Coordenadoria de Análise de Jurisprudência DJe nº 152 Divulgação 14/08/2008 Publicação 15/08/2008 Ementário nº 2328 - 1

16/08/2007 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.581-3 SÃO PAULO

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. MAURÍCIO CORRÊA RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MIN. MARCO AURÉLIO

REQUERENTE : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO ADVOGADO : PGE-SP - JOSÉ ROBERTO DE MORAES

REQUERIDA : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO

PAULO

ATO NORMATIVO - INCONSTITUCIONALIDADE. A declaração de inconstitucionalidade de ato normativo pressupõe conflito evidente com dispositivo constitucional.

PROJETO DE LEI - INICIATIVA - CONSTITUIÇÃO DO ESTADO - INSUBSISTÊNCIA. A regra do Diploma Maior quanto à iniciativa do chefe do Poder Executivo para projeto a respeito de certas matérias não suplanta o tratamento destas últimas pela vez primeira na Carta do próprio Estado.

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO - ESCOLHA ENTRE OS INTEGRANTES DA CARREIRA. Mostra-se harmônico com a Constituição Federal preceito da Carta estadual prevendo a escolha do Procurador-Geral do Estado entre os integrantes da carreira.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar improcedente a ação direta, o que fazem por maioria de votos, em sessão presidida pela ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas. Vencidos os ministros Maurício Corrêa, relator, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie,

Presidente, e Nelson Jobim. Não votaram a ministra Cármen Lúcia e o ministro Eros Grau por sucederem, respectivamente, aos ministros Nelson Jobim e Maurício Corrêa, relator, que proferiram voto em assentada anterior.

Brasília, 16 de agosto de 2007.

REDATOR PARA O ACÓRDÃO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.581-3 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA

REQUERENTE : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO ADVOGADO : PGE-SP - JOSÉ ROBERTO DE MORAES

REQUERIDA : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: O Governador do Estado de São Paulo propõe ação direta de inconstitucionalidade da expressão "entre os procuradores que integram a carreira", contida no parágrafo único do artigo 100 da Constituição paulista, cujo teor é o seguinte:

"Art. 100 - A direção superior da Procuradoria-Gello do Estado compete ao Procurador-Geral do Estado, responsável pela orientação jurídica e administrativa da instituição, ao Conselho da Procuradoria Geral do Estado e à Corregedoria Geral do Estado, na forma da respectiva lei orgânica. Parágrafo único - O Procurador-Geral do Estado será nomeado pelo Governador, em comissão, entre os Procuradores que integram a carreira, e deverá apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e de sua exoneração." (fl. 24).

2. Aduz o requerente que o dispositivo impôs limitação exercício, pelo Governador, ao discricionário de escolha do ocupante do cargo em confiança de Procurador-Geral do Estado, usurpando, assim, iniciativa reservada exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo para iniciar o processo legislativo sobre o provimento de cargos públicos (CF, artigo 62, § 1°, I, "c", c/c artigo 25, caput), em clara violação ao princípio da separação dos Poderes.

M

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.581-3 SÃO PAUXO

- Sustenta que, na forma dos incisos II e V do artigo 3. Constituição Federal, apenas lei de iniciativa limitar "discricionariedade Executivo Estadual pode a governamental no provimento dos cargos em comissão". Assevera que a Carta Federal, ao disciplinar o provimento do cargo de Advogado-Geral da União, paradigma federal da pública, disse-o de livre nomeação, valorizando a autonomia do Presidente da República.
- 4. Esclarece que a Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado (Lei Complementar 478/86), de iniciativa do Poder Executivo, admite a nomeação do Procurador-Geral entre os servidores da carreira ativos e inativos, circunstância que resultou na nomeação de uma Procuradora aposentada para o cargo máximo da instituição. Tal provimento, porém, está sendo questionado judicialmente, o que provoca instabilidade e insegurança nas relações jurídicas, razão pela qual pede a suspensão cautelar da disposição atacada.
- 5. A Procuradoria-Geral do Estado, em abono da tese defendida na inicial, faz juntar aos autos parecer da lavra do Professor José Afonso da Silva (fls. 316/336).
- A Associação Nacional dos Procuradores de Estado ANAPE, o Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo SINDIPROESP, e a Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo APESP, requerem sua intervenção nos autos na qualidade de amicus Curiae. Manifestam-se pela improcedência da ação, uma vez que a norma impugnada apenas reflete a previsão do artigo 132 da Constituição Federal, na medida em que os

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.581-3 SÃO PAULO

Procuradores do Estado devem organizar-se em carreira, dependendo seu ingresso da submissão a concurso público de provas e títulos (fls. 340/372).

- 7. A Assembléia Legislativa apresentou as informações requeridas, em que sustenta a legitimidade da disposição constitucional, pois decorrente do exercício da autonomia dos Estados-membros assegurada pelo princípio federativo (fls. 534/544).
- 8. Pela petição de fl. 568, a Procuradoria-Geral do Estado requer a desconsideração do pedido liminar em face da exoneração da servidora aposentada então ocupante do Cargo de Procurador-Geral, o que implica o desaparecimento do requisito da urgência.
- 9. Indeferi o pedido, uma vez que a jurisprudência desta Corte não reconhece a possibilidade de o requerente desistir do pedido liminar eventualmente formulado¹. Em face da relevância da matéria, entretanto, adotei o rito do artigo 12 da Lei 9868/99, para que a ação pudesse ser julgada em caráter definitivo (fl. 616).
- 10. As entidades de classe que intervieram no processo como amicus Curiae interpuseram agravo regimental contra referida decisão, ao qual neguei seguimento pela manifesta ilegitimidade dos recorrentes (fl. 624). Solicitada a desistência do agravo, julquei-a prejudicada (fls. 626/628).

2

¹ADI 892-7/RS, Celso de Mello, DJ de 07.11.97); e ADI QO 2.188-5/RJ, Néri da Silveira, DJ 09.03.2001.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.581-3 SÃO PAULO

- 11. O Instituto Brasileiro de Advocacia Pública IBAP requer sua intervenção no feito com base no § 2° do artigo 7° da Lei 9868/99, em cuja petição desenvolve argumentos no sentido da constitucionalidade da expressão impugnada (apenso).
- 12. O Advogado-Geral da União José Bonifácio Borges de Andrada faz menção a precedentes desta Corte sobre o tema, limitando-se nesses termos suas considerações (fls. 631/635).
- 13. O Procurador-Geral da República Professor Geraldo Brindeiro opina pela procedência da ação (fls. 637/643).

É o relatório do qual deverão ser extraídas cópias para distribuição aos Senhores Ministros

11/02/2004 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.581-3 SÃO PAULO

V O T O

SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (RELATOR): parece que o tema mereça maiores indagações, visto que se me afigura legítimo poder Governador do Estado nomear livremente Procurador-Geral do Estado, observadas as exigências de conhecimento técnico e conduta moral relacionadas com o cargo, assim como a Constituição Federal assegurou ao Presidente da República a livre nomeação do Advogado-Geral da União "dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada"1, nas palavras de Alexandre de prerrogativa essa que, materializam "a necessária relação de confiança entre representado (Presidente, como Chefe do Executivo Federal) e representante, que justifica a livre escolha"2.

2. Com efeito, não poderia a Constituição Estadual, sem a participação propulsora do Chefe do Poder Executivo, criar limitações ao exercício da faculdade discricionária que deve ter o Governador para escolher e prover o cargo em comissão de Procurador-Geral do Estado. Verifica-se no caso concreto a ocorrência de vício formal de iniciativa, nos termos do artigo 61, § 1º, I, "c", da Constituição.

¹Art. 131 A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

^{§ 1}º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

²"Direito Constitucional", décima edição, Atlas, p. 510.

- 3. A jurisprudência do Tribunal é firme no sentido de que o legislador constituinte estadual não pode estabelecer normas sobre matérias reservadas à iniciativa do Poder Executivo, como reafirmado em múltiplas decisões aqui já consolidadas, à guisa do que exemplifiquei no julgamento da ADI 227-RJ (j. 19/11/97)³.
- 4. Dessa forma, não se revela ampla e irrestrita a autonomia estadual de auto-organização, encontrando limites em nossa Carta Política (CF, artigo 25, caput), como bem observado por José Afonso da Silva em excerto que abaixo menciono⁴.
- 5. O dispositivo em questão, no ponto em que impugnado, não guarda sintonia com os parâmetros delineados pela Carta Federal. Atento ao princípio da separação e independência harmônica entre os Poderes, o Texto Constitucional reservou ao Chefe do Executivo a iniciativa de normas referentes ao provimento de cargos públicos, bem como a competência para nomear ministros, exercer a direção superior da administração, organizar e dispor sobre o funcionamento da máquina administrativa (CF, artigos 61, § 1º, I, "c" e 84, I, II e VI, "a").

³ "A Carta Federal, ao conferir aos Estados a capacidade de auto-organização e de autogoverno, impõe a obrigatória observância de vários princípios, entre os quais o pertinente ao processo legislativo, de modo que o legislador constituinte estadual não pode validamente dispor sobre as matérias reservadas à iniciativa privativa do Chefe do Executivo. Esse princípio da iniciativa reservada implica limitação ao poder do Estado-Membro de criar como ao de revisar sua Constituição, como tem decidido o Supremo Tribunal Federal (RTJ 69/638, 57/384, 88/13, 92/1000)".

