

"Assim, Sr. Presidente, seguindo coerentemente a linha que sempre adotei neste Tribunal, acompanho, com a devida vênia do eminente Relator, os que estão entendendo que não se deve conhecer da representação."

11. Nestas condições, quer pela inconstitucionalidade pretendida do Dec-lei 532/69, seja pela dos arts. 2.º ao 5.º do Dec. 95.921/88, inviável é o conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade.

12. Demais disso, em qualquer hipótese, írrito é o pedido de condenação da União nas custas processuais e honorários advocatícios, ambos incabíveis na espécie. De custas a União é isenta. De honorários não se pode cuidar na ação direta de inconstitucionalidade pelo simples fato de que, nela, não há partes. O interesse protegido é o interesse público: o da preservação da ordem constitucional. "Nenhum outro tipo de interesse alcança aqui tutela ou, ao menos, relevância processual", diz Vitalino Canas in **Os Processos de Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade pelo Tribunal Constitucional**, Coimbra Editora, Limitada, 1986, p. 75. Não se tratando, pois, de processo de partes, não haverá sucumbência, vencido nem vencedor, logo, inviável a pretendida condenação em honorários advocatícios, ainda que, fosse procedente a arguição de inconstitucionalidade, *in casu*. Da mesma forma, inexistirá, na presente arguição de inconstitucionalidade, a condenação de honorários, em virtude de seu descabimento.

Sub censura.

Brasília, 9 de dezembro de 1988.

APLICABILIDADE DE LEI COMPLEMENTAR *

Isonomia — Verba advocatícia nas autarquias

GILMAR FERREIRA MENDES

Procurador da República em Brasília

1. José Luiz Guimarães Amêndola e outros, procuradores do Departamento de Águas e Energia Elétrica — DAEE, intentaram ação ordinária contra aquela autarquia do Estado de São Paulo visando à concessão das quotas correspondentes a honorários advocatícios, em idênticos valores às percebidas pelos integrantes da carreira de Procurador de Estado, bem como ao pagamento das importâncias correspondentes às verbas vencidas e vincendas, nos termos do disposto na Lei Complementar 95, de 28.5.74 (Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado). Alegaram os autores que o aludido diploma legal, com a redação dada pela Lei Complementar 205, de 2.1.79, estabeleceu que a verba advocatícia concedida em qualquer feito judicial à Fazenda do Estado deveria ser destinada à Procuradoria Geral do Estado, para distribuição a seus integrantes, assim como aos aposentados nos cargos determinados ou que neles viessem a se aposentar (art. 55). E, em suas "Disposições Finais", a Lei Complementar estendeu o sistema nela previsto aos órgãos jurídicos das autarquias, assegurando-lhes a concessão da aludida verba advocatícia no prazo de 90 (noventa) dias a contar de sua publicação, conforme o preceituado no art. 82, *in verbis*: "Art. 82. O Poder Executivo estenderá no que couber, aos órgãos jurídicos das autarquias, o sistema desta Lei Complementar; e relativamente, aos respectivos feitos judiciais, o disposto nos arts. 55 e 57, no prazo de 90 (noventa) dias a contar de sua publicação".

2. Nessas condições, sustentaram que a omissão do Poder Executivo na regulamentação do dispositivo em apreço não poderia resultar na suspensão do exercício de direito assegurado.

3. O juízo monocrático julgou procedente a ação sob o fundamento de que não tendo o Poder Executivo editado a aludida regulamentação no prazo fixado, a mesma passou a ser aplicável independentemente do decreto regulamentar (fl. 74).

4. Julgando a apelação interposta (fls. 79-82) e apreciando o recurso de ofício, o Tribunal de Justiça reformou a decisão do juiz de primeiro grau (fls. 104-109). Observou-se que o fato de o decreto não ter sido expedido no prazo fixado na lei pode ensejar a responsabilização das autoridades perante o Poder Legislativo. Pode acarretar inclusive o **impeachment** mas nunca permitir que o regulamento surja *ex nihil* (fl. 107). Entendeu o v. acórdão do egrégio Tribunal a quo que o direito dos autores somente surgiu com a expedição do Dec. 19.866, de 9.9.82 (fl. 107), que regulamentou o dispositivo em questão.

