 752, referente à Constituição do Estado de Goiás (in RTJ — 55/662), o voto vencedor do Ministro Eloy da Rocha expressa:

“Passando à análise dos combatidos dispositivos, não nos parece haver dúvida sobre a procedência da arguição. De fato, no plano estadual, a elaboração da Constituição não defluiu do exercício do poder constituinte, mas sim da permissão aberta pela Constituição Federal, deixando ao poder constituído local a edição de regras diretoras da estrutura administrativa do Estado-Membro, numa estreita faixa delineada nas limitações impostas pela própria Constituição Federal.

Não se conceberia a detenção de poder constituinte pelas Assembléias estaduais, sem cair-se numa franca antinomia — admitir-se este poder a par de sua subjugação a imposições limitativas da soberania que lhe é peculiar. A competência das Assembléias Legislativas para essa promulgação, portanto, não vai além dos marcos traçados pela Constituição Federal para o exercício do poder constituído que o Legislativo detém no plano estadual”. (RTJ 55/663).

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (36), 1980.

3.13 — Quando do julgamento da Representação 855, em que foram apreciados dispositivos da Constituição de Mato Grosso (RTJ 57/384), a tese foi mais uma vez acolhida na forma do voto do Ministro Barros Monteiro:

“5. Prevendo vantagens por tempo de serviço e fazendas incorporadas aos vencimentos dos servidores, o malsinado dispositivo exorbita da competência do Poder Legislativo. Com efeito, ainda quando no trato da reformulação constitucional local, o legislador não pode se investir da competência para matéria que a Constituição da República tenha reservado à exclusiva iniciativa do Chefe do Executivo, como são as normas que digam sobre vencimentos e vantagens dos servidores públicos (art. 57-II e 65).”

6. Aliás, por ofensa ao aludido princípio, já foram julgados inconstitucionais os artigos 121, X, e 198 da Constituição de Mato Grosso, ambos relativos a vantagens dos servidores públicos, como o estabelecimento do teto de vencimentos vinculado ao salário mínimo regional, e a gratificação por risco de vida e saúde (Rp 826-MT, Relator o Ministro Barros Monteiro) (RTJ 57/385).

3.14 — Reafirmando jurisprudência já assente, na Representação 893-AL, foi acolhido o pedido de declaração de inconstitucionalidade de vários dispositivos, lendo-se do acórdão publicado a fls. 638 do volume 69 da *Revista Trimestral de Jurisprudência*:

“Com efeito, tem decidido esse Colendo Supremo Tribunal Federal, por várias vezes, que são inconstitucionais os dispositivos de Constituições dos Estados-Membros, inclusive suas emendas, que fixem vencimentos e vantagens a servidores públicos, concedam subvenção ou auxílio ou, de qualquer modo, aumentem a despesa pública, porquanto essas matérias são, em face dos arts. 57, II, e 65, da Emenda n.º 1/69, objeto de leis cujo projeto é da iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, iniciativa essa que não pode ser cerceada por norma constitucional dos Estados. Nesse sentido, julgou essa Suprema Corte inconstitucional o art. 121, XII, da Constituição do Estado de Mato Grosso (pelo qual se fazia a incorporação aos vencimentos, para todos os efeitos, do adicional por tempo de serviço), uma vez que, como salientou o relator da Rp 855, o Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro:

“Prevendo vantagens por tempo de serviço e fazendas incorporadas aos vencimentos dos servidores, o malsinado

dispositivo exorbita da competência do Poder Legislativo. Com efeito, ainda quando no trato da reformulação constitucional local, o legislador não pode se investir da competência para matéria que a Constituição da República tenha reservado à exclusiva iniciativa do Chefe do Executivo, como são as normas que digam sobre vencimentos e vantagens dos servidores públicos” (arts. 57, II, e 65)”. (RTJ 57/385)

No mesmo sentido decidiu essa Suprema Corte, ainda sob o império da Constituição de 1967, ao julgar a Representação 753-SP, onde se declararam inconstitucionais, entre outros, os arts. 4.º, II, e 17 do Ato das Disposições Transitórias da então Constituição do Estado de São Paulo, por terem esses dispositivos versado matéria da iniciativa do Poder Executivo (art. 60, inciso I, da Constituição Federal de 1967), como se vê na RTJ 46/441 e seguintes”.

3.15 — Destarte, não obstante outros vícios, específicos a cada um dos dispositivos impugnados, só o exposto seria o suficiente para a declaração da sua inconstitucionalidade.

4. Analisemos, a seguir, cada um dos mencionados dispositivos:

4.1 — Letras “b” (parte) e “c” do inciso VII, do art. 35

“Art. 35 — Compete privativamente à Assembléia Legislativa:

.....
VII — aprovar, previamente, por voto secreto, a escolha:

.....
b) dos Conselheiros do Tribunal de Contas e do Conselho de Contas dos Municípios e dos membros do Tribunal de Impostos e Taxas;

c) do Procurador-Geral da Justiça e do Procurador-Geral do Estado”.

4.1.1 — As partes grifadas são inconstitucionais por contrariarem o art. 81, inciso VIII, da Lei Magna, que dispõe competir privativamente ao Chefe do Executivo prover os cargos públicos, bem como o art. 57, inciso V, daquela Constituição, que prescreve ser de sua competência exclusiva a iniciativa de leis que disponham sobre o provimento de cargos públicos.

Essa competência abrange o provimento dos cargos de confiança com pessoas de *livre escolha* do Chefe do Executivo, sem as restrições decorrentes do prévio *placet* do Legislativo, posto que é o Chefe do Executivo o responsável pela gestão dos negócios públicos (artigo 81 da Constituição Federal).

As únicas limitações à plenitude da mencionada competência são as que constam, em *numerus clausus*, do inciso III do art. 42 da Lei Magna, e no que se refere ao Governador, do disposto taxativamente no parágrafo 1.º do art. 15.

4.1.2 — Do cotejo da Constituição de 1967 com o texto da Emenda n.º 1/69, verifica-se ter o constituinte federal restringido as hipóteses em que cabia a prévia aprovação do Senado.

Assim, o inciso I do art. 45 da Carta de 1967 dispunha:

“Art. 45 — Compete, ainda, privativamente, por voto secreto a escolha do Procurador-Geral da República, dos Governadores dos Territórios e quando determinado em lei, a de outros servidores.”