O Poder Constituinte Originário, aquele que é fonte da Constituição Federal, é poder supremo, é soberano, enquanto o Poder Constituinte Estadual é apenas autônomo. A soberania consiste na autodeterminação plena, nunca dirigida por determinantes jurídicas extrínsecas à vontade do soberano, que é o povo na sua expressão nacional, enquanto a autonomia, como poder próprio dentro de um círculo traçado por outro, pressupõe ao mesmo tempo uma zona de autodeterminação, que é o propriamente autônomo, e um conjunto de limitações e determinantes jurídicas extrínsecas, que é o heterônomo. A zona de autodeterminação e o conjunto de limitações são impostos pela Constituição Federal, que assegurou aos Estados a capacidade de auto-organizar-se por Constituição própria, observados os princípios dela...As formas de expressão do Poder Constituinte Decorrente não correspondem exatamente às do Poder Constituinte Originário". Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 20ª ed. 2002, p. 591.

- Sobre o tema específico há precedentes do Tribunal em que se assegurou ao Chefe do Poder Executivo Estadual a liberdade de escolha do Chefe da Produradoria-Geral do Estado, como se vê dos julgamentos proferido na ADI 217/PB, Ilmar Galvão, DJ de 13/09/02°, da mesma forma tendo o Tribunal fixado idêntica orientação no julgamento da ADIMC 127, Celso de Mello, DJ de 04/12/92.
- Registro, por oportuno, que a prerrogativa discricionária do Governador limita-se à designação do dirigente da Procuradoria-Geral, cargo em comissão que, na forma do artigo 37, II e, por simetria, do § 1º do artigo 131 da Constituição Federal, deve ser de livre nomeação e exoneração. É obvio que os cargos de Procuradores do Estado devem ser providos pela via do concurso público, observada a organização em carreira, conforme expressamente determinado pelo artigo 132 da Carta Federal. Tais exigências, no entanto, não se aplicam à escolha do Chefe da Instituição.
- 8. Ressalto, ainda, que a redação do inciso V do artigo 37 da Constituição Federal⁶ dada pela Emenda Constitucional 19/98, não autoriza a conclusão de que a Carta Estadual possa impor condições para o provimento do cargo em comissão de Procurador-Geral do Estado. A previsão está dirigida exclusivamente aos cargos de direção, chefia e assessoramento, não se aplicando aos agentes políticos, lembrando que os Procuradores-Gerais equiparam-se aos Secretários de Estado assim como, na esfera federal, o Advoçado-Geral da União possui o *status* de Ministro de Estado. De qualquer

⁵ (...) Os demais dispositivos, ao estabelecerem requisitos para a nomeação dos cargos de chefia da Procuradoria-Ceral do Estado, limitam as prerrogativas do Chefe do Executivo estadual na escolha de seus auxiliares, além de discipinarem matéria de sua iniciativa legislativa, na forma da letra c do inciso II do § 1.º do art. 61 da Constituição Federal

⁶ V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

sorte, há no modelo federal restrição à incidência do dispositivo na hipótese do dirigente maior da advocacia estatal. E mesmo que fosse possível que lei viesse a estabelecer tais limitações de escolha, essa deveria ser de iniciativa do Governador, o que não ocorre no caso concreto.

Ante essas circunstâncias, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão "entre os Procuradores que integram a carreira" contida no parágrafo único do artigo 100 da Constituição do Estado de São Paulo.

11/02/2004 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.581-3 SÃO PAULO VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, o parecer de Vossa Excelência é irretocável quanto aos dois aspectos, o formal e o material. É explicável, quanto à materialidade da questão, a discrepância de tratamento constitucional quando se confronta o Advogado-Geral da União com o Procurador-Geral da República. Realmente a Constituição exigiu, para a nomeação deste último, que fosse ele recrutado dentre os integrantes da carreira e limitou, assim, o poder discricionário do Presidente da República.

A compreensibilidade disso está em que o Ministério Público não é órgão do Estado, da Administração Pública, mas, metaforicamente, um braço da sociedade no corpo do Estado. Daí por que fala, em juízo, não em nome do Estado nem de nenhuma pessoa — enquanto titular da ação penal pública; fala em nome da sociedade ou da Justiça pública, a evidenciar que sua postura funcional é de restrito compromisso com a neutralidade e a imparcialidade. Não é o caso do Advogado-Geral da União, que, sendo advogado, defenderá uma das partes em juízo, além da função constitucional de assessoramento, de consultoria jurídica. Nesse caso, a Constituição teve razões lógicas para tornar livre a nomeação do Advogado-Geral da União, com aqueles requisitos, coincidentes com os



do provimento do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal: mínimo de trinta e cinco anos de idade; reputação ilibada e, mais do que notórios conhecimentos jurídicos, a Carta se referiu a "notável saber jurídico". Há uma diferença, embora sutil, entre as duas expressões.

De tal sorte, acompanho comodamente o voto de Vossa Excelência.

11/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.581-3 SÃO PAULO

VOTO

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, nos termos do caput do art. 100, o cargo de Procurador é, na verdade, de direção superior. Desse modo, aplicando simetricamente o art. 37, inciso V, só lei necessariamente de iniciativa do Chefe do Poder Executivo poderia definir os casos e condições em que tais cargos de confiança em comissão deveriam ser preenchidos por servidores de carreira.

Razão por que, nesses termos, acompanho Vossa Excelência.

رسم

11/02/2004 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.581-3 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, acompanhado do ministro Sepúlveda Pertence - ou acompanhando-o -, tenho sustentado que a iniciativa de projeto prevista na Carta da República, no que a atribui ao Chefe do Poder Executivo, não guarda sintonia com o poder constituinte estadual. Ou seja, não se pode conceber a restrição da Constituição Federal quanto à iniciativa do projeto em se tratando da formalização, pela vez primeira, da Carta do próprio Estado.

Na espécie dos autos, versa-se sobre artigo da Constituição do Estado de São Paulo que dispõe que o Procurador-Geral do Estado será escolhido entre os integrantes da carreira. Ora, surge conflito dessa norma com a Carta da República? Entendo que não. Em primeiro lugar, é sabença geral que somente cabe concluir pela pecha de inconstitucionalidade quando esta é gritante, é flagrante.

Do corpo permanente da Carta, nos vêm regras que, uma vez interpretadas de forma sistemática, são conducentes à conclusão do tratamento diferenciado quanto à Advocacia-Geral da União quando, então, ficou prevista a "livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada", § 1º do artigo 31 - e à

Advocacia do Estado, aos procuradores dos Estados. No artigo 132, não se aponta para a livre escolha, ao contrário:

"Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão" - como também exerce o Procurador-Geral - "a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas."

Tanto não se tem previsão de livre nomeação pelo Governador, que há norma transitória em relação aos novos Estados - artigo 235, inciso VIII. Esse dispositivo estabelece, porque, evidentemente, não se poderia cogitar de integrantes da carreira, de quadro funcional de procuradores, a livre nomeação, e mesmo assim o fez limitando à existência do quadro. Leio o preceito:

 $[\ldots]$

"Art. 235. [...]

VIII - até a promulgação da Constituição estadual, responderão pela Procuradoria-Geral" - o próprio legislador federal constituinte remeteu, portanto, à Constituição estadual o trato da matéria -, "pela Advocacia-Geral e pela Defensoria-Geral do Estado advogados de notório saber, com trinta e cinco anos de idade, no mínimo, nomeados pelo Governador eleito e demissíveis ad nutum;"

Essa norma se mostrou transitória, como se compreende, considerado o sítio próprio, e, repito, conforme nela está em bom português, teve vigência até a promulgação da Constituição estadual, a partir de quando se abriu margem para a observância do disposto no artigo 132 da Carta da República, que reserva a representação do

Estado a Procuradores de carreira. Não me consta que o cargo mais alto da Procuradoria, a nortear os trabalhos do Órgão, esteja excepcionado nesse dispositivo.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Ministro, é bom ter presente que o Advogado-Geral da União, na União, e os Advogados dos Estados integram os secretariados. Antes de 1988, o Procurador-Geral da República integrava e participava das reuniões de ministério.

Quando veio a Constituição de 88, e se deu uma configuração autonômica no Ministério Público, retirando o braço de representação da União, ele se afastou dessa função, e hoje a função de integrante das sessões e reuniões do ministério é do Advoçado-Geral da União, que participa do processo político de formação da vontade do Estado. Nos Estados Federados, deve ser respeitada a mesma coisa, e, lembrando uma questão prática, sabemos perfeitamente a origem dessas regras: de um lado, nascem por problemas corporativos, mas, mais e principalmente, considerando as diferenças entre as maiorias legislativas e o Poder Executivo.

Tivemos um exemplo muito claro, por exemplo - hoje, Ministro-Presidente, nas ações diretas de inconstitucionalidade, digamos, o grande vitorioso em termos de números foi o Estado do Rio Grande do Sul -, que decorria exatamente dos conflitos entre a Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, que pretendia ditar leis que tornasse o governador refém, pois a maioria legislativa da Assembléia era de partido de oposição. É por isso que precisamos

ter, na estrutura federativa, uma certa harmonia em relação a isto para manter exatamente os resultados do processo eleitoral e assegurar o modelo federal e evitar que iniciativas de legislação passem para os Estados e definam as maiorias para destruir a possibilidade do convívio entre os poderes estaduais.

