

14/06/2000

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 219.934-2 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. OCTAVIO GALLOTTI
RECORRENTE: ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PGE-SP - RENATO KENJI HIGA
RECORRIDO : NILSON BARROS PIRES
ADVOGADOS : FREDDY JULIO MANDELBAUM E OUTROS

EMENTA: Fere o princípio inscrito no art. 37, II, da Constituição Federal, a atribuição, independentemente de concurso público, dos vencimentos de cargo superior que haja desempenhado, por desvio de função, o servidor.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, julgar improcedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 113 da Constituição do Estado de São Paulo e do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias à mesma Constituição, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 14 de junho de 2000.


CARLOS VELLOSO

- PRESIDENTE


OCTAVIO GALLOTTI

- RELATOR



14/06/2000

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 219.934-2 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. OCTAVIO GALLOTTI
RECORRENTE: ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PGE-SP - RENATO KENJI HIGA
RECORRIDO : NILSON BARROS PIRES
ADVOGADOS : FREDDY JULIO MANDELBAUM E OUTROS

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI: Trata-se de ação ordinária promovida por Exator da Secretaria da Fazenda, que, tendo exercido por dezesseis anos as funções do cargo de Agente Fiscal, pleiteou a incorporação, a seus proventos, da correspondente diferença de remuneração, a partir de 5 de outubro de 1989, data da promulgação da Constituição do Estado de São Paulo, cujo art. 133 dispõe:

"Art. 133 - O servidor, com mais de cinco anos de efetivo exercício, que tenha exercido ou venha a exercer, a qualquer título, cargo ou função que lhe proporcione remuneração superior à de cargo de que seja titular, ou função para que for admitido, incorporará um décimo dessa diferença por ano, até o limite de dez décimos." *Le GalloTTi.*

A esse dispositivo, acrescentou o art. 19 do ADCT paulista:

"Art. 19 - Para os efeitos do disposto no art. 133, é assegurado ao servidor o cômputo do tempo de exercício anterior à data da promulgação desta Constituição."

Foi a demanda julgada procedente e confirmada a sentença, por meio de acórdão de que destaco o tópico essencial:

"É certo, como doutrinariamente se tem entendido, com respaldo na jurisprudência, o exercício de função de remuneração superior tem caráter precário e natureza temporária, tendo o exercente direito à gratificação "pro labore faciendo" e "propter labore", que não se incorpora automaticamente aos vencimentos e duram tão somente enquanto a prestação ocorrer.

É o que preleciona Hely Lopes Meirelles ("Direito Administrativo Brasileiro", Ed. RT, 14ª ed, p. 409):

"Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o funcionário está prestando o serviço que as ensejam, porque são

retribuições pecuniárias "pro labore faciendo" e "propter laborem". Cessado o trabalho que lhes dá causa, ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que a justificam, extingue-se a razão de seu pagamento. Daí porque não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade ou na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determine, por liberalidade do legislador". (g.n.)

Ora, é exatamente essa ressalva feita pelo renomado administrativista, que afasta o que se disse, é que é o objeto da ação, a existência da lei, não cabendo, aqui, discutir-se sobre a liberalidade do legislador constituinte." (fls. 109)

Embargos declaratórios foram apresentados pelo Estado (fls. 115/20), reagitando o art. 37, I e II, da Constituição Federal, que haviam sido objeto das razões de apelação (fls. 92). Por falta de omissão a sanar, rejeitou-os, porém, o Tribunal (fls. 125/9). *Lezalatti*.

Além de buscar apoio na Súmula n° 339, sustenta, em suma, o recorrente:

"Irrelevante discutir se o autor exercia as funções de Exator, Agente Fiscal de Rendas ou Técnico de Apoio. Suponhamos hipoteticamente que o autor tenha exercido essas funções. Tal constatação é desprovida de real significância, pois em tese praticou atos que não tinha competência. O regime estatutário do Direito Administrativo não pode ser equiparado ao Direito do Trabalho. Se o autor era titular do cargo de exator e praticou atos administrativos que escapavam à sua alçada, isso não implica afirmar que não foi exator. Houve, a rigor, a prática de atos administrativos e materiais, por quem não tinha competência para realizá-los.

Não há previsão legal que autorize a transformação de cargos. Logo, o princípio do concurso público insculpido no artigo 37, I e II, da Constituição Federal, estará sendo violado. É sabido que o concurso público para o cargo de Exator não exige requisitos especiais, entre os quais ter nível universitário. A situação do autor, na hipótese de ser julgada procedente a ação, implicará uma melhoria de suas situações

Levyallotti.

funcionais, que somente seria possível mediante a realização de um concurso público mais difícil." (fls. 135/6)

Indeferido o apelo por falta de prequestionamento (fls. 145/7), subiram os autos em virtude do provimento do Agravo nº 199.607, havendo se manifestado, às fls. 178, a douta Procuradoria Geral da República:

" Trata-se de recurso extraordinário em que o tema constitucional que o fundamenta não foi objeto de cogitação no ven. acórdão recorrido, incidindo, assim, as Súmulas 282 e 356 desse Colendo Supremo Tribunal Federal.

Assim, opina o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL pelo não conhecimento do recurso." (fls. 178)

É o relatório. *Magalhães*.

V O T O

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI - (Relator): O prequestionamento do tema referente ao art. 37, II, foi eficazmente promovido por meio de embargos declaratórios, correspondentes a uma efetiva omissão, porquanto fomentado, nas razões de apelação esse aspecto, aliás fundamental, da controvérsia (Súmula 386).