5. Contra a v. decisão opuseram os recorrentes embargos de declaração (fls. 111-114), alegando, em resumo que:

a) o v. acórdão ignorou completamente a questão relativa à possibilidade de o Executivo escusar-se de cumprir a lei, invocando a sua própria omissão no exercício do poder regulamentar;

b) o v. aresto não tratou igualmente da questão suscitada a propósito do princípio da isonomia (art. 153 § 1.º, CF). Caberia indagar se seria lícito ao Poder Executivo tratar desigualmente duas situações jurídicas que a Lei ordenou fossem tratadas igualmente.

6. Os aludidos embargos foram rejeitados sob os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"A Lei Complementar 95/74 estabeleceu que o pagamento das quotas a que alude só seriam extensíveis aos procuradores autárquicos através de decreto do Poder Executivo. Esse decreto, todavia, não foi baixado no prazo previsto na lei referida e que só ocorreu com a superveniência do Dec. 19.866/82.

"Sem o decreto, afirmou-se no acórdão, o direito dos autores não surgiu e não poderia ser suprido pela sentença, pelo simples fato da lei ter marcado o prazo de noventa dias para que fosse ele baixado, coisa que ocorreu, todavia, só em novembro de 1982.

"Não surgiu o direito porque a lei estabeleceu que ele seria obtido quando da regulamentação do assunto pelo Poder Executivo, fato que, até então não tinha ocorrido. O poder regulamentar é privativo do Poder Executivo, de modo que a sentença não poderia invadir atribuição que é precípua daquele, para chamar a si o reconhecimento do direito dos demandantes.

"Argumentam os autores que o acórdão embargado relegou a apreciação das questões constitucionais abordadas na sentença.

"Não relegou. Pelo contrário, assentou-se o decisório estritamente em postulados constitucionais que são transcendentais na ordem jurídica do País, firmada no princípio da separação de poderes e no de que, sem lei ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (cf. art. 153, § 2.º).

"Se, pois, a lei mandou que o Estado pagasse aos autores as aludidas quotas de honorários só quando fosse baixado o respectivo decreto, evidentemente que o Poder Judiciário não poderia condenar a Fazenda do Estado a pagá-las sem que já tivesse sido baixado o decreto aludido.

"Como tantas vezes já tem salientado o egrégio STF, não pode o Poder Judiciário, a pretexto de reparar injustiças, aumentar vencimentos dos servidores públicos com fundamento na isonomia (cf. Súmula 339), que era em última análise a pretensão dos autores ao quererem se igualar aos Procuradores do Estado.

"Ficam, pois, rejeitados os embargos de declaração."

7. Irresignados, interpõem o apelo extremo ao abrigo da alínea "a" do permissivo constitucional. A fundamentar o recurso extraordinário, alinham os recorrentes, em resumo, os seguintes argumentos:

a) Não se pretende negar ao Poder Executivo uma certa margem de discricionariedade no exercício do seu poder regulamentar. Questiona-se, por afrontar a separação dos poderes e a proibição de delegação, é que esta discricionariedade seja levada ao extremo de converter-se, de limitada em absoluta, afetando a própria eficácia da norma legislativa;

b) O poder regulamentar outorgado ao Executivo destina-se a permitir — não obstar — a fiel execução das leis (CF, art. 81, III);

c) Ao atribuir caráter absoluto à discricionariedade administrativa e ao considerar ínsito ao poder regulamentar o poder de obstar a fiel execução legislativa vedada pela Constituição Federal, propiciou clara usurpação do Poder Legislativo pelo Poder Executivo (CF, art. 6.º, parágrafo único);

d) Ao estender aos integrantes dos órgãos jurídicos das autarquias aquela vantagem pecuniária que antes beneficiava apenas os Procuradores do Estado, a Lei Complementar 205/79 estabeleceu a igualdade entre estes e aqueles;

e) Decorrido o prazo estabelecido pelo legislador, a denegação de tratamento uniforme já não constitui mais, apenas e tão-somente, infração da norma legal que estendeu o benefício aos procuradores das autarquias. Importa tratamento desigual entre pessoas a quem o legislador prescrevera fosse dado tratamento equânime (art. 153 § 1.º, CF);

f) O princípio da isonomia não permite que a omissão do decreto regulamentador dê azo à manutenção da desigualdade além do prazo estabelecido pelo legislador.