Por essas razões históricas, continuo mantendo meu voto, discordando de V. Ex^a., data vênia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, creio que a harmonia no âmbito da Procuradoria é preservada quando se guinda, ao cargo maior de Procurador, integrante do quadro funcional. Essa harmonia, a meu ver, pode ficar solapada - não digo, não afirmo que fique solapada -, se o governador simplesmente pinçar um terceiro e o colocar nesse cargo de chefia.

Na tese primeira, em que me referi à posição do ministro Sepúlveda Pertence - não sabendo se o acompanho ou se ele me acompanha -, valho-me, considerado o memorial, da óptica da professora Maria Sylvia Zanella di Pietro. Sua Excelência proclama e, para mim, com inegável acerto, que a regra da iniciativa privativa do Poder Executivo para as leis, indicadas no artigo 61, § 1º, inciso II, da Constituição não restringe o poder constituinte estadual. O seu desrespeito só acarreta inconstitucionalidade, por vício formal, quando a usurpação de iniciativa seja feita com o objetivo de burlar a Carta, nela inserindo matérias que não mereceriam ser elevadas ao nível constitucional, o que não ocotre no

caso do artigo 100, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo - foi a análise que a doutrinadora fez do referido dispositivo, ora em jogo nesta ação direta de inconstitucionalidade.

Do meu ponto de vista, cumpre dar significado à distinção feita pelo legislador constituinte federal no trato das instituições.

Quanto ao Advogado-Geral da União, não há a menor dúvida, pode o Presidente nomear à livre discrição. Agora, relativamente à Procuradoria, deve-se conjugar o artigo 132 - no que é silente, não alude à chefia da Procuradoria, mas a algo muito significativo, a representatividade do Estado pelos integrantes da carreira, e, como disse, o Procurador-Geral representa, num patamar superior, até mesmo, o próprio Estado - com o 235, VIII, que apenas viabilizou a escolha do Procurador-Geral fora da carreira até a promulgação da Carta estadual.

Por isso, entendo que não se tem, na espécie - ainda que se despreze o ângulo da conveniência, e creio que o dispositivo é salutar no que valoriza a carreira -, a inconstitucionalidade.

Peço vênia a Vossa Excelência, improcedente o pedido formulado.

julgar

11/02/2004 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.581-3 SÃO PAULO VOTO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Ministro, só para o efeito de entender o limite dessa exposição, V.Exa admitiria que o estado federado pudesse ter o regime parlamentarista?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não, porque o regime parlamentar de governo mostra-se absolutamente incompatível com o regime presidencial que prevalece em nosso sistema político. Tanto que o Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Constituição de 1946, analisando o modelo parlamentar implantado no Estado do Rio Grande do Sul, não hesitou em declarar-lhe a inconstitucionalidade.

Trata-se de uma importante decisão que esta Suprema Corte proferiu no julgamento da Representação nº 94/RS, Rel. Min. CASTRO NUNES (**RF** 116/74).

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Veja: o grande problema desse reconhecimento da autonomia dos Estados é que o cuidado em se reconhecer que, ao fim e ao cabo, são autonomias das assembléias legislativas contra o Governador. Isto ficou muito claro naquela discussão a que V.Exa. se referiu. Tenho muito presente, porque o governador do Estado à época era o meu avô, e foi uma aliança do partido trabalhista brasileiro, liderado pelo Doutor Leonel Brizola, e o partido libertador, liderado por Mendes Sá, que votaram uma emenda parlamentarista, e, no Supremo Tribunal Federal, o advogado Brochat da Rocha, por unanimidade, naquele modelo da época, considerou inconstitucional a Constituição Estadual, porque se reconheceu, efetivamente, que este discurso abstrato no sentido acadêmico pode, isto sim, levar a uma ditadura da assembléia legislativa contra o Poder Executivo estadual. Na medida em que se reconhece a possibilidade por meio da emenda constitucional estadual, que não participa o Poder Executivo com o poder de veto, de se criar todo um desenho que acaba dominando o governador e fazendo toda uma inversão do

processo político. Creio que precisamos examinar esses problemas da perspectiva histórica, também, e o que isso representa em termos de outorgar às assembléias legislativas e às virtuais maiorias a capacidade de desconfigurar completamente as relações do Estado. Esse é o ponto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Essa é a grande força; esse é o grande atrativo do modelo federal exatamente porque ele permite as várias formas de conformação, e essa é uma platitude dizer que não existe federação, senão federações, ou não federalismo, senão federalismos.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM — Porque esse federalismo, todas essas Constituições são modelos históricos de processo político que se cria. Não se parte de uma visão acadêmica abstrata, não; a história produz os seus acordos políticos. Esse foi um caso do Brasil. V.Exa. sabe muito bem porque tívemos um federalismo "radicalizado", em 1991. Porque, para os republicanos golpistas, que embarcaram num golpe de estado, depois transformaram o golpe de estado interno no regime imperial, na transformação da República. Qual era a idéia dos republicanos? Precisavam destruir o Rio de Janeiro, que era o centro nervoso do império. Daí por que transferiram os poderes fortes para os Estados para destruir a aliança política do governo. Esse modelo temos que compreendê-lo no processo histórico-político.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Na análise desse processo político, torna-se necessário recuar até 1834, quando a Assembléia Geral promulgou o Ato Adicional, que representou, naquele particular momento histórico, a consagração das idéias descentralizadoras que então se processavam no âmbito do Estado unitário brasileiro, não obstante a visão pessimista do grande político mineiro Bernardo Pereira de Vasconcelos.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Sim. Lembra-se do discurso de Bernardo Pereira de Vasconcelos, no Senado, quando disse: está instituído o código da anarquia - pela concepção unitária que Bernardo via no processo político.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: E daí a reação conservadora, que se refletiu na promulgação, em 1840, da Lei de Interpretação do Ato Adicional, que conteve, como se sabe, os

55

ADI 2.581 / SP

denominados "excessos descentralizadores" motivados pela (única) Reforma Constitucional (1834) introduzida na Carta Política do Império do Brasil (1824).

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Também ouvi atentamente as preciosas lições de V.Exa., assim como do eminente Ministro Marco Aurélio, que ambas estão se posicionando divergentemente ao voto do Relator. Realmente, os Estados-membros dispõem de autonomia política, e a Constituição, no artigo 25, evidente que confirma a regra da autonomia, dizendo:

Art. 25. "Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios constantes desta Constituição."

Essa regra permanente é corroborada pela transitória do artigo 11, em que o constituinte nacional chega a ser enfático quanto à autonomia dos Estados, dizendo que as assembléias legislativas redigirão as Constituições dos Estados, com poderes constituintes. Pela primeira e única vez, essa expressão "poder constituinte" é utilizada exatamente para favorecer os Estados. É uma Constituição elogiavelmente descentralizadora; ela é municipalista, por excelência e, no confronto dos interesses da União com os Estados-membros, sem dúvida que a Constituição impõe uma interpretação tendente a favorecer os Estados-membros. Porém, entendo que toda sessão constitucional de nº 8, atinente ao processo legisativo, tem caráter principiológico e, portanto, vinculante, assim, dos Estados como dos Municípios. Acho que tem caráter principiológico, o que atrairia a incidência da regra, da norma do artigo 25 da Constituição.

E se V.Exa.,também, me permite, a propósito do voto do eminente Ministro Marco Aurélio, realmente o artigo 132 da Constituição não impõe aos Estados, explicitamente, a regra do artigo 131 a respeito da livre nomeação do Advogado-Geral da União. Mas, entendo, também, que não o fez por desnecessário, porque já estava dito no artigo 131 que a chefia da Advocacia-Geral da União, que é paradigma para as Procuradorias Gerais dos Estados e até dos Municípios, seria de provimento livre do Poder Executivo, observados apenas aqueles requisitos.O que não infirma a autonomia e independência funcional dos procuradores de estado; não é pelo fato de se submeterem a uma chefia - apenas para fins administrativos - que eles vão apear da sua autonomia técnica.

Com essas razões, agradeço o aparte de V.Exa. e, por enquanto, confirmo o meu voto.

Obs.: Texto sem revisão do Exmo. Sr. Miistro Nelson Jobim (\$ 4º do artigo 96 do RISTF)

11/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.581-3 SÃO PAULO

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, retifico apenas que o preceito ao qual me referi - que realmente viabilizou a escolha, considerados os advogados - está inserido nas Disposições Gerais - inciso VIII, do artigo 235 - e não no Ato das Disposições Transitórias da Carta de 1988.

11/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.581-3 SÃO PAULO

À revisão de apartes dos Srs. Ministros Nelson Jobim, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, vou pedir vênia aos votos - que, pelo menos, compõem maioria transitória - e reconsiderar meu voto, para julgar improcedente a ação, sem adentrar a discussão a respeito do perfil do Federalismo, mas partindo do pressuposto de que - está fora de discussão - a Constituição Federal, como citou o eminente Ministro Celso de Mello, é a fonte do Poder Constituinte estadual, que está jungido, não apenas aos princípios da Constituição Federal, mas sobretudo às regras da Constituição Federal. Neste caso, toda essa discussão, a mim me parece, com o devido respeito, inútil, porque a Constituição Federal tem regra expressa que seria aniquilada por outra interpretação. É exatamente o art. 235, VIII, que preceitua textualmente:

"Art. 235 ...