No entanto, no texto da Emenda n.º 1/69 foi suprimida a referência ao Procurador-Geral da República, aos Governadores dos Territórios e, principalmente, “a de outros servidores”, previsão que, ao contrário da *regra atual*, facultava ao legislador ordinário ampliar a sujeição do Chefe do Executivo ao alvedrio do Senado.

4.1.3 — Na Representação 757, relativa à Constituição do Amazonas (*in RTJ 53/215*), dispositivos análogos ao ora examinado foram julgados inconstitucionais. Lê-se da manifestação da Procuradoria da República:

“Importa assinalar, finalmente, que disposição análoga (art. 17, n.º XXII) da Constituição do Estado do Ceará, de 1947, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em Acórdão de 16-7-74, estampado na *RDA 17/77* e seguintes. O então Procurador-Geral da República, Prof. Themístocles Brandão Cavalcanti, a certa altura do lúcido parecer com que submeteu à Suprema Corte a representação do Governador do Ceará, afirmou:

“A subordinação do Poder Executivo ao Legislativo, na nomeação dos chefes de serviços da Administração do Estado quebra, a meu ver, o princípio da independência dos Poderes porque o Legislativo domina o Executivo, que perde a sua liberdade na escolha dos auxiliares diretos da sua Administração.”

Idêntica foi a decisão do E. Supremo Tribunal Federal na Representação 826, de Mato Grosso (*RTJ 57/358*), e no *leading case* que foi, em 1947, julgamento onde se apreciou dispositivo da Constituição do Ceará que subordinava à aprovação da Assembléia a escolha dos Secretários de Estado (*in Rev. Dir. Adm. — 17/77*).

No exame da questão fundamental o Procurador-Geral da República, à época o Prof. Themístocles Brandão Cavalcanti, se manifestou na forma acima transcrita, sendo da maior expressão os votos dos Ministros Aníbal Freire e Hahnemann Guimarães.

Destaca-se no voto do Ministro Aníbal Freire:

“Na organização dos Poderes políticos, cabe primazia ao princípio da independência e harmonia. Não pode ser de independência o critério que permita a um poder extravasar dos seus limites, invadindo esfera própria de outro e em ponto imanente na autoridade deste, que na hipótese não pode sofrer contraste.”

O Ministro Hahnemann Guimarães votou no mesmo sentido:

“Aqui se trata da observância de um princípio capital de nosso regime constitucional. É necessária a independência do Poder Executivo, é necessária a independência do Presidente da República, como a dos Governadores de Estado, que possam eles livremente escolher e demitir os seus auxiliares. Não se trata, aqui, de reproduzir apenas uma regra da Constituição Federal na Constituição Estadual: Cumpre-se um preceito fundamental de nosso regime constitucional”.

Proclamou assim o Pretório Excelso uma tese.

4.1.4 — Cumpre esclarecer que o condicionamento da escolha dos integrantes do Tribunal de Impostos e Taxas ao prévio *placet* da Assembléia, conjugado com a regra do artigo 15 da Constituição Estadual, que confere a esse Tribunal a competência de ser *última instância*, implica em ilegítima minimização do Chefe do Executivo e interferência do Legislativo na realização da receita.

Efetivamente, a Assembléia ao participar do processo de escolha poderá, por exemplo, só aprovar aqueles que tenham determinado entendimento em matéria fiscal, influenciando, por essa via, na realização da receita, através da orientação imprimida nas decisões — vinculantes e irrecorríveis — dos conflitos fiscais.

4.1.5 — No que se refere à liberdade de escolha do Procurador-Geral da Justiça e do Procurador-Geral do Estado, já existe precedente de decisão da Suprema Corte, na Representação n.º 857-MG, relativa à Constituição do Estado de Minas Gerais (redação da Emenda n.º 1, de 1-10-70), conforme publicação na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 67, págs. 310/321).

4.2 — Artigo 87, "caput"

"Os cargos do serviço público estadual são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo, idade, raça e credo religioso."

Regra semelhante consta do parágrafo 6.º do mesmo artigo, que será adiante apreciada.

A parte final, grifada, discrepa flagrantemente do paradigma federal, o artigo 97, que tem a seguinte redação:

"Art. 97 — Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei."

Evidentemente, não ter estabelecido o constituinte federal ressalva idêntica à feita pelo constituinte do Estado do Rio de Janeiro, não implica possa o legislador ordinário distinguir desarrazadamente em razão do sexo, idade, raça e credo religioso. Impede, taxativamente, esse entendimento, o parágrafo 1.º do artigo 153 da própria Carta Magna. Assim, para serem evitadas discriminações odiosas, não se faz necessária a parte final do artigo em exame, que apenas leva a resultado não desejado pela Constituição Federal.

Com efeito, enquanto que a Constituição da República defere ao legislador ordinário — já balizado pelo parágrafo 1.º do artigo 153 — a aplicação do princípio isonômico, o constituinte estadual retira desse legislador a possibilidade de considerar destacadamente cada uma das múltiplas hipóteses ocorrentes e sobre elas dispor adequadamente. Todos os casos ficam sujeitos a uma fórmula rígida e permanente.

O princípio da isonomia não tem o alcance, cego e primário de desconhecer as diversidades do mundo e tratar a todos como iguais em tudo, impedindo o Estado de distinguir entre os indivíduos de acordo com o prisma sob o qual os esteja considerando, de classificá-los em grupos que recebam tratamento diverso em razão das características diferentes que apresentem.

"A garantia das garantias, ou a garantia sem a qual as garantias enunciadas na Constituição constituiriam meras frivolidades que não mereceriam que ninguém dotado de algum

senso comum com elas se ocupasse, ainda que de passagem é, precisamente, o fato de que a lei não poderá discriminar entre indivíduos, circunstâncias ou estados de coisas entre os quais não haja diferenças substanciais quanto ao ponto que o legislador tomou como objeto da regulamentação legal" (Francisco Campos, *Igualdade de todos perante a lei*, in Rev. de Direito Administrativo, vol. 10, pág. 412).

A existência de diferenças substanciais quanto ao aspecto sob o qual se enfoca os indivíduos admite o tratamento díspar para os desiguais. Sem essa possibilidade, aliás, seria praticamente impossível legislar ou administrar.

O grande Juiz Holmes já chamava a atenção para o fato de que uma interpretação muito literal e inflexível do princípio da isonomia pode emperrar, senão manietar de vez, a atuação do Estado:

"As Justice Holmes once said, in a case in which it was claimed that equal protection was denied, "the interpretation of constitutional principles must not be too literal. We must remember that the machinery of government would not work if it were not allowed a little play in its jointes". (Bernard Schwartz, *Commentary on the Constitution of the United States*, part III, volume II, pág. 501, edição 1968).

