

**AÇÃO POPULAR. ATAQUE A LEIS EM SENTIDO FORMAL.
POSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5.ª CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL N.º 384/87

Apelante : Wilmar da Costa Oliveira

Apelados : 1) Município de Nova Iguaçu

2) Paulo Antonio Leone Netto

Ação popular. Ataque a leis em sentido formal. Citação da Câmara Municipal. Falta de personalidade jurídica ou judiciária do órgão legitimante. Exclusão do processo. Ausência de citação dos edis que votaram pela aprovação dos projetos. Nulidade configurada. Sentença que, assentada em motivos de mérito, julgou o autor-apelante carecedor de ação. Decisório a ser cassado. Pressupostos de acolhimento da demanda: invalidade e lesividade dos atos. Leis autorizativas. Inexistência, numa delas, de previsões que aumentem a despesa. Casos que não se configuram como de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo. Suprimento da falta de iniciativa pela sanção. Atual estágio da jurisprudência do Pretório Excelso sobre a questão. Não-caracterização de vício formal. Postergação do mandamento constitucional da obrigatoriedade de que o provimento inicial de cargo público dependa da aprovação em concurso público. Invalidade verificada. Requisito da lesividade efetiva. Não preenchimento. Posição do Ministério Público na ação popular. Parecer por que se exclua a Câmara Municipal do processo, por que se anule o feito para que sejam citados os vereadores que votaram pela aprovação dos projetos, por que se casse a sentença, ou, se não, por que seja o recurso desprovido.

PARECER

1. Trata-se de ação popular movida pelo ora apelante aos apelados, o segundo deles Prefeito do Município, visando a que se pronuncie a invalidade das Leis municipais n.ºs 1.000, de 12-06-85, e 1.024, de 21-06-85.

Por meio da primeira (fls. 13), ficou o Poder Executivo autorizado a proceder a enquadramento, como funcionários públicos, dos servidores da Municipalidade que contassem ou viessem a contar cinco anos de serviço (art. 1.º), possibilitando-se igualmente a extensão aos mesmos da gratificação de nível universitário (art. 2.º, p. único, 1.ª parte). O Poder Executivo foi autorizado outrossim a fixar o valor dos vencimentos para as categorias que não encontrassem correspondência no quadro de funcionários (art. 2.º, p. único, 2.ª parte) e a rever o valor dos vencimentos quando caracterizados casos que envolvessem "absurdo ou incoerência" (art. 3.º, p. único).

Através da segunda (fls. 14), ficou o Poder Executivo autorizado a criar, na Procuradoria-Geral do Município, o Quadro de Procuradores Fazendários, com doze cargos iniciais, a serem preenchidos obrigatoriamente mediante enquadramento de servidores e funcionários que contassem ou viessem a contar cinco anos de serviço (art. 1.º).

Segundo entende o apelante, as duas leis, que seriam materialmente atos administrativos, estariam a padecer de vício de forma, consistente na falta de iniciativa do Prefeito Municipal, não suprida pela posterior sanção, e na ilegalidade do objeto, decorrente de ter sido autorizada a criação de cargos públicos por decreto, e bem assim o provimento independentemente de concurso público, em contraste com o que prescreve o art. 97, § 1.º, da CF (fls. 2/5).

Citado, o primeiro apelado limitou-se a peticionar dando notícia de que o Prefeito já havia remetido projeto de lei em que era proposta a revogação dos diplomas impugnados, em face do que a ação ficaria sem objeto (fls. 25).

O segundo apelado, por sua vez, contestou aludindo ao mesmo fato e dando conta de não haver sido baixado decreto por meio do qual fossem criados cargos ou enquadrados servidores, pelo que, a seu juízo, não se verificara lesão ficta ou efetiva ao patrimônio municipal. Pediu a extinção do processo por falta de objeto ou a improcedência da ação (fls. 29/30).

Determinada a citação da Câmara Municipal (fls. 34), como requerido pela douta Promotoria de Justiça (fls. 23), transcorreu *in albis* o prazo de resposta.

Na petição de fls. 33, o apelante assinala que não há beneficiários dos atos, eis que não efetivados os enquadramentos.

Pelo ofício de fls. 43, ficou esclarecido que foi rejeitado o projeto mediante o qual o segundo apelado buscara revogar as duas leis apontadas como viciadas.

Através da r. sentença de fls. 56/61, em julgamento antecipado da lide, viu-se o apelante dado como carecedor de ação, com invocação do disposto no art. 267, IV, do CPC, sob o duplo fundamento de não haver sido praticado ato administrativo, bem como por ausência de lesão ao patrimônio público.

Apela o autor às fls. 63/66, postulando a cassação do decisório, para que se julgue o mérito da causa, pois que, como sustenta, a ampla aceção de ato abrange a lei, na forma do magistério de *Hely Lopes Meirelles*, e porquanto a ação popular, ainda segundo o ensinamento do mesmo administrativista, pode ter fim preventivo, caso em que cabe o ajuizamento antes da consumação dos efeitos lesivos do ato.

Recebido o recurso (fls. 63), fluiu em branco o prazo para resposta (fls. 67).

A douta Promotoria de Justiça ratificou o pronunciamento de fls. 47/50, manifestando-se pelo provimento do apelo (fls. 67v).