VIII - até a promulgação da Constituição estadual, responderão pela Procuradoria-Geral,



pela Advocacia-Geral e pela Defensoria-Geral do Estado advogados de notório saber, com trinta e cinco anos de idade, no mínimo, nomeados pelo Governador eleito e demissíveis **ad nutum**;"

Tal norma atribui, **ipso facto** ao constituinte estadual o poder de definir os termos da nomeação do Procurador-Geral.

- O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM V.Exa. ne permite? Isto é uma conclusão de V. Exa.
- O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO Só posso apor conclusões minhas.
- O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM Claro, como também podemos apor as nossas que não serão desnecessárias e inúteis. V.Exa. me permite, mas a inutilidade não pode, se há uma averbação pela divergência.
- O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO Sim, reverencio Vossas Excelências. Mas a Constituição diz: "até a promulgação da Constituição estadual". Qual é o significado de remeter-se ao termo da superveniência da Constituição estadual, senão que a Constituição estadual defina quem deva

my

responder pela Procuradoria? Ou seja, se até a Constituição estadual responde o advogado nomeado nos termos do art. 235, VIII, é porque, a mim me parece, não há outra interpretação possível, senão de que essa Constituição estadual é que definirá quem deva responder. De outra forma, essa norma não teria sentido.

- O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM Não, Ministro. É que até aquele momento, antes de 1988, quem respondia, em alguns casos, nos Estados, era o Ministério Público. Não havia a Advocacia do Estado. Essa era a razão.
- O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES Não havia estruturado a Advocacia do Estado.
- O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO V. Exa. me permite? Não estou discutindo a circunstância de que o Constituinte federal resolveu disciplinar uma omissão da legislação estadual.
- O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM Não era omissão, era transição do sistema.



- O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO Só estou dizendo que, ao fazê-lo, dispôs expressamente, atribuindo ao Constituinte estadual o poder de designação de quem deve responder pela Procuradoria.
- O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES Talvez, Ministro Peluso, não tenha esse sentido de fato naquele momento. Veja que, no plano da União, a Procuradoria-Geral da República, até depois mesmo da promulgação da Constituição Federal, ainda exerceu, por longos anos, por cinco anos, a missão....
- O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM Inclusive, o Ministério Público ficou com a opção de ficar na Advocacia da União.
- O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES Portanto, a conotação desse dispositivo está restrita a uma disciplina interna de funcionamento dos órgãos da defesa do Estado até aquele momento determinado, quer dizer, até a definição da advocacia de Estado.

61

ADI 2.581 / SP

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Exatamente. E quem define?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas não tem esse sentido, quer dizer, de fato, em muitos Estados havia a função do Ministério Público na defesa das questões patrimoniais relacionadas com os interesses dos Estados-membros.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - A demora da legislação foi exatamente do conflito que se estabeleceu à época em certos setores do Ministério Público que desejavam continuar a ser advogados. Esse foi o grande conflito político da época, lembra-se?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, mas sabemos a dificuldade que é fazer essa organização na prática. Tanto é que vimos o ocorrido no plano federal, a dificuldade de estruturação da Advocacia-Geral da União com todas as carências existentes. Por isso que, na verdade, essas normas não se implementam de imediato. Acho que esse texto está muito mais vinculado a essa situação de

organização e procedimento do que a um comando para que houvesse uma disciplina estadual diferenciada.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Todas essas considerações são consistentes, mas não as vejo incompatíveis com a interpretação que estou dando. Por quê? Se a Constituição Federal disciplinou essas situações todas, acabou outorgando, de um modo ou de outro, ao constituinte estadual, o poder de regular essa matéria específica.

Assim, reconsidero meu voto e julgo improcedente a ação.

11/02/2004 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.581-3 SÃO PAULO

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Sr. Presidente, fui chamado à colação pelo eminente Ministro Celso de Mello, refleti sobre o tema e penso que, também, devo reformular o meu voto.

Em verdade, bem disse o Sr. Ministro Celso de Mello, os Estados organizam-se - e está expresso na Constituição - em conformidade com as suas Constituições e as suas leis, observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal. Esses princípios, é de sabença comum, são sensíveis - se desrespeitados pelo constituinte estadual, implica intervenção federal -, os princípios constitucionais estabelecidos, que são expressos ou são implícitos, e os princípios constitucionais extensíveis.

No caso, se pretendêssemos estender a disposição posta do art. 131 da Constituição Federal, dispõe a respeito da Advocacia Geral da União, somente poderíamos fazê-lo diante de regra expressa na Constituição Federal. Por isso mesmo o Professor José Afonso da Silva - em sua obra consagrada "O Direito Constitucional Positivo Brasileiro" - diz que praticamente não temos mais princípios constitucionais extensíveis na Constituição brasileira de 1988.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Suprimiu-se a regra inscrita no art. 13 da Carta Política anterior.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Perfeito.

Os traços caracterizadores, básicos, fundamentais do federalismo prescindem a regra da autonomia e a da participação. Sem autonomia estadual, não há falar em Estado Federal. E esta autonomia, vimos, é bem limitada pelos princípios postos da Constituição, que mencionamos sensíveis, estabelecidos e extensíveis. Não há, no caso, um princípio estabelecido a prescrever que a Constituição do Estado não possa disciplinar a respeito, impedida a nomeação do Procurador-Geral fora da classe. Não há. E a norma do art. 131 da Constituição, que poderia ser extensível, não o foi por força do constituinte estadual.

Impressiona-me, também, o que está posto no inciso VIII do art. 235 da Constituição Federal. A intenção do constituinte pode até não ter sido essa mencionada pelo eminente Ministro Peluso. A mens legislatoris vale até a promulgação da lei ou da Constituição. Depois, vale a mens legis, quer dizer, por inserido no contexto, a interpretação de ser feita com observância do contexto. E, na verdade, o inciso VIII, em termos de mens legis, não de mens legislatoris, claro, autoriza dizer que a Constituição Federal deixa à Constituição Estadual disciplinar a matéria; fazendo-o, a

Constituição paulista estabeleceu que o Procurador-Geral será tirado na classe; será um homem da classe. Isto é salutar.

- O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) Amanhã é eleito. Poderá...
 - O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO Não fala eleito.
- O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO É mais salutar, ministro, do que um estranho no ninho.
- O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO O parágrafo único do art.

 100 da Constituição Estadual de São Paulo dispõe:

"Art. 100 -

Parágrafo único - Procurador-Geral do Estado será nomeado pelo Governador, em comissão, entre os Procuradores que integram a carreira, e deverá apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e de sua exoneração."

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Estranho no ninho? V.Exa., Ministro Marco Aurélio, tem exemplos históricos dos Advogados da União. A história desmente a possibilidade de reincidência. É uma situação corporativa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Houve uma feliz coincidência quanto à escolha. Não que queira me jogar contra o ministro Jobim.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Eu sei que V.Exa. adere ao processo democrático. O Governador do Estado eleito pelo povo não tem comando nenhum sobre a administração. Não deve ter, porque foi eleito pelo povo. Porque foi eleito pelo povo, não pode.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Estranho no ninho de quem foi eleito pelo povo. Subversão total.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - A Constituição estadual deixa uma ampla margem de liberdade, de escolha ao Governador e ainda confere a ele a faculdade de substituir, a qualquer momento, desnomear o escolhido. Por quê?

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Ministro, estou argumentando com o parágrafo único do art. 100 da Constituição Paulista, que diz:

"Artigo 100 - ... (...)

Parágrafo único - O Procurador Geral do Estado será nomeado pelo Governador, em comissão, entre os Procuradores que integram a carreira..."

Quer dizer, ele escolhe e não fica vinculado a um certo tempo.

- O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES Ministro Velloso, mas, de qualquer sorte, se optarmos por esta fórmula, teremos de aceitar, também, que, se amanhã o texto constitucional paulista estabelecer que ele será eleito pela população de São Paulo, assim o será.
- O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO Com o meu voto não se chega a tanto. Ao menos não foi o sentido do meu voto.
- O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO Não, Ministro. Aí Vossa Excelência disse bem: teses delirantes. Isso seria dezarrazoado e, portanto, inconstitucional. Isso seria até um argumento **ad terrorem**.
- O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO E há sinalização do artigo 132 à representação do Estado pelos procuradores de carreira, não pelos eleitos pelo povo.
- O SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE E RELATOR) Muito bem, Ministro Carlos Vellos, Vossa Excelência, então...
- O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO Perfeito, eminente Ministro-Presidente. Vou concluir.

Penso que qualquer raciocínio que leve a uma tomada de posição por parte do constituinte desarrazoado é inconstitucional,

mas me parece razoabilíssimo o constituinte estadual estabelecer que o Procurador-Geral deva ser escolhido na classe.