A doutrina constitucional americana — que tem conseguido harmonizar um acendrado amor às liberdades e direitos individuais com o pragmatismo necessário ao funcionamento das instituições governamentais — já há muito estabeleceu que a regra da isonomia não impede que o Estado faça "classificações" de indivíduos para tratá-los diversamente desde que haja entre essas classes reais diferenças e o tratamento diverso vise à obtenção de finalidades legítimas:

"A décima quarta emenda proíbe o Estado de negar "a qualquer pessoa dentro da sua jurisdição a igual proteção das leis". "Igual proteção, como "due process" é difícil de definir. De fato, a cláusula de igual proteção não significa literalmente que cada lei deva ser aplicada do mesmo modo para cada pessoa. Torna-se necessária a existência de classificações para cada sistema de lei.

Uma idade mínima, por exemplo, é certamente uma válida classificação para definição do eleitorado; o mesmo também para o caso das leis que imponham o serviço militar, e para o treino profissional para o diploma de doutores. O que a cláusula de igual proteção exige é que a classificação se apoie em bases reais e que seja para uma finalidade legítima. O proble-

ma é uma das linhas mestras de separação entre as classificações razoáveis e as não razoáveis, e ao se estabelecerem estas linhas o Poder Judiciário tem uma ampla discricção" (Albert Saye, Merrit Pound e John Allums, *Principles of American Government*", pág. 141).

"The equal protection clause of the Fourteenth Amendment does not take from the State the power to classify in the adoption of police laws, but admits of the exercise of wide scope of discretion in that regard, and avoids what is done only when it is without any reasonable basis and therefore is purely arbitrary. 2. A classification having some reasonable basis does not offend against that clause merely because it is not made with mathematical nicety or because in practice it results in some inequality" (Schwartz, obra e pág. citadas).

"... The Fourteenth Amendment permits the States a wide scope of discretion — in enacting laws which affect some groups of citizens differently than others. The constitutional safeguard is offended only if the classification rests on grounds wholly irrelevant to the achievement of the State's objective." (*idem*)

Essas imprescindíveis *classificações* dos indivíduos, das coisas ou das circunstâncias, com base nas diferenças de fato existentes e com vistas aos fins a que o Estado visa, são feitas todo o dia pelo legislador e pelo Executivo. É assim que a União cria incentivos fiscais para algumas regiões do País e não para todas, que o Poder Público estabelece distinções para o acesso aos cargos públicos, classificando os indivíduos em razão do sexo, idade, grau de instrução, conhecimento e experiência.

A atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, interpretando a Constituição da República, reconhece a limitação de idade feita até pelas Instruções de cada concurso (que podem mais adequadamente dispor sobre cada caso específico). É o que se lê à página 5.580 do *Diário da Justiça*, do dia 8-8-75:

"RE 73.320-RJ Rel. Ministro Antônio Neder — Recorrente: Estado do Rio de Janeiro — Recorrido: Hélio de Araújo Vasconcelos. Decisão: Conhecido e provido. Unanimemente. — 1.^a T. em 10-6-75.

Ementa: 1 — Concurso de seleção para cargo público. Idade que deve ter o candidato. Seus limites fixados nas instruções por força de norma legal. Não constitui delegação legislativa proibida pelo artigo 6.^o da Carta Política de 1967 com a Emenda n.^o 12 — Ao expressar que os cargos públicos são acessí-

veis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, o artigo se reporta à lei em sentido formal e, havendo autorização legislativa, à lei em sentido material."

Além disso, onerando o erário, cria a norma impugnada a possibilidade de nomeação de pessoas com idade próxima dos setenta anos. Após breve período de trabalho, uma vez atingida a idade limite, resta para o Estado o encargo de pagar a aposentadoria proporcional por tempo por vezes superior ao do serviço que lhe foi prestado.

Ademais, o artigo 87, na parte impugnada, invade seara de competência própria do Chefe do Executivo, posto que, pelo inciso II do artigo 109 da Carta Federal — cogente para os Estados e Municípios — lhe cabe a iniciativa de leis que definam

"a forma e as condições de provimento dos cargos públicos."

Embora o vício de inconstitucionalidade se situe na parte final do artigo 87, com a sua simples supressão não se compatibilizará a norma com o artigo 97 da Constituição da República, posto que, assim, mencionado artigo ficaria com uma amplitude indevida por não contar em seu texto a condicionante

"... que preencham os requisitos estabelecidos em lei" —

— o que torna necessária a declaração de inconstitucionalidade do artigo 87, integralmente.

A norma ora impugnada se desdobra em parágrafos que padecem dos mesmos vícios, como a seguir se verá:

4.3 — Parágrafo 5.^o do artigo 87

"No provimento dos cargos do serviço público do Estado não prevalecem limites de idade, para os funcionários públicos federais, estaduais e municipais, salvo quando assim o exigir a natureza do serviço."

A norma é própria da legislação ordinária, discrepa do texto federal, e dispõe sobre matéria que se inclui na competência do Chefe do Executivo, posto que pelo artigo 109, inciso II, da Carta Federal, a ele cabe, com exclusividade, a iniciativa de leis que definam "a forma e as condições de provimento dos cargos públicos". Além disso, a regra onera o erário com o pagamento de proventos àqueles que lhe prestaram um mínimo de serviço, como demonstrado no subitem 4.2., aumentando a despesa — matéria de competência exclusiva do Chefe do Executivo (Constituição Federal — 57, II).

4.4 — Parágrafo 6.º do artigo 87

“§ 6.º — A lei disporá de modo que no Estado e nos Municípios não haja discriminação em razão de sexo e idade para fins de provimento em cargos públicos ou contratação, exceto quando assim o exigir a natureza do serviço.”

O parágrafo acima contém norma equivalente ao *caput* do artigo 87. Padece, portanto, dos mesmos vícios apontados anteriormente, no item 4.2, discrepa do texto federal, onera o erário, e dispõe sobre matéria de competência exclusiva do Chefe do Executivo, *ex vi* do inciso II do artigo 109, e o inciso II do artigo 57 da Constituição da República.

Todavia, o § 6.º encerra outras inconstitucionalidades, razão pela qual é examinado destacadamente do *caput*.

Cabe de logo assinalar que a circunstância de a norma prever no sentido de que “a lei disporá...” não a torna menos inconstitucional do que se não contivesse essa remissão à lei.