Os autos vêm à Superior Instância também por força do reexame obrigatório.

2. Na originária publicação da Lei n.º 1.000/85 (fls. 13) não consta o *caput* do art. 3.º, revelando-se conveniente que o apelante junte a retificação que deve ter sido empreendida.

O Exmo. Sr. Des. Relator poderá determinar a sanação da falta.

3. Intimado da r. sentença de fls. 56/61 em 03-10-86 (fls. 62), o apelante protocolizou a petição de recurso aos 13-10-86 (fls. 63).

Apelo oportuno, que merece conhecimento.

4. Figuram como réus no processo o Município de Nova Iguaçu, o Prefeito e a Câmara Municipal. (Esta, também apelada, não aparece como tal nos registros do Tribunal).

Câmara Municipal, com a devida vênia da nobre Dra. Promotora de Justiça, que oficiou às fls. 22/23, não tem personalidade jurídica ou mesmo judiciária, não podendo, conseqüentemente, ser parte em processo.

É de ser decretada sua exclusão do feito.

Por outro lado, o art. 6.º, *caput*, da Lei n.º 4.717, de 29-06-65, impõe, em termos amplos, seja a ação proposta contra, entre outras, as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, sendo evidente o propósito de fazer figurarem como réus todos aqueles que hajam sido autores do ato, ou mesmo, sem sê-lo, tenham concorrido para sua validade ou eficácia mediante algum dos comportamentos descritos.

Sendo a lei típico ato complexo, não parece correto que somente o Prefeito responda pela edição dos diplomas impugnados, cumprindo o façam também os edis que contribuíram no desenvolvimento do *iter* de criação dos mesmos diplomas mediante voto favorável aos projetos respectivos. Avulta decerto entre eles o vereador ou os vereadores que apresentaram as proposições, cuja participação chega a suplantar em relevo a do próprio Chefe do Executivo.

Tratando-se de litisconsortes necessários, a ausência de citação provocou a nulidade do processo, nulidade essa que tem seu marco inicial na sentença, eis que não proferido saneador. A questão, assinala-se, está submetida a crivo do Tribunal por força do disposto no § 3.º do art. 267 do CPC.

5. Segundo afirma textualmente o ilustre Dr. Juiz *a quo*, faltam ao pedido inicial dois requisitos essenciais: a existência de ato administrativo e a ocorrência de lesão ao patrimônio público. Entendeu daí o digno prolator do decisório ser invocável o disposto no art. 267, IV, do CPC, de acordo com o qual a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento regular do processo rendem ensejo à sua extinção sem julgamento do mérito. No fecho da sentença foi o apelante julgado carecedor do direito de ação.

Hely Lopes Meirelles alude de fato (*Mandado de Segurança e Ação Popular*, RT, S. Paulo, 10.ª ed., 1985, p. 84) à ilegalidade e à lesão — e a existência de ato administrativo em sentido material se liga a esse último aspecto — como *requisitos da ação popular* ou, ainda, *pressupostos da demanda* (*ob. cit.*, p. 85).

Com todo o respeito que merece a opinião de tão notável jurista, com ela não podemos nos pôr de acordo.

Os dois elementos em cogitação não se nos afiguram de modo algum como condições da ação, como condições de procedibilidade ou, muito menos, como pressupostos de validade do processo, mas, exatamente, como matéria atinente ao mérito da causa. Não nos parece que a presença dos elementos ora focalizados legitime o exercício do direito de ação, mas, bem diversamente, que sua prova seja requisito de procedência. Sim, porque se não fora dessa forma, em que consistiria o mérito, indagaríamos.

Estamos, então, diante de uma sentença que com argumentos de mérito não julgou o mérito.

Em estudo famoso ("Carência de ação", in *Estudos de Direito Processual Civil*, ed. Juríd. e Univers. Ltda., Rio-S. Paulo, 1969, págs. 93/107), *Machado Guimarães*, que acentua, num trecho (p. 98), a excessiva amplitude que por vezes se empresta à expressão carência de ação, registra, em outro pedaço (p. 96), com sua clareza habitual:

"A carência de ação, portanto, nada tem a ver com a eventual inexistência do direito subjetivo afirmado pelo autor (hipótese de improcedência da ação), nem com a possível inexistência de algum dos requisitos, ou pressupostos da relação processual (hipótese de nulidade do processo). É situação que diz respeito apenas ao direito de ação e que pressupõe a autonomia deste direito" (Grifo do original).

Nesse enfoque, a ausência de pressuposto processual não conduziria à carência.

De toda sorte, como não há obstáculos ao exame do mérito, salvo, a nosso ver, o que está indicado no item 4 deste parecer, o pleito do apelante de que se casse a sentença para que a questão de fundo seja enfrentada revela-se de logo, superado que seja aquele óbice, como passível de acolhimento.

O que definitivamente não cremos viável, desde que se aceite que o Jecisório está calcado em motivos de mérito, é que se mantenha, por concordância com essa fundamentação, a conclusão que emerge do primeiro grau de jurisdição.

6. Considerando a possibilidade de a Egrégia Câmara entender que os temas postos na r. sentença recorrida e objeto de imupnação nas razões de apelo hão de ser examinados nessa oportunidade, devemos agora nos ocupar dos mesmos.