- O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) Ministro, só uma pergunta. Só para não insistir.
 - O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO Sim.
- O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) Soluções constitucionais que levem à crise não são soluções constitucionais.
- O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO Mas qual a crise a que pode se levar isso?
- O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) Posso indicar a crise?
 - O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO Pode.
- O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) Muito bem.

 A Procuradoria do Estado tem um número "x" de universo de escolha.

 Aí os procuradores resolvem que o procurador deva ser "fulano de tal". O governador não quer o "fulano de tal" e nomeia outro, mas

ninguém o aceita, salvo se for aquele. O que vai acontecer? Crise. Ou seja, os senhores estão produzindo possibilidade de crise.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - No meu Estado natal, até onde sei, os Procuradores-Gerais são tirados da classe.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não. O Advogado Geral de Minas Gerais, hoje, é o ilustríssimo Bonifácio de Andrada, meu sucessor na Advocacia-Geral da União.

O SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA - (PRESIDENTE E RELATOR) - É. Procurador da República.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Perfeito. A anterior era a Professora Carmem Lúcia Antunes Rocha, Procuradora de carreira, que exerceu o cargo com a maior proficiência.

Então, penso que é salutar, Presidente, escolher na classe, principalmente quando os integrantes dessa classe ali chegaram mediante concurso de provas e títulos.

Teria muito medo se isso ocorresse há uns 30 anos, quando os procuradores eram escolhidos mediante indicação dos donos do poder. Mas agora não; são homens que ingressam na carreira e a

Constituição determina que seja assim, mediante concurso público de provas e títulos.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Vossa Excelência me permite um aparte, antes de terminar o seu voto?

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Sim.

- O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO Só para fazer uma ponderação, também na mesma linha do raciocínio de Vossa Excelência e, de certo modo, respondendo à objeção do eminente Ministro Nelson Jobim. Quero dizer que a crise, como tal, pode dar-se, até, na hipótese de a escolha ser de exclusivo poder do governador. Isto é, a classe pode ter incompatibilidade tal com o Procurador-Geral nomeado, que haja crise do mesmo tamanho. Pode-se nomear alguém que seja inimigo declarado da classe, e instala-se a crise do mesmo modo.
- O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) Mas, Ministro, isso se soluciona politicamente. Desculpe-me, mas é falsa essa afirmação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Por quê?

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Porque há uma solução política. Os governadores sabem que têm a habilidade de fazer as escolhas dentro de um universo que representa todos os eminentes advogados de um Estado; ou seja, em São Paulo, quantos mil

advogados existem que podem ser procuradores? E quantos procuradores existem que podem ser procuradores? 10,20,50? No Rio Grande do Sul existem quantos? 30,20? A crise está posta.

- O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO Isso não exclui a possibilidade da crise no quadro que Vossa Excelência está delineando.
 - O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO Sem dúvida, pode ocorrer.
- O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO Basta que se nomeie alguém que seja inimigo declarado da Procuradoria e que tenha projeto político, em relação à Procuradoria, indesejável pela corporação. Haverá aí uma crise política, a despeito de outra interpretação.
- O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) Isso se resolve com outras opções.
- O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO Ademais, crise é própria da democracia e apenas tem de ser administrada.

- O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) Mas não a imposição de crise por um tribunal não eleito. Não a imposição de crise por interpretação constitucional.
- O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO O tribunal não está impondo crise alguma; o tribunal está interpretando norma do constituinte federal, do qual Vossa Excelência fez parte.
- O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) Temos de ter o respeito histórico em relação ao problema. Há uma responsabilidade histórica deste Tribunal.
- O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO Ministro, veja como foi salutar com relação ao Ministério Público. A Constituição estabelecia que o Procurador-Geral é muito mais que o advogado do Estado. Ele é advogado da sociedade; ele é técnico, tem muito mais poderes do que Procurador do Estado, e não há crise nenhuma. Quer dizer, como foi salutar a disposição da Constituição democrática de 1988 estabelecer que o Procurador-Geral da República deva ser escolhido entre um membro da classe e, nos Estados, a mesma coisa.
- O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO Segundo o Ministro Nelson Jobim, isso é um problema sério: cria crises.
- O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) Não cria crises. A ironia não, Ministro. Não vamos para o debate irônico. Vossa Excelência sabe que o meu estilo é outro.

- O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO Este é o campo de que Vossa Excelência gosta.
- O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) O que se passa com o Procurador da República, e quero deixar claro, com o testemunho, inclusive, do eminente Procurador, quem defendeu essa situação, à época participei claramente junto com o Ministro Maurício Corrêa na defesa desse redesenho do Ministério Público. No entanto, só havia um problema: havia um grupo do Ministério Público liderado pela Associação do Ministério Público Federal que não queria abrir mão da Advocacia da União.
- tivemos que romper para estabelecer. Este Advogado da União é advogado do Executivo e trabalha junto ao Executivo nos combates dialéticos do Executivo, sob a regência do Presidente da República, no caso, e inclusive dos governadores. Aí houve um conflito político lembra-se disso? em que se estabeleceu, então, a necessidade da quebra tirar-se, colocar-se o Ministério Público face às novas funções para não ser o que era o Ministério Público que, na época, era um mero burocrata do Direito Penal. Por quê? Vossa Excelência, que foi juiz de carreira, sabe muito bem que o Ministério Público, antes de 1988, quando agia nos processos cíveis, fazia o "cumpra-se na forma da lei". Eram os pareceres históricos do Ministério Público, à época, nas ações civis.

Em 1988, o critério era outro e, aí estabeleceu-se um completo distanciamento do Executivo para não ter aquilo, mas, o advogado que representa os interesses do Executivo na dialética do debate a ser julgado pelo Poder Judiciário tem de estar vinculado às situações do Executivo, claro que respeitado nos seus pareceres o problema legal. Mas é necessário ter uma intimidade, tanto é que participa do processo decisório no tocante às reuniões de ministério na União e aos secretariados no Estado.

Vossas Excelências estão exatamente criando um mecanismo de colocar o antagonismo, inclusive entre o governador e o próprio advogado.

- O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO Ministro, ele é nomeado em comissão.
- O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) Lembre-se daquela sua tese: o Ministério Público não pode investigar porque ele é parte. E, no caso, o Advogado do Estado não pode estar ligado ao Executivo, não pode ser homem da confiança do governador porque tem de ser da carreira.
- O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO Ministro, é um integrante da carreira, da confiança do governador.

- O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO Não há essa afinidade entre o corpo dos procuradores e as diretrizes políticas do governador.
- O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO O Procurador Geral do Estado será nomeado pelo governador, em comissão. Isso significa que nunca haverá um confronto com o governador, porque o cargo em comissão, todos sabemos não precisaria dizer -, é demissível ad nutum.
- O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES Ministro Velloso, se uma emenda constitucional, por uma consideração de lege ferenda, viesse a estabelecer que a Associação dos Procuradores agora faria uma lista tríplice, isso seria admissível no juízo de Vossa Excelência?
 - O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO Aí eu iria refletir.
- O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES Sim, mas, a rigor, não temos parâmetros de controle, a partir da sua perspectiva.
- O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO Seria razoável buscar o constituinte a colaboração da entidade de classe, da corporação? Não

sei, iria refletir. Mas do modo como está, o governador escolhe membros da classe e nomeia em comissão, não é verdade?

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Claro, mas não tem a obrigação de nomear. Os senhores terão a possibilidade de não ter um procurador.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas o governador continua a escolher.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Sr. Presidente, vou concluir o meu voto.

Peço licença a Vossa Excelência para acompanham a divergência.

Obs.: Texto sem revisão do Exmo. Sr. Ministro Carlos Velloso (\$ 4º do artigo 96 do RISTF)

11/02/2004 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.581-3 SÃO PAULO

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, como diz o povo, sabiamente, da discussão nasce a luz. E os debates que ouvi dos eminentes Colegas não foram no sentido de esquentar a discussão, mas de iluminar.

Recordei-me do seguinte: insisto em que o processo legislativo tem caráter principiológico porque densifica o princípio da separação e harmonia dos Poderes. O objetivo desse processo legislativo não é outro senão, centralmente, disciplinar as relações entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo em matéria legiferante. Ou seja, o princípio da separação dos Poderes só pode ser compreendido nos termos em que a Constituição o encorpa, o densifica, por meio de subprincípios e regras outras.

Então, não me afasto desse ponto de vista, para mim metodológico, de que o processo legislativo é todo principiológico, ínsito que é, conatural ao princípio da separação e harmonia dos Poderes. Porém, ocorre-me que a Constituição tem outras razões, tem outras lógicas. E, quando a Constituição separa, destaca, isola uma instituição, é para prestigiá-la, assim com a Ordem dos Advogados do Brasil, os advogados em geral, as universidades, os sindicatos, os

partidos políticos, as Procuradorias de Estado. A Constituição não isola uma instituição senão para conferir a ela um "status", uma dignidade maior. É o modo pelo qual a Constituição revela o seu especial apreço por essa instituição. E essas instituições, das quais o Poder Judiciário faz parte e o Ministério Público também, refogem ao âmbito, estão excluídas do âmbito de incidência chapada, imediata, clara do processo legislativo. Elas obedecem a regras próprias. E, nesse caso, a interpretação conferida ao artigo 132 pelo Ministro Marco Aurélio vai nessa linha direcional do magno texto de prestigiar as Procuradorias do Estado, com as achegas do eminente Ministro Celso de Mello no sentido do fortalecimento do espectro federativo, com prestígio maior para as entidades periféricas de que os Estados-membros fazem parte.