De fato, como já se viu, “a forma e condições de provimento dos cargos públicos são matérias só reguláveis por exclusiva iniciativa do Chefe do Executivo (inciso II do artigo 109 da Constituição Federal), que para tanto não está sujeito a qualquer condicionamento. Assim a regra de que a lei de sua exclusiva iniciativa deve atender a tais ou quais condições e limitações, implica de logo, em uma ilegítima restrição de competência.

Não bastasse isso, o § 6.º do artigo 87 fere a autonomia municipal (Constituição Federal, artigo 15, II, b).

Finalmente, o parágrafo impugnado invade área própria do legislador federal, quando também pretende interferir no modo de contratação de pessoal, estabelecendo limitações. Com isso, contraria o artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas...” (matéria, pois, de competência do Chefe do Executivo Estadual).

A amplitude da regra em exame, cujo limite de incidência, sem exceção, coincide com o limite territorial do Estado — abrange aqueles casos em que o referido Estado e os Municípios desenvolvam atividade econômica através de sociedade de economia mista e empresas públicas.

Ora, é taxativo o § 2.º do artigo 170 da Constituição da República:

“§ 2.º — Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.”

Inconstitucional portanto, ainda sob esse aspecto, o § 6.º, quando incursiona em área reservada à privativa incidência da lei federal, que não tem disposição semelhante à que o legislador constituinte local quer impor ao Estado empregador.

4.5 — Parágrafo único do artigo 89

“Parágrafo único — Ocorrendo extinção do cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, até o seu obrigatório aproveitamento em outro cargo ou vaga que vier a ocorrer, sempre da mesma natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava.”

A parte grifada representa alteração, por acréscimo, do modelo federal. De fato, o parágrafo único do artigo 100 da Constituição Federal dispõe apenas que:

“Extinto o cargo ou declarado pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço.”

O constituinte federal através da Emenda n.º 1/69, mudou o tratamento dispensado à disponibilidade, uma vez que o § 2.º do artigo 99 da Constituição de 1967 determinava o “obrigatório aproveitamento” e a paga de vencimentos integrais.

Como se vê, a Constituição local quer que prevaleça no Estado princípio já revogado pela Emenda n.º 1/69.

A norma impugnada, sob outro aspecto, interfere na competência do Chefe do Executivo, a quem cabe, privativamente, prover os cargos públicos (artigo 81, VIII, da Constituição Federal). Essa faculdade foi concebida pela Lei Maior em vigor, sem o condicionamento que ora quer impor o constituinte do Estado. O aproveitamento do funcionário em disponibilidade tem de ficar sujeito ao prudente critério do Governador. Se assim é em qualquer Estado, com mais razão há de ser no novo Estado resultante da fusão, onde o problema assume maior gravidade.

4.6 — Incisos III, IV e VI do artigo 91

“Art. 91 — Ao funcionário ficam assegurados, entre outros que a lei estabelecer, os seguintes direitos:

.....
III — gratificação de nível universitário ou técnico ao funcionário ocupante de cargo para cujo provimento ou desempenho seja exigido diploma de curso superior ou técnico;

IV — gratificação especial ao funcionário portador de diploma de curso superior ou técnico que exerça cargo para cujo provimento ou desempenho não seja exigido o referido diploma;

VI — gratificação nos casos de risco de vida e indenização nos acidentes de trabalho.”

O artigo 91 dispõe sobre matéria própria da legislação ordinária.

Os incisos transcritos são inovações que implicam em substancial aumento de despesa e quebra do sistema de remuneração do pessoal.

4.6.1 — O inciso III aumenta consideravelmente a despesa, posto que no antigo Estado do Rio de Janeiro, ora fundido com o da Guanabara, não havia Gratificação de Nível Universitário, que, a prevalecer o dispositivo, deverá passar a ser pago independentemente das possibilidades do erário e a todo o funcionalismo oriundo daquele Estado.

4.6.2 — O inciso IV é ainda mais expressivo. Sob o aspecto do aumento da despesa sua repercussão é enorme, pois atinge o pessoal de ambos os Estados fundidos, de número superior a 150.000. Sob esse aspecto vale notar que se cria a impossibilidade de o Estado estimar sua despesa, pois escapa ao seu controle quantos são os funcionários que têm ou que virão a ter diploma de nível técnico ou universitário.

O inciso IV do artigo 91 onera o erário com o pagamento de uma gratificação decorrente de diploma estranho à atividade funcional. Faz repercutir no serviço público situações pessoais inteiramente estranhas a ele. A prevalecer tal liberalidade, o Estado pagará mais ao servente que tenha algum diploma técnico ou superior do que a outro servidor de igual categoria, que embora faça o mesmo *serviço* não tenha qualquer diploma. Trata-se, como se vê, de manifesto excesso que requer correção.

4.6.3 — *Inciso VI* — A Gratificação de Risco de Vida do inciso VI também aumenta a despesa, dado que no antigo Estado da Guanabara havia ela sido substituída pelo sistema de seguro.

O E. Supremo Tribunal Federal teve ensejo de reconhecer a inconstitucionalidade de normas semelhantes às que ora se impugna.

No julgamento da Representação 826, relativa à Constituição de Mato Grosso (*In RTJ 57/367*) foi julgado inconstitucional o mero asseguamento de gratificação de risco de vida porque

“sem apoio em paradigma federal, a disposição em tela constitui, por subtrair da iniciativa do Executivo a fixação, em legislação ordinária, de vantagens funcionais. Pela procedência da arguição.”

A incorporação aos vencimentos de vantagem de natureza diversa — adicional por tempo de serviço — foi também prevista pela Constituição de Mato Grosso, sendo julgado inconstitucional através da Representação n.º 855 (*In RTJ 57/385*) expressando o acórdão:

“5. Prevendo vantagens por tempo e fazendo-as incorporadas aos vencimentos dos servidores, o malsinado dispositivo exorbita da competência do Poder Legislativo. Com efeito, ainda quando no trato da reformulação constitucional local, o legislador não pode se investir da competência para matéria que a Constituição da República tenha reservado à exclusiva iniciativa do Chefe do Executivo, como são as normas que digam sobre vencimentos e vantagens dos servidores públicos (artigos 57, n.º II, e 65).

6. Aliás, por ofensa ao aludido princípio já foram julgados inconstitucionais os arts. 121, X, e 198 da Constituição de Mato Grosso, ambos relativos a vantagens dos servidores públicos, com o estabelecimento do teto de vencimentos vinculado ao salário-mínimo regional e a gratificação por risco de vida e saúde (Rp 826 — MT — Rel. Min. Barros Monteiro.”