Viu-se que o ilustre Dr. Juiz *a quo* deu o apelante por carecedor de ação por julgar que os diplomas legais vergastados não são materialmente atos administrativos, nem provocaram lesão ao patrimônio municipal.

Antes, porém, de serem enfrentadas as duas questões emergentes da sentença, de íntima ligação, cabe, por razão metodológica, analisar a presença do outro pressuposto de acolhimento da demanda, isto é, a invalidade dos atos.

Sobre o aspecto em tela disserta *Hely Lopes Meirelles*, (ob. cit., págs. 84/85):

"O segundo requisito da ação popular é a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, isto é, que o ato seja contrário ao direito, por infringir as normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública. Não se exige a ilicitude do ato na sua origem, mas sim a ilegalidade na sua formação ou no seu objeto, razão pela qual a Constituição de 1967 e a Emenda 1/69 abandonaram a defeituosa redação de 1964, que se referia à "anulação ou à declaração de nulidade de atos lesivos", para agora aludir, corretamente, à ação "que vise a anular atos lesivos, (art. 153, § 31). Isto não significa que a Constituição vigente tenha dispensado a ilegitimidade do ato. Não. O que o constituinte de 1969 deixou claro é que a ação popular destina-se a invalidar atos praticados com ilegalidade de que resultou lesão ao patrimônio público. Essa ilegitimidade pode provir de vício formal ou substancial, inclusive desvio de finalidade, conforme a Lei regulamentar enumera e conceitua em seu próprio texto (art. 2.º, a-e)." (Grifos do original)

O apelante entrevê nos dois diplomas hostilizados vício de forma e ilegalidade de objeto.

O vício de forma decorreria de que as leis não resultaram de iniciativa do Prefeito; a ilegalidade do objeto, da autorização de criação de cargos públicos por decreto e na de provimento dos mesmos sem concurso público.

Prescreve a Constituição do Estado, em seu art. 191, II e IV, em consonância com o texto federal (art. 57, II), caber exclusivamente ao Prefeito a iniciativa de leis que criem cargos, funções, empregos públicos, aumentem vencimentos, salários, vantagens de servidores ou funcionários, ou ainda elevem a despesa pública.

A Lei n.º 1.024/85 cuida, é certo, em seu art. 1.º, da criação de cargos.

O caráter autorizativo da previsão, entretanto, parece-nos militar em favor de sua validade. De fato, não houve *criação* de cargos, esta, sim, proibida, mas mera autorização para que fossem criados. E a razão pela qual a iniciativa se faz exclusiva não está presente em hipótese de disposição de índole autorizativa, pois o que poderia ser inconveniente ao interesse público, no enfoque do Prefeito, depende, para concretizar-se, da expedição, por ele, de decreto.

Já a Lei n.º 1.000/85 não provocará criação de cargos, uma vez que seu art. 1.º é expresso no sentido da observância do número fixado pela Lei n.º 709, de 08-12-83.

Não trata a mesma, também, de aumento de vencimentos, salários ou vantagens.

É certo, porém, que os enquadramentos nela previstos poderão acarretar acréscimo de despesa.

A esse respeito, no entanto, pensamos só se possa proclamar a violação da regra constitucional se provada a elevação do dispêndio público, o que não se logrou na espécie. Com efeito, seria de todo temerário, sem conhecimento efetivo da remuneração dos funcionários e dos empregados públicos municipais, afirmar-se que está demonstrado o aumento da despesa.

Mesmo a extensão da gratificação de nível universitário e a revisão de vencimentos, autorizadas nos parágrafos únicos dos arts. 2.º e 3.º, poderão não acarretar a consequência em alusão, notadamente considerando-se que o custo do celetista não se esgota no pagamento do salário. Lembre-se que a transformação de empregados em funcionários tem sido muita vez levada a cabo por governantes com intenção de reduzir os custos públicos.

O cunho autorizativo das previsões da Lei n.º 1.000/85 seria outro obstáculo ao reconhecimento da invalidade.

Destarte, acreditamos que nenhum dos dois diplomas afronte a Constituição do Estado ou a CF no aspecto analisado.

De toda sorte, admitindo-se que padecessem de vício de iniciativa, é mister opinar-se sobre se teria havido sanatória em decorrência da sanção.

O problema do suprimento da falta de iniciativa pela sanção revelava-se tormentoso na doutrina ao tempo da Constituição de 46.

De um lado, *Francisco Campos* (Parecer, in "RDA", 73/380-391) e *Caio Tácito* (Parecer, in "RDA", 68/341-354) pronunciavam-se pelo não-suprimento; de outro *Temístocles Cavalcânti* (Parecer, in "RDA", 72/417-423) e *Miguel Seabra Fagundes* (Parecer, in "RDA", 72/423-427) manifestavam-se em sentido oposto.

A primeira opinião pode ser sintetizada nesse trecho do saudoso constitucionalista (p. 391):

"O que é, porém, de decisiva importância no presente caso, é que o projeto indevidamente sancionado resultou de invasão pela Câmara

da competência atribuída, com exclusividade, ao Poder Executivo. O que ocorreu não foi irregularidade no processo legislativo, mas a invasão de um Poder na competência de outro Poder.