8. O apelo não foi admitido (fls. 148-150), mas o provimento de agravo fê-lo subir ao Pretório Excelso, para melhor exame.

9. O recurso merece prosperar.

Em regra, a lei em vigor tem efeito imediato e geral (Lei de Introdução ao CC, art. 6.º), não carecendo do regulamento para sua aplicação. Todavia, determinadas leis, precisamente aquelas destinadas aos órgãos da administração, necessitam de um ato regulamentar que permita a sua aplicação uniforme às diversas hipóteses previstas, ou que propicie "o aparelhamento dos meios concretos para sua execução". Isto porque o regulamento tem por conteúdo regras orgânicas ou procedimentais destinadas a propiciar ou facilitar a aplicação do comando legal, ou normas em desenvolvimento dos princípios legais, nos limites estabelecidos pela lei (O. A. Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v. I/311, 1969; Geraldo Ataliba, *Poder Regulamentar do Executivo*, RDP 57 e 58/187).

10. Nota Celso Antônio Bandeira de Mello que "a generalidade da lei e seu caráter abstrato ensancham particularizações gradativas quando não tem em mira a especificidade de situações insuscetíveis de redução a um padrão qualquer" (*Ato Administrativo e Direito*

dos Administrados, Ed. RT, 1981, p. 93). Por isso ressalta o ilustre Mestre, no que concerne, v.g., às normas regulamentares do imposto de renda, a "necessidade tanto de disposições procedimentais quanto de regras que assegurem tratamento isonômico à massa de contribuintes, sem as quais a margem de discricionariedade administrativa (que irrompe pela compreensível ausência de minudências legais) ensejaria tratamentos díspares, incompatíveis quer com a boa ordem administrativa, quer com a igualdade a que fazem jus os contribuintes" (ob. cit., pp. 93 e 94).

1. Cumpre notar, outrossim, que o poder regulamentar não deriva de delegação legislativa e nem pode ensejar delegação disfarçada (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, com a EC 1/69, T. III/312, 1973; Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., pp. 96 e 97). A diferença entre a lei e o regulamento em nosso sistema não se cinge à origem ou à supremacia da lei sobre o regulamento. A diferença substancial reside no fato de que a lei inova originariamente o ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o altera (O. A. Bandeira de Mello, ob. cit., p. 316). E, por isso, somente a lei pode estabelecer as condições necessárias ao nascimento do direito ou de obrigação, ao surgimento de dever ou de limitação. Ao regulamento caberá, quando e se necessário, fixar os parâmetros gerais que orientarão a concessão de vantagens ou a imposição de restrições. Faz-se mister, contudo, que as vantagens ou restrições estejam previamente definidas em lei (Pontes de Miranda, ob. cit., p. 316; Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., p. 99).

12. Nesse sentido, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello que há delegação "toda vez que a lei remete ao Executivo a criação das regras que configuram o direito ou que geram a obrigação, o dever ou a restrição à liberdade. Isto sucede quando fica deferido ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou ao nascimento da obrigação, dever ou restrição. Ocorre, mais evidentemente, quando a lei faculta ao regulamento determinar obrigações, deveres, limitações ou restrições que já não estejam previamente definidos e estabelecidos na própria lei.

"Sinetizando: existe delegação quando se faculta ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica. E inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada.

"Há, pois, inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuidos e identificados na lei regulamentada. Ou, reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuidos e identificados na lei regulamentada. A identificação referida não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege (ob. cit., pp. 97 e 98).

13. Há que se distinguir, portanto, a delegação legislativa da discricionariedade administrativa atinente ao exercício do poder regulamentar. Nesta, a norma legal expressa ou implicitamente estabelece os requisitos necessários à sua aplicação. A liberdade administrativa tem caráter meramente instrumental, não podendo afetar a liberdade individual, ou alterar direitos preexistentes. Na delegação, ao revés, não há a enunciação na norma legal de direitos ou obrigações, verificando-se com a edição do regulamento inovação proibida.