4.6.4 — A jurisprudência do STF, sobre a matéria já se encontra referida no item 3.14 do pedido.

4.7 — § 1.º do artigo 94

“Art. 94 — Os proventos da aposentadoria são:

§ 1.º — Os proventos da inatividade serão revistos na mesma ocasião e nas mesmas proporções em que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade”.

Essa regra, na parte grifada, discrepa do modelo federal, cujo parágrafo 1.º do artigo 102 da Lei Maior assim dispõe:

“Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade”.

O legislador estadual, através do parágrafo em exame e do artigo 96 adiante apreciado, subverteu o tratamento que a Constituição Federal, de forma cogente, dispensou à inatividade.

A Constituição Federal não garante ao aposentado nenhum *quantum* de aumento, ou, mesmo, qualquer critério uniforme e constante de revisão

de proventos. Estabelece, tão somente, o momento em que há de ser feita essa revisão — que será o mesmo da majoração dos vencimentos dos funcionários em atividade por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda. Não há discrepância doutrinária a esse respeito. Vale, a propósito, lembrar o ensinamento de Pontes de Miranda e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a saber:

“A Constituição de 1967, art. 102, § 1.º, não inseriu regra jurídica cogente, segundo a qual o critério tenha de ser exatamente o mesmo (v.g. se o aumento para os funcionários públicos em atividade foi de 30%, teria de ser de 30% o aumento para os inativos); impôs a revisão, sem impor a equiparação” (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969*, tomo III, pág. 519).

“9. Revisão dos Proventos na Inatividade
Notar que a Constituição não impõe sejam as revisões feitas na mesma proporção; é matéria de opção política que, no entanto, não deverá ser fonte de pauperização dos inativos nem, tampouco, de estímulo à inatividade” (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, 2.ª ed., pág. 220).

A questão foi examinada quando do julgamento da arguição de inconstitucionalidade do § 2.º do artigo 87 da Constituição do Rio de Janeiro que dispunha no mesmo sentido do preceito ora impugnado (revisão na mesma proporção). Na Representação 755 (*in RTJ* 52/509), aquela regra, sob o mencionado aspecto, foi julgada inconstitucional por destoar do modelo federal (art. 101, § 2.º), aduzindo então o Min. Themístocles Cavalcanti:

“Sr. Presidente, estou de acordo com o E. Relator.

Preciso chamar atenção para o artigo 13, n.º V, que manda que os Estados obedeçam dispositivos federais em relação a funcionários públicos. Este é o dispositivo fundamental”.

Norma assemelhada da Constituição de Minas Gerais também foi julgada inconstitucional através da Representação 861 (*in RTJ* — 63/604), sendo de ressaltar os votos dos Ministros Luiz Galloti e Oswaldo Trigueiro, para ilustrar o entendimento do Tribunal. Assim, o primeiro deu pela inconstitucionalidade

“com base no art. 102, § 2.º, da Constituição, que estabelece a revisão dos proventos da inatividade, mas não diz que esses proventos terão de ser iguais aos dos funcionários em atividade”.

E acrescenta:

“A lei pode dar um aumento menor ao aposentado, levando em conta que ele não tem certas despesas que o funcionário em atividade é obrigado a fazer”.

Em apoio da tese vencedora, esclareceu o Ministro Oswaldo Trigueiro:

“O Governo Federal já o fez (concessão de revisão de proventos em percentual diverso do da alteração dos vencimentos). Em 1966 ou 1967, houve aumento que deu aos inativos apenas 95% do que concedeu aos funcionários em atividade.

.....
Quanto aos inativos há regra especial. É a do art. 102, § 1.º, da Constituição. Quando os vencimentos dos funcionários são aumentados, a Constituição manda rever os proventos dos inativos. Se essa revisão deve ser feita na mesma proporção, ou não, fica a critério do legislador.”

Ademais, o § 1.º do art. 94 ora impugnado dispõe sobre matéria de competência exclusiva do Chefe do Executivo, quer porque dispõe sobre a aposentadoria (artigo 57, V, da Constituição Federal), quer porque implica em aumento de despesa (artigo 57, II).

É pacífico o entendimento do Pretório Excelso que norma da natureza da que ora se cogita não pode ser inserta em Constituição Estadual.

Com efeito, não se pode perder de vista que o Processo Legislativo é cogente para os Estados, e que nele é prevista como competência exclusiva do Chefe do Executivo a iniciativa de leis que fixem vencimentos ou aumentem a despesa pública (art. 57, II da Constituição Federal). A expressão “exclusiva” nesse contexto tem o sentido de caracterizar que tal competência é sem concorrência, sem condicionamento. Ora, se na Constituição do Estado constar a regra impugnada — ou a do artigo 96 adiante examinada — ocorrerá condicionamento indevido à competência do Governador, posto que o seu regular exercício no que se refere à fixação dos vencimentos dos funcionários da ativa acarretará, à sua revelia, uma despesa não desejada, de igual importe, relativamente aos aposentados. Quanto a estes, a iniciativa não terá sido do Chefe do Executivo, mas, ilegitimamente, da Assembléia.

4.8 — § 2.º do artigo 94

§ 2.º — Ressalvado o disposto no parágrafo anterior e as situações definitivamente constituídas em caso algum os pro-

ventos da inatividade podem exceder à remuneração percebida em atividade.”

A ressalva feita às “situações definitivamente constituídas” contraria frontalmente o paradigma cogente da Constituição da República:

“Art. 102 — Os proventos da aposentadoria serão:

.....
§ 2.º — Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder à remuneração percebida na atividade.”

Cabível, assim, invocar-se, mais uma vez, a argumentação articulada no item 3 da Representação.

Com efeito, se o texto federal só admite uma única ressalva (a do § 1.º do artigo 102, que dispõe sobre a revisão de proventos por desvalorização da moeda), não é possível a criação de outra ressalva, qualquer que seja ela.

Não se suponha sequer que a ressalva em causa tenha sido empregada impropriamente, com o sentido de expressar “direito adquirido”, dado que o artigo 210, da Carta Estadual, reproduzindo o § 3.º do artigo 153 da Constituição Federal, consigna:

“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Assim, a expressão “situação jurídica definitivamente constituída” tem, no texto, sentido próprio, diverso de “direito adquirido”.