O exercício da faculdade de iniciativa, se pode ser considerada como momento inicial do processo legislativo, é, entretanto, uma faculdade ou uma prerrogativa constitucional do Poder Executivo, a este atribuída, de modo exclusivo, por notórias razões de interesse público. Não é lícito a um poder dar a sua aquiescência a um ato que embora compreendido na sua competência privativa, foi, entretanto, praticado por um outro Poder.

Seria, ainda, desnaturar a natureza da sanção aos projetos de lei, considerá-la como capaz de expungir tais projetos de defeitos grosseiros, particularmente quando esses defeitos consistem em violação de normas constitucionais e, sobretudo, se tais normas são relativas à organização e à competência dos poderes.

Sobre o ponto de vista contrário recolhemos, de seu lado, o seguinte extrato do parecer do eminente antigo Ministro da Justiça (p. 426):

“Uma vez remetido ao Prefeito, pela Câmara dos Vereadores, o projeto de lei cuja iniciação dependia de mensagem sua, mas que sem ela se iniciou, para que se complementasse a elaboração legislativa com a interferência final do Poder Executivo, cabia àquele, se querendo reivindicar a sua prerrogativa preferida, vetá-lo por contravir a Constituição do Estado (art. 78). Com isso o titular do Poder Executivo teria resguardado, com oportunidade, a sua competência ignorada pelo Poder Legislativo. Porém, desde que, ao invés de assim agir, sancionou o projeto, atribuindo-lhe os foros de lei, ratificou a iniciativa interna da Câmara legiferante, deu por bem feito o que nesta se votou sem sugestão sua, admitiu que teria sugerido providências iguais às votadas espontaneamente por ela. A sanção da Lei n.º 5.797, de 29 de março de 1961, por conseguinte, convalidou esse ato legislativo, do defeito que o inquinava de começo.”

Na jurisprudência prevaleceu a tese mais liberal, consubstanciada na Súmula n.º 5, que expressa:

“A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo.”

Esse entendimento, consagrado pela quase unanimidade dos então integrantes da Corte Maior, mereceu, inclusive, a adesão do Ministro Victor Nunes, que recebe a presente citação por ter sido, sem favor, um dos maiores publicistas que o País já conheceu.

Sustenta o apelante, contudo, que se inverteu o posicionamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no que respeita à matéria, referindo, em abono da assertiva, o V. Aresto inserto na “RTJ”, 69/625.

Pedimos vênia para transpor para essas páginas o voto do preclaro Ministro Oswaldo Trigueiro ao apreciar, no julgado em apreço, o tema focalizado:

“Tenho como desprovida de préstimo a invocação da Súmula 5, segundo a qual a sanção do projeto, como na hipótese ocorreu, supre a falta de iniciativa do Poder Executivo. Como é sabido, esse verbete assenta em jurisprudência firmada sob a vigência da Constituição de

1946, que continha norma sobre a competência exclusiva do Presidente da República, mas não proibia expressamente, como agora se faz, a admissão de emendas que importassem em aumento de despesa.

É evidente que o legislador constituinte, a partir do A.I. n.º 1, quis corrigir prática que enfraquecia e, de certo modo, anulava o princípio da exclusividade de iniciativa, para os projetos que criam encargos financeiros. Porque a emenda condicional, a ser legitimada pela sanção, submetia o Poder Executivo a uma forma de pressão quase sempre irresistível, sobretudo se se considera o pressuposto de harmonia que deve reinar entre os Poderes do Estado. Depois, o veto, que o chefe do Executivo opusesse poderia ser rejeitado, daí resultando a promulgação de uma lei manifestamente inconstitucional, mas que vigoraria, até que o Supremo Tribunal se pronunciasse e o Senado lhe suspendesse a execução. Tenho como menos acertado o entendimento que consagrasse, em nosso processo legislativo, essa perigosa anomalia.

Sobre esse ponto, parece-me irresponsável a argumentação do eminente Procurador-Geral. Sob a Constituição de 1946, era admissível a interpretação adotada pela Súmula. Se a Constituição apenas reconhecia uma prerrogativa do Poder Executivo, não se deveria recusar a este a faculdade de a ela renunciar, o que estaria implícito na concordância posterior, capaz de convalidar a falta de iniciativa. Mas, isso a vigente Constituição não mais permite, de vez que, deliberadamente, expressamente, claramente, quis vedar uma exegese que, bem ou mal, considerou nociva, e por isso impôs proibição intransponível pela doutrina que inspirou a Súmula 5, no regime da Constituição de 1946.

A norma inserta no art. 57, parágrafo único, está vazada em termos absolutos, que não mais permitem o abrandamento pretendido, em razão da interpretação que o texto de 1946 comportava. É que ela se expressa pela forma mais ampla, mais direta e mais terminante que o redator do texto constitucional poderia encontrar na terminologia jurídica.

Quando a Constituição determina que não serão admitidas emendas, que aumentem a despesa prevista, quer dizer, certamente, que tais emendas não podem ser apresentadas, não podem ser aprovadas, não podem ser sancionadas, não podem, enfim, ser adicionadas ao texto em elaboração.