Com essas considerações, não tenho acanhamento nenhum em reconsiderar meu ponto de vista e acompanhar a divergência, data vênia dos votos em sentido contrário, que permanecem fiéis ao voto do eminente Relator Maurício Corrêa.

11/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.581-3 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. MAURÍCIO CORRÊA

REQUERENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: PGE-SP - JOSÉ ROBERTO DE MORAES

REQUERIDA: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EXPLICAÇÃO

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, antes de terminar, até para deixar claro meu pensamento, e de certo modo, também dando resposta à sempre arguta objeção do Ministro GILMAR MENDES, neste caso a interpretação que estamos dando ao artigo 235, VIII, é construída ern harmonia com o disposto no artigo 132, o que exclui toda idéia de soluções delirantes ou extravagantes, de cuja possibilidade teórica se cogitou.

11/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.581-3 SÃO PAULO

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

- O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA Sr. Presidente, peço a palavra, não para reformular meu voto, mas para reafirmálo, anotando que, com esse julgamento, cujo resultado se inverte agora, estamos reforçando aquilo que já é perceptível no Brasil.

 Ou seja, a instituição de uma República corporativa.
- O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES Altamente nocivo a qualquer princípio representado.
- o SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA Vejamos bem. O governador é eleito, recebe milhões de votos, e estamos impondo que ele aceite uma figura estranha no seu secretariado.
- O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO -\ Não somos nós que estamos fazendo essa imposição. Foi o Poder Legislativo do Estado de São Paulo, com representantes também eleitos pelo povo, investidos de poder constituinte decorrente, que decidiram

Supremo Tribunal Federal

ADI 2.581 / SP

dessa forma. Apenas estamos dizendo que esses representantes do povo de São Paulo, aos quais se conferiu poder constituinte decorrente, não elaboraram contra a Constituição Federal. Só isso que estamos falando.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Inúmeros deles legislando em causa própria.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Por que causa própria?

O SENHOR MINISTRO JOAQUEM BARBOSA - Porque diversos deles são Procuradores de Estado.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Por que V. Exa. não interpreta também que o governador, desejando nomear qualque: um, inclusive um afilhado, não estaria também pugnando **pro domo sua**.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministro Velloso, não há democracia que resista a uma distribuição de cargo com nomeação ad nutum, nem todas as funções do Estado podem ser exercidas por nomeação de qualquer político, de qualquer ato político.

Supremo Tribunal Federal

ADI 2.581 / SP

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Nesse caso, estamcs a falar de uma atividade estritamente técnica e política no alto sentido.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Não há incompatibilidade nenhuma com o fato de ele ser de uma carreira que pressupõe exatamente isto: fornecer subsídios técnicos para o governador.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Senhor Presidente, desejo registrar apenas uma observação. Entendo que a questão que hoje discutimos transcende a esfera meramente corporativa. A questão é muito mais grave, é muito mais séria, pois assume um relevo indiscutível no plano institucional.

Estamos discutindo, isso sim, o alcance da autonomia dos Estados-membros. E, quando essa questão é suscitada perante a Corte Constitucional, outros aspectos se tornam puramente secundários.

Não estamos, aqui, a discutir a instauração, em nosso País, de uma República corporativa, realidade esta que, presente, revelar-se-ia altamente **nociva** ao princípio democrático que repudia práticas fundadas em concepções patrimoniais de poder.

Supremo Tribunal Federal

ADI 2.581 / SP

Na verdade estamos a julgar problema impregnado de maior gravidade, consistente na redefinição do papel dos Estados-membros no âmbito da Federação brasileira com o conseqüente exame da maior, ou menor, abrangência da autonomia política e jurídico-institucional dessas coletividades regionais, que constituem peças essenciais no processo de formulação e implementação do pacto federal.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Excelência, eu reforçaria o seu ponto de vista dizendo que não estamos tratando aqui de uma Federação corporativa, mas de uma Federação cooperativa, que é o federalismo cooperativo, de prestígio das entidades periféricas.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Sem maiores considerações, mantenho meu voto.

Obs.: Texto sem revisão do Exmo. Sr. Ministro Carlos Velloso (\$ 4° do artigo 96 do RISTF)

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.581-3

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR ORIGINÁRIO: MIN. MAURÍCIO CORRÊA

RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MIN. MARCO AURÉLIO REQTE.: GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.: PGE-SP - JOSÉ ROBERTO DE MORAES

REQDA.: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Maurício Corrêa, Relator, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Nelson Jobim, que julgavam procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão "entre os Procuradores que integram a carreira", contida no parágrafo único do artigo 100 da Constituição do Estado de São Paulo, e dos votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Velloso e Carlos Britto, que a julgavam improcedente, o julgamento foi suspenso para colher o voto de desempate do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, ausente justificadamente. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 11.02.2004.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Luiz Tomimatsu Coordenador 1.6/08/2007 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.581-3 SÃO PAULO V O T O V I S T A

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE:

I

Nesta ação direta, impugna-se a expressão "entre os procuradores que integram a carreira", contida no parágrafo único, do art. 100, da Constituição do Estado de São Paulo, que tem o seguinte teor:

"Art. 100. A direção superior da Procuradoria Geral do Estado compete ao Procurador Geral do Estado, responsável pela orientação jurídica e a administração da instituição, ao Conselho da Procuradoria Geral do Estado e à Corregedoria Geral do Estado, na forma da respectiva lei orgânica.

Parágrafo único. O Procurador Geral do Estado será nomeado pelo Governador, em comissão, <u>entre os Procuradores que integram a carreira</u>, e deverá apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e de sua exoneração."

Alega o requerente - Governador do Estado de São Paulo - que o dispositivo atacado teria limitado seu poder discricionário de escolha do ocupante do cargo em comissão de Procurador-Geral do Estado, o que violaria a sua iniciativa privativa de leis sobre provimento de cargos públicos (art. 61, \S 1° , II, \underline{c} , CF).

Alega, ainda, que:

"Uma clara diretriz resulta da combinação do disposto nos arts. 37, II e V e 61, § 1º, II, \underline{c} : a discricionariedade governamental no provimento de cargos em comissão só pode ser limitada por lei que tenha partido da iniciativa do Chefe do Poder Executivo. Evidentemente, o constituinte derivado não pode, sem grave risco para o equilíbrio dos Poderes, tomar a si o tratamento do assunto.

Esse regime jurídico é plenamente aplicável na disciplina da Procuradoria Geral do Estado e de sua

chefia. Como se sabe, essa instituição é tratada no art. 132 da Constituição Federal:

Redação original da CF/1988

"Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, organizados em carreira na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, observado o disposto no art. 135."

Redação após a EC 19/1998

"Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias."

Da aplicação do art. 12, da LADIn, pelo Relator, foi interposto agravo regimental, liminarmente indeferido.

Em 11.2.04, após os votos dos Ministros Maurício Corrêa, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Nelson Jobim, que julgaram procedente a ação direta, e dos votos dos Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Velloso e Carlos Britto, que a julgaram improcedente, o julgamento foi suspenso para colher o meu voto de desempate, dada a minha ausência justificada.

Foram-me dirigidas petições que noticiam a aprovação da PEC 18, que teria alterado a redação do parágrafo único, do art. 100, da Constituição paulista.

Encaminhei-as, com os autos, ao em. Relator, que decidiu pelo seguimento do julgamento; essa decisão foi agravada.

Com a aposentadoria do Ministro **Maurício Corrêa**, relator originário, o agravo regimental foi distribuído ao Ministro **Joaquim Barbosa**.

O Plenário negou provimento ao agravo, conforme esta ementa - DJ 16.02.05:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. ALTERAÇÃO NÃO-SUBSTANCIAL DA NORMA IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

É correta decisão monocrática que entende não prejudicada ação direta de inconstitucionalidade em virtude de sobrevinda de alteração legislativa nãosubstancial da norma impugnada.

Nova redação que não altere o sentido e o alcance do dispositivo atacado não implica a revogação deste, de sorte que permanece viável o controle concentrado de constitucionalidade.

Agravo regimental a que se nega provimento."

II

Dou-me por esclarecido, após a leitura das notas taquigráficas dos votos proferidos.

O empate entre os dez ministros presentes demonstra a força dos argumentos contrapostos.

É possível dividi-los em dois grupos: os que se prendem ao exame da constitucionalidade formal da regra questionada e aqueles que lhe examinam a validade material.

III

Quanto ao óbice formal, levantado pelo em. Min. **Maurício Corrêa** (art. 61, § 1° , c, CF), peço licença para retomar uma velha discussão.