Ocorre que no direito brasileiro o conflito de leis no tempo tem tratamento constitucional, que na Emenda n.º 1/69 corresponde ao parágrafo 3.º do artigo 153. Não obstante, invadindo seara de competência federal, o dispositivo ora impugnado cria mais outro óbice à aplicação da lei nova, o da “situação definitivamente constituída”. Como se sabe, a teoria objetiva a ele correspondente só foi adotada durante a vigência do Decreto-Lei 4.657, de 4-9-1942, tendo se retornado à teoria subjetiva a partir da Constituição de 1946. Assim, o constituinte local permitiu-se retomar critério afastado de nosso Direito Constitucional desde 1946.

De toda sorte, ainda que de direito adquirido se tratasse, não é possível que a Constituição do Estado pretenda fazê-lo prevalecer sobre texto expresso da Constituição Federal.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (36), 1980.

4.9 — Artigo 95 e incisos

“Art. 95 — Integram-se nos proventos da inatividade as seguintes vantagens obtidas na atividade:

I — gratificação adicional por tempo de serviço, na forma estabelecida em lei;

II — gratificações ou parcelas financeiras outras, percebidas em caráter permanente; e

III — gratificação especial de função militar”.

Toda matéria versada não tem símile no texto federal, pois da competência do legislador ordinário e dependente da privativa iniciativa do Chefe do Poder Executivo (matéria referente a aposentadoria, acarretando aumento de despesa — Constituição Federal, artigo 57 — II e V).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito consta destas razões nos itens 3.13, 3.14 e 4.6.3 (referente ao inciso VI do artigo 91 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro).

4.10 — Artigo 96

“Art. 96 — Aos funcionários, quando na inatividade, são assegurados os direitos e vantagens previstos nas leis vigentes ao tempo de sua aposentadoria, com a remuneração corrente dos cargos iguais ou equivalentes.”

Aplica-se ao artigo todo o aduzido anteriormente no item 4.7, relativo ao § 1.º do artigo 94.

Entre muitos arestos desse E. Tribunal que entenderam que o funcionário aposentado só terá direito à revisão de seus proventos quando, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, forem modificados os vencimentos dos funcionários em atividade, podem ser citados os seguintes: Rp. 754 (RTJ 50/218); Rp. 861 (RTJ 63/592); RE 70.232 (RTJ 56/205); RE 73.588 (RTJ 62/228); RE 76.804 (RTJ 70/211); Ag. Reg. 56.545 (RTJ 70/695); M.S. 20.022 (RTJ 74/343); RE 75.380 (RTJ 65/855); Ag. 56.545 (RTJ 28-6-74, pg. 4.569); RE n.ºs 77.780, 78.655, 79.215 (DJ 20-9-74, pg. 6.807); RE n.ºs 81.326 e 81.472 (DJ 8-7-76, pg. 5.126); RE 83.285 (DJ 8-7-76, pg. 5.131, *in fine*).

Mas o artigo 96 ofende a Constituição Federal ainda sob outro aspecto, pois ao determinar que aos funcionários “quando na inatividade” (situação permanente) seja assegurada a “remuneração corrente dos cargos iguais ou equivalentes” estabelece uma equiparação entre ativos e inativos, da mesma categoria ou de categoria diversa, contrariando o parágrafo único do artigo 98 da Constituição Federal.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (36), 1980.

É como também tem entendido a Suprema Corte, mesmo quando se tratam de vencimentos e proventos de funcionários e aposentados de *um mesmo cargo*. A saber:

“Servidor público. Proventos equiparados aos vencimentos do cargo. Derrogação do favor em face da taxativa proibição constitucional (RE 71.119, *in RTJ* 58/218).”

“... o que não pode, e lhe nego, é pretender que a revisão se faça nos termos da lei estadual revogada, isto é, por *equiparação* ao vencimento do cargo que ocupava na atividade (grifamos; RE 75.331, *RTJ* 67/241).

Realmente, as situações funcionais da atividade e da inatividade, pelo aspecto fáctico e pelo tratamento constitucional que lhes foi dispensado, são nitidamente distintas. Assim, poderão ser diversos os aumentos por desvalorização da moeda e não se refletirão nos proventos os aumentos decorrentes de reclassificação de cargos (entendimentos firmados do E. STF). A par disso, é diverso o regramento da acumulação (art. 99 e seu § 4.º, da C.F.). Acresce que cada uma das situações, sob o aspecto legal, tem regramento próprio (v.g. — o funcionário aposentado pode negociar com a administração e, mesmo, advogar *contra* o ente público que lhe paga os proventos).

Ora, quando se igualam permanentemente os desiguais, se *equipara*.

A redação do artigo em exame é dúbia, mas fica evidente que, em se tratando de aposentadoria, a referência a cargos iguais ou equivalentes implica numa equiparação. Se assim não fosse, necessariamente se falaria em remuneração *do seu cargo*. O sentido de permanência da equiparação e de mutabilidade dos proventos ressalta, por sua vez, da expressão “remuneração *corrente*”, que se opõe à do momento da aposentação e própria do cargo do servidor, ensejando que o aposentado perceba na inatividade mais do que percebia na ativa, o que afronta a vedação do § 2.º do artigo 102 da Lei Maior.

Sob outro aspecto, não serão todas as previstas nas leis vigentes ao tempo da aposentadoria as vantagens incorporáveis aos proventos. Serão, apenas, aquelas que a lei facultar, atendidos certos pressupostos.

Entende pacificamente a Suprema Corte não ser admissível a extensão aos inativos de vantagens conferidas após a aposentadoria ao pessoal em exercício (RE n.ºs 77.780, 78.655, 79.215, *in DJ* 20-9-74, pg. 6.807; 84.866 *in DJ* 8-7-76, pgs. 5.137, 81.326 e 81.472, *in DJ* 8-7-76, pg. 5.126).

Ademais, não será em todos os casos que “a remuneração corrente dos cargos iguais ou equivalentes” será percebida pelo aposentado. O texto criticado não excepciona a hipótese de o tempo de serviço ser inferior ao fixado na Constituição da República (30 e 35 anos), quando os proventos serão, apenas, proporcionais.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (36), 1980.

Como o artigo fala em “inatividade” — o que abrange o funcionário posto em disponibilidade — impossível conceder a este direitos com tal amplitude, de vez que o parágrafo único do artigo 100 da Lei Maior defere, apenas, nessa hipótese, vencimentos proporcionais.

4.11 — Previsão análoga da Constituição da Guanabara, foi julgada inconstitucional através da Representação 754:

“4) A revisão dos proventos da inatividade depende dos aumentos dos vencimentos dos funcionários em atividade por motivo da elevação do custo de vida. O aumento de proventos em funções equivalentes excede os limites da norma federal, que não prevê essa extensão.” (*in RTJ* 50/218).