O direito constitucional brasileiro, de resto, não conhece forma mais enérgica de editar norma proibitiva. Por exemplo, o artigo 90, § 4.º, da Constituição de 1891, dizia: "não podem ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa ou a igualdade de representação dos Estados no Senado". Na vigência desse preceito, seria absurdo pretender-se a admissão de projeto desse gênero, que se tornaria válido, se não encontrasse opositores, em sua tramitação.

Parece-me curial que o Congresso não pode exercer qualquer das atribuições previstas no artigo 81, as quais são privativas do Presidente da República. Se o fizer, estará incorrendo em usurpação de Poderes, que não será legitimada pela aquiescência, tácita ou explícita, que o Presidente lhe der a posteriori."

O voto em apreço foi unanimemente acompanhado por seus pares.

Lê-se, por sua vez, na ementa:

"Aumento de vencimentos, resultante de emenda a projeto de iniciativa do Governador do Estado da Guanabara. A sanção não supre a falta de iniciativa, ex-vi do disposto no artigo 57, parágrafo único, da Constituição, que alterou o direito anterior."

O parágrafo único do art. 57 da CF, saliente-se, relaciona as duas hipóteses em que não se admitem emendas que aumentem a despesa prevista, sendo uma delas nos projetos cuja iniciativa seja da exclusiva competência do Presidente da República.

A mesma tese, adite-se: fundamenta o V. Acórdão que se acha na "RTJ", 103/36-43.

Destarte, não há dúvida de que a Corte Maior assentou a inconstitucionalidade de leis que padeçam de falta de iniciativa do Executivo nos casos em que ela é exclusiva e haja aumento da despesa prevista.

Aliás, essa própria expressão *despesa prevista* poderia comportar discussão sobre sua sinonímia com aquela que figura no art. 57, II, da CF — *despesa pública*.

Como quer que seja, o reconhecimento da invalidade dependeria de que se entendesse verificado o requisito que viemos de apontar.

O segundo vício que o apelante imputa aos diplomas hostilizados é o de ilegalidade do objeto, consistente, segundo se assinala na inicial, na autorização de criação de cargos públicos por decreto.

Como já tivemos ocasião de frisar, somente por meio da Lei n.º 1.024/85 procedeu-se à autorização para criação de cargos públicos, pelo que a deficiência apontada não atingiria a Lei n.º 1.000/85.

E ainda nesse passo não enxergamos a brandida invalidade.

Poder-se-ia questionar, sem dúvida, a constitucionalidade da delegação ou autorização legislativa levada a efeito nos dois diplomas focalizados, quer porque a Constituição do Estado não tenha adotado os princípios que figuram na CF sobre a transferência de atribuições, quer porque, ainda se aplicassem os princípios em alusão, não teria sido obedecida a forma prescrita na Magna Carta.

Mas a impugnação dos atos realizados pelo apelante não alcançou esses aspectos, que, para situarem-se no âmbito da *causa petendi*, teriam de figurar como fundamento autônomo, que não pode ser conhecido sob pena de extravasamento dos limites da lide.

Mantendo-se intangida a delegação ou autorização, a mera criação de cargos por decreto, decorrente que é da delegação ou autorização, não configura a postulada invalidade.

A terceira deficiência afiançada pelo apelante, igualmente de índole substancial, diz respeito à previsão de provimento de cargos públicos, independentemente de aprovação em concurso público.

A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em

lei, reza o § 1.º do art. 97 da CF, dispositivo esse incidente quer em âmbito federal, quer no âmbito do Estado e do Município. (De toda sorte, repete-o o § 1.º do art. 87 da Constituição do Estado, que estende aos servidores municipais, em seu art. 217, as regras pertinentes ao funcionalismo estadual.)

Exsurge naturalmente a questão de saber-se se a lei excepcionadora é nacional ou é, de acordo com quem são seus destinatários, federal, estadual ou municipal.

Não passou ao largo do tema, em sua manifestação de fls. 47/50, a ilustrada Promotora, que, apoiada em *Hely* e *Celso Antonio*, adere à primeira corrente.

Orientou-se a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal no sentido sustentado no douto parecer, ressaltando ainda a Corte Maior que, se superado fosse esse óbice, ainda assim a exceção não poderia ser ditada arbitrariamente, sem estar assentada em motivação relevante.

No V. Aresto que figura na "RTJ", 101/924-929, discorre o nobre Ministro *Rafael Mayer*, no voto proferido, com sua dupla autoridade de publicista de peso e de integrante do mais alto Tribunal do País:

"A meu ver, bem assentada está a hermenêutica proposta pelo eminente Procurador-Geral para o parágrafo 1.º do artigo 97 da Constituição Federal, a cujo crivo se passa o texto estadual em causa.

O dispositivo originário da Carta de 1967 dispunha simplesmente que a nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 95, § 1.º), enquanto daí se excepciona no sentido de que prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração (art. 95, § 2.º).

Ora, ao acrescentar dentre os ressalvados do prévio concurso, além dos cargos em comissão, casos outros indicados em lei, a Emenda n.º 1 não poderia ter em mira, por essa cláusula de exceção vinda na parte final do parágrafo 1.º do artigo 97, infirmar o princípio constitucional da exigência de concurso prévio, cabendo-lhe, portanto, um alcance restrito a situações especiais ou excepcionais, análoga às outras ressalvas constantes dos cargos em comissão. De outro modo, como registra acertadamente o eminente Procurador-Geral, o legislador ordinário poderia neutralizar a eficácia do princípio que se pauta pelos valores da moralidade e igualdade no recrutamento de pessoal

Não terá, portanto, o beneplácito da norma constitucional a proposição legislativa que excede de parâmetros que se devem pautar pela excepcionalidade, singularidade ou especialidade dos casos ressalvados.