O Tribunal, de há muito, declarou inconstitucionais os dispositivos das Constituições estaduais e de suas emendas, que constituam objeto de lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo (v.g. RTJ 57/385; 46/441). Cito a ementa daquela que talvez tenha sido a primeira das discussões (ADIn 216-MC, Celso, DJ 07.05.93):

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - PROCESSO LEGISLATIVO - A QUESTÃO DA OBSERVÂNCIA COMPULSÓRIA, OU NÃO, DE SEUS PRINCÍPIOS, PELOS ESTADOS-MEMBROS - NOVA CONCEPÇÃO DE FEDERALISMO CONSAGRADA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - PERFIL DA FEDERAÇÃO BRASILIERA - EXTENSÃO DO PODER CONSTITUINTE DOS ESTADOS-MEMBROS - RELEVO JURÍDICO DO TEMA - SUSPENSÃO LIMINAR DEFERIDA.

O perfil da Federação brasileira, redefinido pela Constituição de 1988, embora aclamado por atribuir maior grau de autonomia aos Estados-membros, é visto com reserva por alguns doutrinadores, que consideram persistir no Brasil um federalismo ainda afetado por excessiva centralização espacial do poder em torno da União Federal.

Se é certo que a nova Carta Política contempla um elenco menos abrangente de princípios constitucionais sensíveis, a denotar, com isso, a expansão de poderes jurídicos na esfera das coletividades autônomas locais, o mesmo não se pode afirmar quanto aos princípios federais extensíveis e aos princípios constitucionais estabelecidos, os quais, embora disseminados pelo texto constitucional, posto que não é tópica a sua localização, configuram acervo expressivo de limitações dessa autonomia local, cuja identificação – até mesmo pelos efeitos restritivos que deles decorrem – impõe-se realizar.

A questão da necessária observância, ou não, pelos Estados-membros, das normas e princípios inerentes ao processo legislativo, provoca a discussão sobre o alcance do poder jurídico da União Federal de impor, ou não, às demais pessoas estatais que integram a estrutura da Federação, o respeito incondicional a padrões heterônomos por ela própria instituídos como fatores de compulsória aplicação.

Esse tema, que se revela essencial à organização político-administrativa do Estado brasileiro, ainda não foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Da resolução dessa questão central, emergirá a definição do modelo de Federação a ser efetivamente observado nas práticas institucionais.

Enquanto não sobrevier esse pronunciamento, impõe-se, como medida de cautela, a suspensão liminar de preceitos inscritos em Constituições estaduais, que não hajam observado os padrões jurídicos federais, de extração constitucional, concernentes ao processo legislativo."

Esclareceu o problema o em. Min. Celso no julgamento da ADIn 276-MC:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - PROCESSO LEGISLATIVO - A QUESTÃO DE SUA OBSERVÂNCIA COMPULSÓRIA PELOS ESTADOS-MEMBROS - TEMA AINDA NÃO DEFINIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDEPAL - PRECEDENTE (ADIN 216-PB) - EXTENSÃO DO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE - RELEVÂNCIA JURÍDICA DA MATÉRIA - PERICULUM IN MORA - SUSPENSÃO CAUTELAR DEFERIDA.

O Supremo Tribunal Federal ainda não definiu, sob o regime da vigente ordem constitucional, se os princípios que informam o processo legislativo impõem-se aos Estados-membros como padrões jurídicos de compulsória observância.

O tema da autonomia das unidades federadas, suscitado na perspectiva da nova concepção de federalismo consagrada pela vigente Carta Política, foi, no entanto, considerado de extremo relevo jurídico pelo STF (ADIn 216-PB).

A autonomia dos Estados-membros constitui um dos elementos essenciais à própria conceptualização do Estado federal, cujo tipo histórico, variável na evolução do constitucionalismo brasileiro - federalismo dual ou dualista (CF 1891), federalismo de cooperação (CF 1934), federalismo de integração (Carta de 67) - emseja abordagens várias, quer a partir das múltiplas tendências já positivadas na experiência constitucional comparada (federalismo de equilíbrio e federalismo hegemônico), quer de proclamações doutrinárias, tais como as que preconizam o federalismo das regiões.

Impõem-se a suspensão cautelar de regras inscritas em Constituições estaduais, cujo conteúdo normativo esteja em aparente desarmonia com o modelo federal atinente ao processo legislativo, até que a Suprema Corte defina a extensão e o alcance do poder constituinte dos Estados-membros."

Relatei o mérito dessa ação direta. Eis a ementa:

- "I. Processo legislativo: modelo federal: iniciativa legislativa reservada: aplicabilidade, em termos, ao poder constituinte dos Estados-membros.
- 1. As regras básicas do processo legislativo federal são de absorção compulsória pelos Estados-membros em tudo aquilo que diga respeito como ocorre às que enumeram casos de iniciativa legislativa reservada ao

princípio fundamental de independência e harmonia dos poderes, como delineado na Constituição da República.

2. Essas orientação — malgrado circunscrita em princípio ao regime dos poderes constituídos do Estadomembro — é de aplicar—se em termos ao poder constituinte local, quando seu trato na Constituição estadual traduza fraude ou obstrução antecipada ao jogo, na legislação ordinária, das regras básicas do processo legislativo, a partir da área de iniciativa reservada do executivo ou do judiciário: é o que se dá quando se eleva ao nível constitucional do Estado—membro assuntos miúdos do regime jurídico dos servidores públicos, sem correspondência no modelo constitucional federal, a exemplo do que sucede na espécie com a disciplina de licença especial e particularmente do direito á sua conversão em dinheiro."

Acentuei na ocasião:

"Já se firmou a jurisprudência do
Tribunal em que - malgrado não reproduzido na Constituição
o art. 13, III, da carta de 69 -, as regras básicas do
processo legislativo da União, em particular as que dizem
com a reserva da iniciativa das leis, por sua imbricação
com o princípio de separação e independência dos Poderes
são de absorção compulsória pelos estados-membros.

Daí se extraiu, sob o regime pretérito, que sequer por emenda constitucional era dada dispor o Legislativo local sobre matéria de iniciativa legislativa reservada ao Poder Executivo, a exemplo da pertinente ao regime jurídico dos servidores públicos.

Já sob a Constituição, a mesma restrição tem sido imposta ao poder constituinte derivado concedido às assembléias constituintes estaduais reunidas em 1988 (MC ADIN 822 - SP, Plen. 5.2.93, RTJ 150/482; v.g. ADIN 872 - SP, Plen. 3.6.93, RTJ 151/425; MC ADIN 873 - PB, Plen. 27.05.93, RTJ 148/701 Lex 179/33; MC ADIN 766 - CM, Plen. 03.09.92, DJU 27.5.94; MC ADIN 919 - IG, Plen. 8.10.93, RTJ 150/732; MC ADIN 1196 - SP, Plen. 16.02.95, DJU, 24.03.95; ADIN 89, IG, Plen. 4.2.93, RTJ 150/341 III; MC ADIN 1060, CV, Plen., 1.8.94, DJU 23.9.94).

De minha parte, jamais prestei adesão irrestrita à tese.

Recebi-a **cum grano salis**, quando, sendo evidente a nenhuma correlação entre a matéria inserida na Constituição do Estado e a que nela razoavelmente deveria

estar contida, a Constitucionalização do preceito pudesse ser identificada como fraude à iniciativa do governador.

Marquei minha posição no voto proferido na ADIn 4.2.93, relator o em Ministro Ilmar Galvão, quando acentuei - RTJ 150/341, 354:

> "Longa reflexão, que desenvolver em outra oportunidade, convenceu-me de que não é decisiva, para afastar o caráter princípio constitucional de absorção compulsória das regras básicas do processo legislativo, a circunstância de não haver a Constituição incluído, expressamente, entre os princípios sensíveis no art. 34, processo legislativo, ao contrário do que fazia a Carta de 1969 no art. 13. É que, mais que em princípio sensível, no art. 2º, a Constituição erigiu a independência e a harmonia dos Poderes num dos princípios fundamentais do constitucional da República. De tal modo que entendo que hão de reconhecer-se princípios constitucionais de observância compulsória nas linhas básicas do processo legislativo federal. em tudo aquilo que disser respeito que atingir ou puder atingir à independência e à harmonia dos Poderes.

> efeito, Com Sr. Presidente. evidente que o processo legislativo é um dos cenários básicos em que se põe o problema, em que se resolve o problema do jogo dos poderes na estrutura do Estado. E não há um modelo a priori de independência e harmonia dos Poderes. O regime brasileiro de independência e harmonia Poderes há de ser extraído desenhado no texto positivo da Constituição, no qual, repito, o processo legislativo é um dos momentos mais relevantes de identificação.

> Aplicar-se-iam, no entanto, princípios básicos do processo legislativo, atinentes ao sistema dos Poderes constituídos, também à Assembléia Constituinte Estadual? É outro tema que tem recorrentemente vindo à mesa, ainda que em juízos liminares ou como fundamento não necessário à solução de uns poucos julgamentos de mérito.

Creio também, Sr. Presidente, que no ponto é preciso distinguir. Não aplico, ϵ não consigo me convencer que se deva aplicar, toda a extensão, a reserva constitucional de iniciativa do Poder Executivo, com relação à legislação ordinária estadual, aos poderes da Assembléia Constituinte Estadual. Do contrário, já o disse, reduziríamos à expressão ainda mais restrita do que aquela que efetivamente tem, a amplitude da autonomia constitucional Estados-membros. Emtudo quanto dissesse respeito, por exemplo, ao servidor público, que é tema a que a própria Constituição Federal tem relevo constitucional, teriam permanecer silentes os constituintes estaduais: o tema diria respeito ao regime dos servidores públicos e, consequentemente, não poderia ser tratado pelas Constituições estaduais, porque sujeito, nomodelofederal do processo legislativo ordinário, à iniciativa reservada do Executivo.