No mesmo sentido decidiu a Representação 861, com referência ao artigo 103 da Constituição mineira (*in RTJ* 63/592).

4.12 — Artigo 97

“Art. 97 — O funcionário público investido em mandato eletivo federal, estadual ou municipal ficará afastado do exercício do cargo e somente por antigüidade será promovido.

§ 1.º — O período de exercício de mandato eletivo federal, estadual ou municipal será contado como tempo de serviço apenas para efeito de promoção por antigüidade e de aposentadoria.”

Havia o Litisconsorte argüido a Inconstitucionalidade desses dispositivos em face da flagrante exorbitância ao âmbito de incidência do artigo 104 da Lei Magna, em sua anterior redação, que não previa o mandato municipal.

Posteriormente adveio a Emenda Constitucional n.º 6, de 4-6-76, que deu nova redação ao artigo 104. Permanece porém a inconstitucionalidade da norma estadual em face do artigo 104, mesmo em sua nova redação.

Com efeito, pelo art. 97 da Constituição Estadual haverá sempre o afastamento do servidor no caso dele ser investido em qualquer mandato eletivo municipal. No entanto, pelo artigo 104 da Lei Magna só poderá haver afastamento em se tratando de mandato federal ou estadual (§ 1.º). Quanto ao mandato municipal, o referente ao cargo de Prefeito autorizará o afastamento. Não é autorizado porém o afastamento do servidor que se eleja vereador, salvo não havendo compatibilidade de horários (§ 3.º). Vale dizer: sendo os horários compatíveis, descabe o afastamento. Sob outro aspecto, o parágrafo 1.º do artigo 97 da Constituição Estadual restringe a contagem de serviço do funcionário afastado apenas para os efeitos de promoção por antigüidade e aposentadoria. Diversamente prescre-

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (36), 1980.

ve o § 4.º do artigo 104: o tempo do afastamento será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento.

É, pois, manifesta a inconstitucionalidade do artigo 97 e seu parágrafo 1.º.

4.13 — Parágrafo 2.º do artigo 97

“Art. 97 — O funcionário público investido em mandato eletivo federal, estadual ou municipal ficará afastado do exercício do cargo e somente por antigüidade será promovido.

§ 1.º — O período de exercício de mandato eletivo federal, estadual ou municipal é contado como tempo de serviço apenas para efeito de promoção por antigüidade e de aposentadoria.

§ 2.º — Aplica-se ao pessoal da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar o disposto no presente artigo.”

O que foi dito sobre o *caput* do artigo ante sua incompatibilidade com o art. 104 da Constituição Federal seria extensivo ao § 2.º se este não tivesse vício específico.

Realmente, o § 2.º regula a hipótese de forma diversa da que faz a Constituição da República em seu artigo 150, regra que o artigo 25, letra a, do Decreto-Lei federal n.º 667, de 2-7-69, determina se aplique ao pessoal das Polícias Militares.

Com efeito, as Polícias Militares, e os Bombeiros Militares, embora não integrando as Forças Armadas, como forças auxiliares, reservas do Exército, subordinam-se, no particular, ao tratamento aplicável aos militares federais.

É o que dispõe a Constituição da República:

“Art. 13 —

§ 4.º — As polícias militares, instituídas para manutenção da ordem pública nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, e os corpos de bombeiros militares são considerados forças auxiliares, reserva do Exército, não podendo seus postos ou graduações ter remuneração superior à fixada para os postos e graduados correspondentes no Exército.”

“Art. 150 —

§ 1.º — Os militares alistáveis são inelegíveis, atendidas as seguintes condições:

a) o militar que tiver menos de cinco anos de serviço será, ao candidatar-se a cargo eletivo, *excluído do serviço ativo*;

b) o militar em atividade, com cinco ou mais anos de serviço ao candidatar-se a cargo eletivo *será afastado, temporariamente, do serviço ativo e agregado para tratar de interesse particular*; e

c) o militar não excluído, se eleito, será, no ato da diplomação, *transferido para a inatividade, nos termos da lei.*” (grifamos)

Pelo parágrafo 2.º, ora impugnado, não serão aplicados aos Polícias Militares as determinações das letras a, b e c do § 1.º do artigo 150 da Constituição Federal, acima transcritas.

4.14 — Artigo 100 e parágrafo único

“Art. 100 — As pessoas jurídicas de direito público serão responsáveis pelos danos que seus *servidores*, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único — Cabe ação regressiva contra o servidor responsável, nos casos de culpa ou dolo.”

O texto estadual discrepa do federal (artigo 107), que não se refere a *servidores*, mas a *funcionários*, expressão mais restrita, que usualmente na forma adotada pelo constituinte do Estado só compreende os funcionários estatutários. Assim, “servidores” abrange os funcionários estatutários e também aqueles regidos pela legislação trabalhista.

Como sabido, o artigo 107 da Lei Maior criou verdadeira responsabilidade objetiva, excepcionando a sistemática própria do direito privado. Estender mencionada responsabilidade objetiva ao caso do servidor-empregado, a par de onerar o Estado, representa indevida incursão em área de competência da União.

Essa oneração será particularmente danosa, posto que enquanto em o Estado ação regressiva contra seus *funcionários* (parágrafo único do artigo 100 da Constituição Federal) não a terá contra seu empregado, de vez que a lei trabalhista não a faculta senão em hipótese muito restrita, sendo ineficaz a respeito a previsão da Carta Estadual, posto que cabe à União Federal regular a matéria (artigo 8.º, XVIII, “b”).

4.15 — Artigo 182

“Art. 182 — O funcionário público investido em mandato eletivo municipal fica afastado do exercício do cargo.”

Este artigo, juntamente com o 97, ampliava a incidência do disposto no artigo 104 da Lei Magna de sorte a alcançar indevidamente o mandato municipal.

Com a Emenda Constitucional n.º 6, de 4-6-76 permaneceu a contradição com o texto federal como foi demonstrado no exame do citado artigo 97.

4.16 — § 2.º do artigo 182

2.º — Ao funcionário no exercício de mandato eletivo municipal é assegurado o direito de opção entre os vencimentos e os subsídios.”

A generalidade da regra abrange precipuamente os vereadores e, assim, não se harmonizava com a Lei Complementar n.º 25, de 4-7-75 — que não cogita de opção.