Exatamente apreendida, no douto parecer, a indissimulável burla ao princípio constitucional, que se denuncia na impossibilidade e a incongruência de dispositivos da lei estadual, o de número 20, que submete os cargos de Procurador do Tribunal de Contas a concurso público de títulos e de provas, e o de número 21, ora impugnado, que faz depender de livre escolha o primeiro provimento desses mesmos cargos.

Ora, cargos do Ministério Público quer ordinários, quer especiais, por tradição legislativa e pela natureza da instituição, não se podem

Incluir dentre aqueles que excepcionalmente dispensem o concurso, e assim mesmo o reconhece o legislador estadual, quando dispõe em caráter geral. Quebra, no entanto, o princípio constitucional, quando, incoerente com o que antes dispusera, dispensa o concurso.

Esta é a mesma inspiração dos precedentes da Corte, referidos no duto parecer.

Tenho, portanto, de inteira procedência, o argumento do eminente Procurador-Geral.

Ademais, toda a disciplina do funcionalismo público estadual está sujeita, de modo estrito, à Constituição, nos termos do artigo 13, V, e 108 da Constituição. AI se depreende a dependência em que está o regime do funcionalismo público estadual, de leis federais, material ou formalmente complementares, previstas no texto constitucional para a integração do sistema normativo do servidor público, de modo geral. Dentre essas previsões constitucionais, a do artigo 109, II, a saber, lei federal, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, respeitado o disposto no artigo 97 e seu § 1.º, e no § 2.º do artigo 108, definirá a forma e as condições de provimento dos cargos públicos.

O entendimento aceitável, portanto, é o de que o condicionamento da legislação estadual a essa disposição constitucional é também compreensiva da necessidade de norma federal, que somente ela é competente para dispor, em princípio, sobre essas formas excepcionais de provimento sem concurso.

Equivocadas as alegações das autoridades informantes quanto à posição da doutrina a respeito. Por ambas citado, o administrativista Adilson Abreu Dallari confere, por sua vez, o entendimento de Caio Tácito:

"A lei federal, definindo condições de provimento, estabelecerá critérios sobre os concursos públicos, inclusive sua dispensa. À lei local caberá, porém, especificar os casos em que a isenção do concurso, ou a sua limitação às formas mais sumárias de seleção (como por exemplo, o concurso apenas de títulos), deva ser adotada" (in Regime Constitucional dos Servidores Públicos, p. 31).

Também Hely Lopes Meirelles, para quem 'lei federal de iniciativa exclusiva do Presidente da República poderá excepcionar a regra do artigo 97, § 1.º da Constituição da República, indicando os cargos efetivos que, nas três esferas administrativas, por suas características ou pelas exigências próprias do serviço público, poderão ser providos independentemente de concurso, ainda que em primeira investidura (Constituição, art. 97 § 1.º c/c art. 109, III)" (in Dir. Adm. Bras., 7.ª ed/409). E Celso Antonio Bandeira de Mello diz:

'Qual a lei hábil para indicar, na forma do § 1.º do artigo 97, os cargos cujo preenchimento independe de concurso? É a lei federal, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, pois em razão do citado artigo 109, II, a ela compete dispor sobre forma e condições de provimento dos cargos públicos' (in Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos, pp. 45-46).

Ainda que superado esse aspecto formal, de inexistência de lei nacional exigente de prévio concurso, é de ver que, mesmo admitida a

competência estadual para dispor em primeira mão a dispensa de concurso para o provimento inicial de cargos permanentes de Procuradores do Tribunal de Contas do Estado, sem a ocorrência de qualquer excepcionalidade para tanto, senão que tidos no próprio texto como suscetíveis de concurso, vem em contrário ao princípio constitucional inserido no § 1.º do artigo 97 da Constituição.

Assim sendo, julgo procedente a representação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 21 da Lei Complementar n.º 1, de 18 de outubro de 1979, do Estado de Mato Grosso do Sul" (Grifos do original)

A inconstitucionalidade foi reconhecida pela unanimidade de votos do Plenário.

No V. Acórdão de recente data que é encontrado na "RTJ", 115/998-1007, da lavra do ilustre Ministro *Djaci Falcão*, foram as duas teses ratificadas, ainda indiscrepantemente, pelo Plenário.

Não se há de duvidar que os dois fundamentos têm plena aplicação ao dispositivo da Lei n.º 1.024/85 pela qual se dá ensancha ao provimento inicial de cargo de Procurador da Fazenda sem concurso público.

No tocante à Lei n.º 1.000/85, é indubitado o cabimento do argumento de ausência de lei nacional, podendo-se discutir a pertinência do outro motivo. Acreditamos, no entanto, que se se admitir essa transferência dos celetistas para o quadro de funcionários sem que se sujeitem a prévio concurso público, estará aberta ampla vereda para o transversal desrespeito ao mandamento constitucional.

