

Não bastava que a Constituição de 1961 enumerasse, dentre os órgãos do Poder Judiciário, o Tribunal de Justiça Militar. A regra constitucional do Estado, de previsão do Tribunal, devia ser complementada pela estruturação deste. A Constituição Federal de 1967 prescrevia, no art. 136, § 1.º: "A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça: . . . d) justiça militar estadual, tendo como órgão de primeira instância os conselhos de justiça e de segunda um tribunal especial ou o Tribunal de Justiça". A criação do Tribunal de Justiça Militar dependia de lei proposta pelo Tribunal de Justiça, o que não ocorreu. De resto, a Constituição Estadual de 1967 não aludiu ao Tribunal de Justiça Militar.

Julgo procedente a representação, para declarar inconstitucionais os impugnados dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro; o inciso III, do art. 104, na parte que menciona "Tribunal de Justiça Militar"; o art. 233, *caput*, totalmente; e o parágrafo único deste artigo, na parte que estabelece: "Enquanto não for instalado o Tribunal de Justiça Militar".

EXTRATO DE ATA

Rp 944 — RJ — Rel. Min. Eloy da Rocha. Repte. Procurador-Geral da República. Repda. Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (Adv. Ivair Nogueira Itagiba).

Decisão: Julgada procedente a Representação, para declaração de inconstitucionalidade do inciso III, do art. 104 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, de 23-7-1975, na parte referente às palavras "Tribunal de Justiça Militar" e do art. 233, *caput*, e de seu parágrafo único, este na parte que declara "Enquanto não for instalado o Tribunal de Justiça Militar". Votou o Presidente. Decisão unânime. — Presidência do Sr. Ministro Bilac Pinto, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Sr. Ministro Thompson Flores, Presidente. — Tribunal Pleno, 11-5-77.

Presidência do Sr. Ministro Bilac Pinto, Vice-Presidente, na ausência, ocasional, do Sr. Ministro Thompson Flores, Presidente. Presentes à sessão os Srs. Ministros Eloy da Rocha, Djaci Faicão, Antônio Neder, Xavier de Albuquerque, Rodrigues Alckmin, Leitão de Abreu, Moreira Alves e Cunha Peixoto. — Ausente, licenciado, o Sr. Ministro Cordeiro Guerra.

DR. ALBERTO VERONESE AGUIAR
Secretário do Tribunal Pleno

REPRESENTAÇÃO N.º 971 — RJ *

Senhor Procurador-Geral da República,

O Governador do Estado do Rio de Janeiro, pelo presente Ofício, vem, pelos fundamentos a seguir expostos, requerer a Vossa Excelência se digne de formular

REPRESENTAÇÃO

ao Colendo Supremo Tribunal Federal, na forma do disposto nos artigos 174 e seguintes do Regimento Interno daquela Excelsa Corte, e no artigo 119, I, letra "I", da Constituição Federal, bem como do que se contém na Lei n.º 4.337, de 1-6-1964, com o fito de ser declarada a inconstitucionalidade da *parte final do parágrafo 3.º e do parágrafo 5.º, do artigo 97, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, com a redação defluente da Emenda Constitucional estadual n.º 2, de 19 de novembro de 1976.*

1. A 19 de novembro de 1976, a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro promulgou a *Emenda Constitucional n.º 2*, atribuindo nova redação ao artigo 97, da Constituição Estadual. Ainda que correta na iniciativa, o resultado não se revestiu de qualidade idêntica.

2. De fato, assim se apresentava a primeira redação (Constituição do Estado de 23-7-75), do dispositivo citado:

"Art. 97. O funcionário público investido em mandato eletivo federal, estadual *ou municipal* fica 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*".

(As partes grifadas são objeto da Representação n.º 940, ainda não julgada)

* Ofício n.º 230/77-G, de 31 de janeiro de 1977.

3. A redação do parágrafo 1.º era harmônica (ressalvada a referência ao servidor *municipal*, objeto da Representação n.º 940, pendente de julgamento) ao artigo 104 da Constituição Federal, então assim redigido:

“Art. 104. O funcionário público investido em mandato eletivo federal, ou estadual ficará afastado do exercício do cargo e somente por antigüidade será promovido.

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

§ 2.º. O funcionário municipal investido em mandato gratuito de vereador fará jus à percepção de vantagens de seu cargo nos dias em que comparecer às sessões da Câmara.

4. A harmonia normativa era *in casu* irrecusável: o assunto tratado não só dizia respeito à regulação jurídica dos funcionários públicos, como era atinente à investidura em cargos eletivos. Nesses temas, por força do artigo 13, incisos II e V, da Carta Maior, a fórmula federal é cogente para os Estados e Municípios.

5. Ocorreu, contudo, que em 8 de junho de 1976 foi promulgada a Emenda n.º 6, à Constituição Federal. A aludida emenda reformulou o artigo 104 da Constituição, que passou a ostentar a seguinte redação:

“Emenda Constitucional n.º 6

Dá nova redação ao artigo 104 da Constituição.

Artigo único. O artigo 104 da Constituição Federal passa a figurar com a seguinte redação:

“Art. 104. O servidor público federal, estadual ou municipal, da administração direta ou indireta, exercerá o mandato eletivo obedecidas as disposições deste artigo.

§ 1.º. Em se tratando de mandato eletivo federal ou estadual, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função.

§ 2.º. Investido no mandato de Prefeito Municipal, será afastado de seu cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração.

§ 3.º. Investido no mandato de vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo dos subsí-

dios a que faz jus. Não havendo compatibilidade, aplicar-se-á a norma prevista no parágrafo 1.º desse artigo.