14. Neste passo, interessa indagar se o regulamento pode suspender ou adiar a execução de lei a que se refere. Na lição de Carlos Medeiros da Silva (RDA 34/409), era corrente na doutrina brasileira entendimento segundo o qual a lei, ou parte dela, cuja execução dependesse de regulamento, deveria aguardar a expedição deste para obrigar. Assim estabeleceu o Dec. 572, de 12.7.1890, no art. 4.º, princípio que logrou ampla acolhida após a promulgação do Código Civil (Clóvis Beviláqua, *Código Civil Comentado*, 1927, v. I/94; Paula de Lacerda, *Manual do Código Civil Brasileiro*, 1929, v. I/77; Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 1944, p. 24, n. 13).

15. Esta tese afigura-se inquestionável em um regime que admite a delegação de poderes (Carlos Medeiros da Silva, RDA 34/409; Pontes de Miranda, ob. cit., p. 318). Não parece, todavia, aceitável tal posição em sistemas que, como o nosso, adotam a vedação constitucional à delegação de funções. Como nota com precisão Pontes de Miranda, se se atribui ao Executivo a facultade de determinar amplamente a data da eficácia da lei, outorga-se-lhe *ipso facto* o poder legislativo, o que se mostra incompatível com o sistema de vedação constitucional à delegação de atribuições (ob. cit., p. 318).

16. Não há delegação, porém, quando o legislador fixa prazo para a edição de regulamento. A lei estabelece simplesmente uma condição para sua execução (Pontes de Miran-

da, ob. cit., p. 318; Diógenes Gasparini, ob. cit., p. 60). Nessa hipótese, cumpre ao Executivo diligenciar a regulamentação no prazo estabelecido ou, se julgá-lo exíguo, postular na Justiça contra a violação do seu **direito-função** (Pontes de Miranda, ob. cit., p. 319; Diógenes Gasparini, ob. cit., p. 61). A sua omissão não pode ter, todavia, o condão de paralisar a eficácia do comando legal, pois isto resultaria, em última instância, na anulação de um Poder pelo outro, constituindo séria lesão ao princípio da harmonia e independência entre os poderes (Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1982, p. 190, n. 498; Inocêncio Mártires Coelho, RDA 125/402).

17. Portanto, decorrido o lapso de tempo estabelecido pelo legislador para a regulamentação da lei, esta será eficaz em tudo que não depender do regulamento (Pontes de Miranda, ob. cit., p. 318; O. A. Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 1969, p. 320; Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1975, p. 100; Carlos Medeiros da Silva, RDA 34/409; Homero Freire, RDA 96/292-293; Inocêncio Mártires Coelho, RDA 125/402; Roque Antônio Carrazza, *O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro*, 1981, p. 112; Diógenes Gasparini, ob. cit., p. 60). Nesse sentido, precisa se afigurar a lição de Hely Lopes Meirelles, *in verbis*: "... quando a própria lei fixa o prazo para sua regulamentação decorrido este sem a publicação do decreto regulamentar, os destinatários da norma legislativa podem invocar utilmente os seus preceitos e auferir todas as vantagens dela decorrentes, desde que possa prescindir do regulamento, porque a omissão do Executivo não tem o condão de invalidar os mandamentos legais" (ob. cit., pp. 100 e 101).

18. O Colendo TFR referendou este entendimento ao decidir que o Dec. lei 367/68 (que dispõe sobre contagem de tempo de serviço de funcionários da União e das autarquias federais), embora tenha imposto prazo de 30 dias para que o Executivo procedesse à regulamentação, outorgou vantagem que poderia ser auferida de imediato, tal a clareza de seus dispositivos (AMS 75.595-PR, DJ de 18.3.75, p. 1592).

19. No caso dos autos, verifica-se que o art. 82 da Lei Complementar 93/74, com a redação dada pela Lei Complementar 205/79, determinou que o Executivo estendesse aos órgãos jurídicos das autarquias, no que fosse pertinente, o sistema de organização de carreira nela previsto; e relativamente aos feitos judiciais, o disposto nos seus arts. 55 e 57, no prazo de 90 (noventa) dias a contar de sua publicação.

20. Vê-se, portanto, que o referido dispositivo contém duas proposições normativas. A primeira outorga ao Executivo a faculdade discricionária de estruturar os órgãos jurídicos das autarquias estaduais, na forma estabelecida na Lei Complementar, desde que respeitadas as peculiaridades dos referidos órgãos. A segunda proposição normativa contém determinação para que o Executivo estenda, por Decreto, aos integrantes dos órgãos jurídicos das autarquias, no prazo de 90 (noventa) dias, as vantagens concernentes à verba honorária, disciplinada nos arts. 55 e 57 da aludida Lei Complementar.