Na Lei n.º 1.000/85, a invalidade se estende à integralidade do diploma, eis que dependentes da previsão básica do art. 1.º todos os demais dispositivos.

Na Lei n.º 1.024/85, a criação de cargos não é atingida pela mácula detectada, assim como a prescrição do art. 2.º.

No que toca à transferência de funcionários para o cargo de Procurador da Fazenda sem submissão a concurso público, cabe aludir à lição de *José Afonso da Silva* (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, S. Paulo, 1985, p. 179):

"Por tudo isso, cabe dar-se ao texto do art. 97, § 1.º, interpretação restrita, para que fique em harmonia com os princípios fundamentais que regem a matéria: garantia de acessibilidade e aferição do mérito mediante aprovação prévia em concurso público. Entenda-se, portanto, que, ao falar em primeira investidura, a Constituição não quis abrir a possibilidade de transferência de funcionários de uma carreira a outra, ou de um cargo isolado a outro, sem mais exigências. Quer apenas significar que, investido em cargo de classe inicial de carreira, o funcionário não dependerá mais de concurso público para ascender aos cargos das classes mais elevadas de carreira ou de grupos ocupacionais afins, o que se fará por promoção ou acesso."
(Grifos do original)

Revela-se, portanto, viciada toda a parte final do art. 1.º da Lei n.º 1.024/85, isto é, tanto quando admite a investidura dos celetistas sem concurso, como quando autoriza a transferência dos próprios funcionários para os cargos em criação sem atendimento daquela exigência.

Cumpra agora examinar-se o segundo pressuposto de acolhimento da demanda — a lesividade — tema do qual o ilustre Dr. Juiz a quo destacou a questão da ausência de ato materialmente administrativo.

Acerca desse último aspecto, traga-se de princípio a opinião de *Hely Lopes Meirelles* (ob. cit., p. 93):

"Dentre os atos ilegais e lesivos ao patrimônio público pode estar até mesmo a lei de efeitos concretos, isto é, aquela que já traz em si as conseqüências imediatas de sua atuação, como a que desapropriava bens, a que concede isenções, a que desmembra ou cria municípios, a que fixa limites territoriais e outras dessa espécie. Tais leis só o são em sentido formal, visto que materialmente se equiparam aos atos administrativos e por isso mesmo são atacáveis por ação popular ou por mandado de segurança, conforme o direito ou o interesse por elas lesado, mas é incabível a ação popular contra a lei em tese" (Grifos do original.)

No mesmo sentido manifesta-se J. M. Othon Sidou (*Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular*, Forense, Rio, 1983, p. 432):

"Não se dá a ação popular, tal como não se dá o mandado de segurança, contra a lei em tese, mas, como no referente ao writ, ela é aplicável para neutralizar a norma auto-executória, cujos efeitos fluem por si independentemente de ato para materializar-se em lesão do patrimônio público."

Acreditamos que a criação de cargos, levada a efeito pelo art. 1.º da Lei n.º 1.024/85, seja típico ato administrativo, que, por razões políticas, é atribuído ao Poder Legislativo.

As demais disposições são dependentes da primeira parte do art. 1.º, decorrendo daí que não devam subsistir se não se mantiver a principal.

Já a Lei n.º 1.000/85 não apresenta, a nosso aviso, características tão definidas.

Embora nos seus vários dispositivos seja o Poder Executivo *autorizado* a editar uma série de previsões, o certo é que nada impediria, do prisma lógico, que o próprio diploma em causa já estabelecesse as previsões mesmas.

Aparentemente, a forma autorizativa teria buscado sanar vício de iniciativa, conquanto, como se viu, não se haja cogitado de matérias em relação às quais o encaminhamento de mensagem pelo Prefeito fosse compulsório.

De toda sorte, o Executivo foi autorizado a normatizar relações jurídicas entre servidores públicos e a Municipalidade nos termos dos parâmetros já abstratamente fixados.

Basicamente, apenas transferiu-se àquele Poder a decisão de formular as regras ou não, embora, no que respeita ao conteúdo, sua liberdade tenha sido sensivelmente restringida, sendo-lhe lícito, de modo geral, complementar as referidas regras, exatamente como se estivesse expedindo um regulamento.

(Cabe aqui excepcionar a autorização para fixação de vencimentos, eis que esse ato, embora dependente de lei em sentido formal, tem caráter concreto.)

Assim, da mesma forma que as leis em sentido material não podem lesionar, também não podem fazê-lo as previsões abstratas que o Executivo foi autorizado a editar.

Resta indagar a essa altura se as disposições concretas dos dois diplomas atenderiam ao requisito da lesividade.