§ 4.º. Em qualquer caso em que lhe seja exigido o afastamento para o exercício do mandato, o seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento”.

6. Em face dos prefalados incisos II e V, do artigo 13, da Constituição Federal, procedeu o legislador estadual à reforma do artigo 97 da Constituição do Estado. Dá ter atuado bem, como antes se disse. Porém mau foi, parcialmente, o resultado. Efetivamente, veja-se a nova redação do artigo 97:

“Emenda Constitucional n.º 2, de 19 de novembro de 1976

Altera o artigo 97 da Constituição Estadual.

Artigo único. O artigo 97 da Constituição Estadual passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 97. O servidor público estadual ou municipal, da administração direta ou indireta, exercerá o mandato eletivo obedecidas as disposições deste artigo.

§ 1.º. Em se tratando de mandato eletivo federal ou estadual, ficará afastado do exercício de seu cargo, emprego ou função.

§ 2.º. Investido no mandato de Prefeito Municipal, será afastado de seu cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração.

§ 3.º. Investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horário, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo dos subsídios a que faz jus. *Não havendo compatibilidade, aplicar-se-á a norma prevista no § 2.º deste artigo* (nosso o grifo)

§ 4.º. Em qualquer caso em que lhe seja exigido o afastamento, o tempo de serviço será contado, para todos os efeitos, exceto para a promoção por merecimento.

§ 5.º. *É vedado ao Vereador, no âmbito da Administração Pública direta ou indireta municipal, ocupar cargo, salvo concurso público, emprego ou função.* (nosso o grifo)

7. A parte final do parágrafo 3.º, do artigo 97, irretorquivelmente, é, *data venia*, inconstitucional. Isso porque o molde federal determina que,

investido o servidor no mandato de vereador, e sendo incompatíveis os horários de atuação das duas situações, ficará ele, *na forma do parágrafo 1.º do mesmo artigo, AFASTADO* de seu cargo, emprego ou função — isto é, não perceberá, inclusive, qualquer remuneração atinente a seu cargo, emprego ou função.

8. A Constituição Estadual nem precisaria dispor sobre a matéria, eis que ela já fora exaustiva e totalmente disciplinada na norma federal, supratranscrita. Mas se resolveu fazê-lo, só poderia ser para *repetir* o texto maior, nunca para alterá-lo. Entretanto, o parágrafo 3.º do artigo 104, da Constituição Federal, reza que, havendo incompatibilidade de horários, “aplicar-se-á a norma prevista no *parágrafo 2.º* deste artigo”: onde a Constituição Federal determinou a aplicação do *parágrafo 1.º*, a estadual prescreveu a incidência do *parágrafo 2.º*. Em outras palavras, onde a Constituição Federal determinou o *afastamento, puro e simples* do cargo, emprego ou função, a Constituição Estadual determinou o *afastamento, com faculdade de opção pela remuneração do cargo, emprego ou função!*

9. Claríssima, pois, com a devida vênia, a inconstitucionalidade da regra estadual. Aliás, ao cometê-la, o legislador estadual ampliou o vício de inconstitucionalidade que já cometera, relativamente ao servidor municipal, no artigo 182, parágrafo 2.º, da Constituição do Estado. De fato, reza este preceito:

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

§ 1.º

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

10. A regra foi por mim impugnada, em pedido de arguição de inconstitucionalidade que encaminhei a Vossa Excelência, tendo obtido o prestígio de seu apoio, estando o referido preceito englobado na Representação n.º 940, que aguarda julgamento.

Houve, agora, um agravamento: o § 2.º do artigo 182 fala em opção entre subsídios e *vencimentos* — o texto do § 3.º do artigo 97 menciona opção pela *remuneração*.

11. Com referência ao parágrafo 5.º do artigo 97 evidente, também, a inconstitucionalidade. Isso porque:

a) a regra constitucional federal só veda ao vereador, na administração pública municipal direta, ou indireta, a ocupação de *cargo em comissão*, e a aceitação do emprego ou função sem prévia aprovação em concurso público;

b) a regra constitucional estadual, *ampliando* a proibição da Lei Magna, obsta a ocupação de qualquer *cargo* (comissionado, ou não), ressaltando apenas emprego ou função decorrente de antecedente prestação de concurso público.

Aplicam-se, aqui, às inteiras, as considerações do item 8, retro: a regra estadual constitui superfetação, eis que inteiramente tratada a matéria na Lei Maior. Mas se desejou o constituinte estadual incursionar no tema, só poderia fazê-lo, pelos argumentos antes expendidos, repetindo o comando constitucional federal. Parece, até, que isso só não se fez por truncamento datilográfico: efetivamente, a falta das expressões do texto maior, não repetidas na cláusula estadual, importou em redação esdrúxula e quase ininteligível, do trecho final do malsinado parágrafo 5.º. Dessa sorte, quer para expungir a obscuridade apontada, quer para salvaguardar a Lei Maior, requer-se a declaração de inconstitucionalidade do prelado parágrafo 5.º. Como ao julgador federal não é lícito formular emendas de redação, não há como reparar a obscuridade. Doutra parte, a declaração de inconstitucionalidade não implicará prejuízo, eis que, como salientado, a matéria está inteiramente disciplinada no parágrafo 5.º, do artigo 104, da própria Constituição Federal.

12. Por todo o exposto, requero a Vossa Excelência a formulação da competente Representação ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, esperando que os argumentos apresentados sejam, oportunamente, encampados e enriquecidos por Vossa Excelência.

No ensejo, renovo os meus protestos de elevada consideração e distinto apreço.

FLORIANO FARIA LIMA

Governador