No entanto, já agora, e a partir da vigência da Emenda Constitucional n.º 6/76 o texto estadual tornou-se compatível com o federal que assegura a opção aos Prefeitos e aos Vereadores.

4.17 — Artigo 242

“Art. 242 — A lei estruturará a carreira de Delegado de Polícia, observados os princípios de escalonamento em categorias e pela reunião dos atuais cargos de Delegados e Comissários de Polícia, Bacharéis em Direito, dos antigos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro.”

Prever o artigo 242 que a lei fará isto ou aquilo, não diminui sua inconstitucionalidade, posto que impõe ao Chefe do Executivo que trate a questão através da iniciativa que lhe cabe, com *exclusividade*, da forma escolhida pelo Constituinte. A par da limitação do poder do Governador, passa o constituinte a ser co-titular no poder de iniciativa. Esta iniciativa deixa de ser exclusiva do Governador. Nela haveria uma co-autoria.

A matéria é própria do âmbito do legislador ordinário, que assim como concede pode revogar, não sendo legítimo haja qualquer condicionamento à competência que o inciso V do artigo 57 confere ao Chefe do Executivo no sentido de ter a iniciativa de leis que disponham sobre servidores públicos, seu regime jurídico e provimento de cargos públicos.

Ademais, a reunião dos atuais cargos de Delegados e Comissários do antigo Estado do Rio, envolve *aumento de despesa*, posto que os Comissários passarão a ganhar como Delegados — o cargo mais elevado da carreira.

Verifique-se ainda: a regra impugnada se atrita também com a segunda parte do inciso VIII do artigo 81 da Constituição Federal, por implicar em ficar impedido o Governador de extinguir os cargos mencionados,

tolhendo-o em sua competência constitucional e na tarefa de implantar a fusão e o Plano de Classificação de Cargos na forma da Lei Complementar n.º 20, de 1974.

4.18 — Artigo 245

“Art. 245 — Ficam asseguradas as situações jurídicas definitivamente constituídas até 14 de março de 1975, quanto aos ocupantes de cargos efetivos.”

As expressões limitativas, constantes do dispositivo, são — à evidência — inconstitucionais, na medida em que criam restrições de dupla ordem ao comando da Carta Política Federal (artigo 153, § 3.º): — um limite no tempo (... até 14 de março de 1975), outro na área de sua incidência (... quanto aos ocupantes de cargos efetivos).

Assim, as situações jurídicas, que se tivessem aperfeiçoado a partir do dia 14 de março, estariam ao desamparo, do mesmo modo que desamparadas estariam as situações anteriores àquela data e que não dissessem respeito a ocupantes de cargos públicos efetivos.

Dir-se-á que, segundo essa ordem de idéias, somente a parte final do dispositivo seria inconstitucional.

O argumento não procede. O dispositivo é totalmente inconstitucional porque a matéria, dizendo respeito à disciplina para solução de conflitos intertemporais de leis, é de reserva federal, nos termos do artigo 8.º, XVIII, b, da Constituição Federal, não cabendo ao Constituinte local inovar sobre o assunto.

O artigo, ora impugnado, se apresenta com foros inegáveis de inovação não só em seu aspecto formal (a Constituição Federal fala em “direito adquirido”, “ato jurídico perfeito” e “coisa julgada”) mas também no que diz respeito a seu conteúdo, porquanto a própria Constituição do Estado reproduziu literalmente, no artigo 219, a norma constante do artigo 153, § 3.º, da Constituição Federal.

Despiciendo seria, portanto, o disposto no artigo 245, se a sua *ratio* não fosse criar outros casos de situações consolidadas, postas a salvo do império da lei nova.

O que o dispositivo teria em vista, com a ambigüidade e amplitude da expressão adotada (cujo conteúdo ultrapasse o tríptico do § 3.º do artigo 153 da Constituição Federal) seria convalidar situações que não se apresentem com a tipicidade dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, o que também foi demonstrado na impugnação feita ao § 2.º do artigo 94.

É, portanto, evidente sua inconstitucionalidade.

"Art. 246 — O servidor que houver satisfeito, até 14 de março de 1975, as necessárias condições para aposentadoria, aposentar-se-á com os direitos e vantagens vigentes àquela época, desde que o requeira no prazo de noventa dias."

O dispositivo, na parte grifada, que condiciona o direito a que se refere ao requerimento da aposentadoria em um prazo de noventa dias vem criando o maior desassossego ao funcionalismo.

A regra, na sua primeira parte, é inócua, pois sempre foi pacificamente entendido que o servidor pode se aposentar a qualquer tempo, uma vez anteriormente satisfeitas as condições necessárias para a aposentadoria. Não é possível extrair-se dessa primeira parte outro comando, *sob pena de chegar-se ao absurdo de ter pretendido o constituinte que se integrassem nos proventos todas e quaisquer vantagens, tão-somente porque vigentes em 14-3-75, independentemente de ter o funcionário implementado os pressupostos da legislação vigente para aquela integração.* Esta última interpretação deve ser afastada, por conduzir à inconstitucionalidade total do artigo.

Em conseqüência, a 1.^a parte do artigo 246 não pode ser entendida como conferindo direitos novos.

Todavia, é manifestamente inconstitucional o condicionamento que o artigo estabeleceu, em sua última parte grifada.

Com efeito, a Súmula 396 da Jurisprudência predominante no E. Supremo Tribunal Federal expressa:

"Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reunir os requisitos necessários."

Sujeitar a eficácia desse direito a requerimento a ser manifestado dentro de certo prazo atenta contra o que dispõe o § 3.º do artigo 153 da Constituição.

É o que foi reconhecido no julgamento da Representação 875-GB (RTJ 68/14), *ex vi* do voto do Relator, o Ministro Djaci Falcão:

"O direito à aposentadoria e, via de conseqüência, os direitos aos proventos da inatividade são adquiridos no instante em que o servidor público reúne todos os requisitos exigidos pela lei. Constitui-se então o direito à aposentadoria, tornando-se exeqüível o seu exercício a qualquer momento. Daí a nossa Súmula 359, a consagrar..."

por Cabe, portanto, a supressão da parte final, grifada, do artigo 246, inconstitucional.

CONCLUSÃO

Em face do exposto e confiante nos doutos suprimentos dos Senhores Ministros, espera o Governador do Estado do Rio de Janeiro venha a ser reconhecida a integral procedência da Representação n.º 940.

Brasília, DF, outubro de 1976.

ROBERTO PARAISO ROCHA

Procurador-Geral do Estado