Venha, a respeito, a palavra abalizada de J. M. Othon Sidou (ob. cit., p. 439):

*"A causa autorizadora da demanda popular é a lesão ao patrimônio público. Quando o ato não materializa prejuízo ao erário ou à instituição por ele afetada, ou não tem repercussão negativa sobre o patrimônio, no expletivo da lei, em forma econômica, artística, estética ou histórica, situa-se fora do campo aplicativo da ação popular, embora, seja eivada de falhas. Outro será o **modus corrigendi**."*

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, assinala (ob. cit. p. 85):

*"O terceiro requisito da ação popular é a lesividade do ato ao patrimônio público. Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a Lei complementar estabelece casos de **presunção de lesividade** (art. 4.º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias, para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito. Nos demais casos impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular". (Grifos do original)*

É certo que o próprio Hely, no trecho que o apelante transcreve em suas razões (ob. cit., p. 88), parece desdizer o que afirmara no excerto que transpusemos para este parecer, no admitir o ataque preventivo por via de ação popular. O emérito administrativista, em defesa do que sustenta, lembra a irreparabilidade da consumação de certos atos, relativamente aos quais, por isso mesmo, estaria justificada a sua sustação preventiva. E ao exemplificar com a destruição de bens de valor histórico, ecológico e artístico e transformação de parques e logradouros públicos, hipóteses não contempladas no art. 4.º, que arrola os casos de lesividade presumida, estaria a reconhecer a presença do requisito em debate ainda quando não efetivada a lesão.

Como quer que seja, esse ponto de vista não é endossado, como se pôde observar, por doutrinador de igual peso, que não acolhe a tese da lesão potencial, e a nosso ver com acerto.

As ações (em sentido material) são ordinariamente repressivas, isto é, nascem da lesão. As ações preventivas, por sua excepcionalidade, requerem expressa previsão.

Assim, sem que o ordenamento autorize claramente o ataque dos atos administrativos *potencialmente* lesivos por via de ação popular, não nos parece se possa dar a ela o alcance pretendido.

A jurisprudência, aliás, não tem marchado na esteira do eminente administrativista.

Do julgado reproduzido na "RDP", 10/212-213, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, sendo relator o ilustre Des. Octávio Stucchi, extraímos, exemplificativamente, o seguinte fragmento:

"Na hipótese dos autos, foi desatendida a disposição da lei municipal, mas não é o caso de presunção de lesividade, com a dispensa da prova do dano.

Com efeito, no artigo 4.º da Lei n.º 4.717, de 1965, há o elenco de atos e contratos nulos, considerando-se a lesão in re ipsa. Nos demais, segundo expressa referência dos artigos 2.º e 3.º, ficou estabelecida a condição da lesividade real. Na demanda popular ajuizada, teria aplicação o artigo 2.º, "c", incidente quando o resultado do ato importa em violação da lei, regulamento ou outro ato normativo, mas, como está na cabeça do artigo, o ato há de ser lesivo ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior." (Grifamos)

Por outro lado, no V. Acórdão do Pretório Excelso, mencionado no douto parecer de fls. 47/50, por meio do qual foi anulada a criação de cargos públicos sem iniciativa do Executivo ("RDA", 128/550-553), não se dispensou o requisito da lesividade, eis que os mesmos cargos resultaram providos, o que levou o digno Relator, Ministro Thompson Flores, a observar:

"Ademais o prejuízo com os atos de investidura, através da norma incriminada, resultara ao Município, como bem mostrou o parecer, o que, de outra parte, fica ao alcance da via eleita." (Grifamos)

Cumpra frisar ainda que, se a lesão efetiva ocorre apenas com a investidura, haveria lesão potencial com a criação dos cargos. Na Lei n.º 1.024/85, porém, não se chegou nem mesmo a essa etapa: houve mera autorização para criação dos aludidos cargos. Mais longínqua, portanto, está a lesão efetiva.

Por tudo o que ficou registrado, pensamos que o diploma em tela não preencha o requisito ora em análise.

O aspecto concreto da Lei n.º 1.000/85 (autorização outorgada ao Prefeito para fixar vencimentos) não atende por igual o pressuposto da lesividade, pelos precedentes argumentos acerca da necessidade de já se haver verificado o prejuízo, que, em acréscimo, só se configuraria se ficasse provado que a Municipalidade teria aumentado seus custos com a fixação dos vencimentos comparativamente à situação anterior.

Sintetizando o opínamento contido neste item, entendemos:

a) ser a Lei n.º 1.000/85 integralmente inválida por desobediência ao mandamento dos arts. 97, § 1.º, e 109, II, da CF;

b) ser inválida a parte final do art. 1.º da Lei n.º 1.024/85, por postergação das mesmas normas;

c) não preencherem os atos atacados, para sua desconstituição através da ação popular, o requisito da lesividade efetiva.

7. A liberdade da manifestação final do Ministério Público é assinalada pela doutrina, ao proceder à exegese do disposto no artigo 6.º, § 4.º, da Lei n.º 4.717/65 (Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 96; Paulo Barbosa de Campos Filho, ob. cit., p. 129).

8. Isto posto, opina a Procuradoria de Justiça por que se exclua do processo a Câmara Municipal, por que se anule o feito a partir da r. sentença apelada para que se proceda à citação dos vereadores que votaram pela aprovação dos projetos de lei, por que se casse a r. sentença apelada para que o mérito da causa seja apreciado, ou, se não, por que seja o apelo desprovido.

Rio de Janeiro, 23 de abril de 1987.

RONALDO DE MEDEIROS E ALBUQUERQUE
Promotor de Justiça em auxílio

Faço do parecer do Dr. Ronaldo de Medeiros e Albuquerque a manifestação desta Procuradoria.

Rio de Janeiro, 4 de março de 1987.

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA
Procurador de Justiça