Já diversas vezes, em votos em que, na verdade, apenas ressalvava a possibilidade de um estudo mais detido da questão, já fora antecipado a minha convicção, na linha que hoje funda o parecer da Procuradoria-Geral e o voto do eminente Relator, em termos globais. Assim, no julgamento liminar da ADIn 231, na ADIn 152, Lex 165/13, e na intervenção no julgamento publicado pela Revista Lex 165/37.

Creio que é preciso distinguir aquilo que constitua tema que a própria Constituição Federal erigiu à dignidade constitucional e sobre o qual, portanto, há de reconhecer-se 0 poder da Assembléia Constituinte Estadual para, de sua vez, dele tratar, daqueles temas miúdos, quase sempre de disposições transitórias sobre situacões tópicas de grupos de servidores desta daquela carreira do serviço público do Estado, em que, nesta segunda hipótese, efetivamente se deva reconhecer no seu trato pela Constituinte Estadual, uma obstrução antecipada ao jogo, na legislação ordinária, das regras básicas do processo legislativo, a partir da iniciativa reservada do Poder Executivo."

O que se discute nesta ação direta não é "tema miúdo".

Debate-se sobre uma estrutura de Estado criada pela própria Constituição da República (art. 132, CF). Não preciso, para afastar o óbice da iniciativa legislativa, tecer comentários quanto à diferença entre órgãos e agentes públicos.

O que importa é que essa estrutura estatal, vale dizer, de Procurador de Estado, é criada pela Constituição, que, aliás, outorga-lhe status de função essencial à justiça.

Não há falar em iniciativa privativa sobre algo constitucionalmente criado: afasto a inconstitucionalidade formal da norma.

IV

A discussão acerca da indicação de Procurador-Geral não é nova no Tribunal.

No julgamento da ADIn 470 (**Ilmar**, DJ 11.10.02), o Plenário deixou de examinar dispositivo normativo análogo (alteração superveniente da norma atacada) referente à Procuradoria do Estado do Amazonas.

Na ADIn 291-MC (**Moreira**, DJ 14.09.90), o caso era outro: tratava-se de norma que estabelecía crime de responsabilidade do Governador que interferisse no livre exercício da Procuradoria-Geral do Estado.

No julgamento da ADIn 127-MC-QO (**Celso**, DJ 04.12.92), o que era impugnado não era exatamente a necessidade de ser de carreira o indicado para Procurador-Geral, mas as expressões "da última classe" e "indicados em lista sêxtupla...".

O precedente mais exato é o da ADIn 217 (**Ilmar**, DJ 13.09.02). No julgamento da medida cautelar (23.3.90; DJ 19.12.01) fiquei vencido. Acentuei na ocasião:

"No que toca à clientela restrita e às exigências de requisitos para escolha do Procurador Geral do Estado, também não me parece que afetará tão fortemente a administração da Paraíba o ter o Governador de escolher o Procurador-Geral do Estado dentre os Procuradores com

idade mínima de 35 anos, mais de cinco anos de carreira e participante das classes mais elevadas da categoria.

Com essas breves considerações, peço vênia para indeferir a cautelar."

No mérito (**Galvão**, j. 28.8.02; DJ 13.9.02), o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da norma estadual que limitava a escolha do Procurador-Geral ao universo dos Procuradores de estado.

Quanto ao aspecto da constitucionalidade material da norma paulista em questão, duas interpretações já foram expostas no plenário:

- a) a que entende que a norma implica em indevida restrição ao poder do Chefe do Executivo estadual, pois limita, de **maneira ilegítima**, o universo dos que podem ser nomeados, restringindo-o aos procuradores de carreira;
- b) outra absolutamente contrária que, à luz do art. 132, da Constituição, advoga que não há Procurador de Estado fora da carreira e, nessa categoria, enquadraria-se o próprio Procurador-Geral¹.

Não creio que o modelo federativo brasileiro obrigue ao Estado-membro copiar o comando constitucional relativo à nomeação do Advogado-Geral da União; também não me impressiona que o teor do comando do art. 132, da Constituição, ao prever que "os Procuradores dos Estados ... exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades", limite a Constituição estadual à regulamentação da escolha do Procurador-Geral dentre aqueles de carreira: é que não há, na Constituição Federal, nenhuma referência ao Procurador-Geral especificamente.

Apenas como argumento: se a Constituição estadual prevê um Conselho Superior de direção do órgão, ao invés de um Procurador-Geral, seria inconstitucional?

Interessante notar o impacto do modelo federativo adotado pela Constituição no que toca a advocacia pública. Quanto ao ente federado **União**, a Constituição cria a figura e estabelece as premissas da nomeação do Advogado-Geral (art. 131, § 1º, CF). Ao Advogado-Geral da União, por exemplo, é atribuído o dever de defender normas impugnadas abstratamente.

¹ A em. Min. **Carmem Lúcia**, quando Procuradora de Minas Gerais, advogou a idéia de que o cargo de Procurador-Geral é privativo dos membros da carreira (Cármem Lúcia, in Boletim de Direito Administrativo, *Constituição e Procuradoria do Estado*. Editora NDJ, ano XV, nº 3, março de 1999).

Quanto aos entes **Estados-membros** e **Distrito Federal**, somente se cria, constitucionalmente, as Procuradorias, em especial a carreira de procurador, sem qualquer comando relativo ao Procurador-Geral (art. 132 e parágrafo único, CF). Quanto aos **Municípios**, apesar de serem entes federados, nem mesmo a figura da Procuradoria.

Assim, a criação da carreira de procurador de estado é constitucionalmente positivada e por isso não pode a Constituição local divergir dos critérios que a Constituição Federal estabelece (organização em carreira, ingresso por concurso público de provas e títulos com a participação da OAB e estabilidade após três anos); contudo, a Constituição Federal é silenciosa quanto ao critério de nomeação - e mesmo estrutura - do Procurador-Geral.

Essa abordagem permite a redução do cargo de Procurador-Geral a de um administrador, de auxílio direto do Governador, tal qual os Secretários de Estado: para ser Secretário de Segurança 5 é preciso ser policial, para ser Secretário da Fazenda 5 é preciso ser fiscal, da Saúde médico da rede pública, da Educação professor etc.

Por outro lado, é inegável que a representação judicial e a consultoria jurídica dos Estados tem de ter, obrigatoriamente, a participação de um procurador de estado de carreira, por força do art. 132, caput, da Constituição.

Se o Procurador-Geral for um de carreira, pode ele assinar e representar judicialmente o Estado; se não, será necessário a participação de um procurador de carreira.

Esse o quadro, entendo que:

- a) viola a Constituição Federal a norma constitucional local que limita a jurisdição do Procurador-Geral aos membros da procuradoria do Estado, mas
- b) dou interpretação, conforme a Constituição, para declarar que a representação judicial do Estado só pode ser feita por procurador de carreira.

Assim, declaro procedente a ação direta para declarar inconstitucional a expressão "entre os Procuradores que integram a carreira" (parágrafo único, art. 100, Constituição do Estado de São Paulo); ao texto remanescente:

"Artigo 100 - À direção superior da Procuradoria Geral do Estado compete ao Procurador-Geral do Estado, responsável pela orientação jurídica e administrativa da instituição, ao Conselho da Procuradoria-Geral do Estado e à Corregedoria-Geral do Estado, na forma da respectiva lei orgânica.

Parágrafo único - O Procurador-Geral do Estado será nomeado pelo Governador, em comissão, e deverá apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e de sua exoneração."

Dou interpretação, conforme a Constituição, para declarar que a representação judicial do Estado, acaso o Procurador-Geral escolhido não seja um de carreira, deve vir assinada por um membro integrante do quadro da Procuradoria do Estado: é o meu voto.

Obs.: Texto sem revisão (\$ 4º do artigo 96 do RISTF)

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.581-3

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. MAURÍCIO CORRÊA RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MIN. MARCO AURÉLIO REQTE.: GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.: PGE-SP - JOSÉ ROBERTO DE MORAES

REQDA.: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Maurício Corrêa, Relator, Joaquim Barbosa, Gilmar Ellen Gracie e Nelson Jobim, Mendes, que julgavam procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão "entre os Procuradores que integram a carreira", contida no parágrafo único do artigo 100 da Constituição do Estado de São Paulo, e dos votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Velloso e Carlos Britto, que a julgavam improcedente, o julgamento foi suspenso para colher o voto de desempate do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, ausente justificadamente. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 11.02.2004.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, justificadamente, nos termos do § 1° do artigo 1° da Resolução n° 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta, vencidos os Senhores Ministros Maurício Corrêa (Relator), Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie (Presidente) e o Senhor Ministro Nelson Jobim. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Marco Aurélio. Não votaram a Senhora Ministra Cármen Lúcia e o Senhor Ministro Eros Grau por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Nelson Jobim e Maurício Corrêa (Relator), que proferiram voto em assentada anterior. Plenário, 16.08.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes,

æ_.

Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu
Secretário