21. Nesse caso, a discricionariedade outorgada pelo legislador é materialmente restrita e temporariamente limitada. Embora o Executivo possa estabelecer regras instrumentais ou procedimentais, para melhor aplicação da lei, não poderá dispor de forma diversa da prescrita na legislação complementar, que dispõe dos elementos necessários à sua execução. Assim, não se verificando a edição do decreto regulamentar no prazo assinado pelo legislador, é lícito aos beneficiários postular os direitos e vantagens assegurados pela lei.

22. Não há dúvida, pois, de que ao negar a aplicabilidade dos dispositivos em apreço com fundamento na ausência de regulamentação, o v. Acórdão do Tribunal a quo atribuiu ao Executivo o poder de paralisar indefinidamente a eficácia de comando legal (CF, art. 6º, parágrafo único), e negou o tratamento isonômico assegurado, nesse particular, pelas aludidas regras (CF, art. 153, § 1º).

23. Ante o exposto, o parecer é pelo provimento do recurso extraordinário.
Brasília, 28 de janeiro de 1985.

criação de cartórios — limites da constituinte estadual *

MICHEL TEMER

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

1. Introdução

A Constituição é uma pauta de valores. As matérias de maior merecimento e de interesse das várias categorias sociais é que compõem a estrutura do Estado em nível nacional. Por isso, os critérios naturais regentes de uma Constituinte são aqueles atinentes à generalidade de suas proposições. O exame da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 revela essa universalidade das teses acolhidas. Estabelece fórmulas governamentais, distribui o poder geográfica (Federação) e organicamente (separação de poderes), arrola e garante direitos mínimos do indivíduo e da coletividade, e dispõe à respeito de atividades públicas e privadas, que digam respeito à ordem econômica e social, lato sensu. Sempre, porém, genericamente. Isto porque, o instante de Assembléia Constituinte é o momento do estabelecimento das grandes teses reguladoras da vida de um povo fixado em dado território. A Constituição, fixa **princípios**. Entenda-se esta expressão: **princípio** é o que principia, inicia, dá começo. Como se fossem as fundações de uma casa. É o que dá sustentação definitiva, permanente àquilo que vai exteriorizar-se: a construção das paredes, teto, telhado etc.

Por mais que a Constituição Federal de 1988 seja esmiuçante em certos temas, não se discute que nela se acham estabelecidas as vigas mestras do sistema jurídico-social implantado pelos constituintes.

Assim, se é verdade que uma Constituinte Nacional não tem limites, podendo dispor sobre todas as matérias, o certo é que a tradição e o bom-senso recomendam a generalidade de seus dispositivos.

A razão está em que o constituinte examina o panorama geral do núcleo social exigente do novo Estado. Depois, o legislador comum, ordinário, examinará as especificidades de cada questão para, só então, editar uma norma especial, particular, específica. Bem por isso, a Constituição Nacional faz centenas de alusões à lei, determinando que o legislador infraconstitucional estude e aprecie acuradamente cada tema nela **principiado** para converter a matéria em regra imperativa.

É essa a função do legislador ordinário: a de empreender longos e meditados estudos, reuniões, incentivando os debates das categorias interessadas no tema para, depois, positivá-lo. A idéia é a de que o legislador comum terá mais tempo que o constituinte para maturar as questões antes de torná-las imperativas. Não fosse assim, as Constituições seriam normas positivas únicas, desnecessitando-se de lei, decretos, portarias etc. Sobre tudo disporia e jamais se careceria de lei comum. É de todo inconveniente, portanto, que o constituinte vá ao pormenor, ao detalhe. Estará, com isto, violando regra básica referente aos trabalhos constituintes: a da generalidade e abstração mais profundas.

2. As Constituintes Estaduais

O Brasil é uma Federação. Por isso, a Constituição Federal cria uma ordem jurídica parcial, chamada União, e outras, regionais, denominadas Estados. Ao criá-los preceitua

* Anotações derivadas de respostas a indagações durante Seminário promovido pelo IDEPE.