Ora, tem sido rigorosa, nesse particular, a jurisprudência do Supremo Tribunal, no fazer valer a prescrição do concurso público, em todas as hipóteses de provimento derivado, desde quando superada, pelo art. 37, II, da Constituição de 1988, a flexibilidade da Carta anterior (art. 97, § 1º), que restringia a exigência à primeira investidura em cargo público.

Tem sido, por isso, recusada a validade dos provimentos por transformação de cargos, transposição, ascensão funcional ou outras denominações que se lhes queira dar, de modo a contornar a observância do princípio constitucional. Veja-se, para exemplificar, a ementa do acórdão da Primeira Turma no Recurso Extraordinário nº 157.358, de que foi relator o eminente Ministro MOREIRA ALVES:

*"Transformação de cargo de datilógrafo em técnico de planejamento, por desvio de função. Alegação de direito adquirido contra a Constituição. *See Galotti*"*

- Esta Corte, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 245, firmou o entendimento de que, em face da atual Constituição, não mais se admitem, dada a necessidade de concurso público para as diferentes formas de provimento derivado de cargo que não decorrente de promoção, institutos como, entre outros, o da ascensão funcional e o da transformação de cargos.

- Não há direito adquirido contra a Constituição.

Recurso extraordinário conhecido e provido."

(DJ de 27-8-93)

Mais especificamente decidiu a Segunda Turma, na hipótese – que é a do autor – de desvio de função:

"DESVIO DE FUNÇÃO - ENQUADRAMENTO. O fato de ocorrer o desvio de função não autoriza o enquadramento do servidor público em cargo diverso daquele em que foi inicialmente investido, mormente quando não estão compreendidos em uma mesma carreira. O deferimento do pedido formulado, passando o servidor de Motorista Diarista a Detetive de Terceira Classe sem o concurso público, vulnera o inciso II do artigo 37 da Constituição.

Federal de 1988." (RE 165.128, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15-3-96).

A situação concreta em exame não se traduz formalmente - é certo - na investidura em novo cargo, mas significa o reconhecimento de atributo essencial e ele inerente, qual seja o da sua remuneração.

Permitir a sua percepção, apenas por não se fazer acompanhar de mudança na denominação do cargo, seria, segundo penso, esvaziar o mandamento do art. 37, II, da Constituição, comprometendo-lhe, desenganadamente, a substância.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento para julgar improcedente a ação, condenando o autor ao pagamento das custas e honorários de advogado, estes no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Declara-se, em consequência, a inconstitucionalidade do art. 133 da Constituição do Estado de São Paulo e do art. 19 do respectivo ADCT. *Levy Celletti*

14/06/2000

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 219.934-2 SÃO PAULO

PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou a sentença do Juízo e, ao fazê-lo, teve presente norma da Constituição do Estado de São Paulo que revela, em si, o que, de forma linear, denomina-se estabilidade financeira: uma espécie de integração de décimos à remuneração do servidor. O preceito tem o seguinte teor:

Art. 133 - O servidor, com mais de cinco anos de efetivo exercício, que tenha exercido ou venha a exercer, a qualquer título, cargo ou função que lhe proporcione remuneração superior à do cargo de que seja titular, ou função para a qual foi admitido, incorporará - e aqui temos uma situação concreta a versar sobre servidor aposentado - um décimo dessa diferença, por ano, até o limite de dez décimos.

Pressuposto da norma local de estatura maior, é certo, porque inserida na Carta do Estado de São Paulo, é o exercício de uma função, de ocupação de um cargo e a percepção, nesse período, de uma quantia remuneratória - dado o caráter sinalagmático, comutativo da relação jurídica - superior à quantia do cargo efetivo a que teve acesso o servidor mediante concurso público.

RE 219.934-2 SP

Inegavelmente é uma maneira de chegar-se à estabilidade financeira, evitando-se que o retorno ao cargo primitivo pelo servidor implique, além da diminuição do "status" funcional, também uma diminuição remuneratória. E aí o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo remeteu ao artigo 19 do Ato das Disposições Transitórias da Carta de São Paulo:

Art. 19. Para os efeitos do disposto no art. 133, é assegurado ao servidor o cômputo de tempo de exercício anterior à data da promulgação desta Constituição.

Nada se disse sobre a época da aposentadoria e, portanto, não se adotou entendimento sobre a exigibilidade, ou não, de um concurso público, não para se lograr a efetividade no cargo, mas para ter-se o que denominei, aqui, como estabilidade remuneratória. Que fez o zeloso Procurador do Estado de São Paulo? Protocolizou embargos declaratórios, aludindo à problemática do concurso público e, ainda, ao fato de que a aposentadoria do recorrido ocorrera em data anterior à norma evocada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para confirmar - esse dado é importante - a sentença do Juízo. E aí, lançou o nobre Relator: voto nº 1.952 - se isso revelar um voto padrão, é grande o número de decisões padronizadas! Não obstante, veio aos autos - parafraseando o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - um acórdão que poderia ser utilizado em qualquer processo

RE 219.934-2 SP

e que, ao primeiro exame, levando em conta até as transcrições, parece ser um voto transformado pelo Colegiado em acórdão padronizado. Nada se deliberou no tocante à inexistência do concurso público para alcançar-se a estabilidade remuneratória. Não se examinou a controvérsia considerada a data em que aposentado o servidor, se anterior ou posterior ao texto que acabou sendo adotado para beneficiá-lo.

Sabemos que dois vícios podem macular uma decisão *lato sensu*: o de procedimento e o de julgamento. Com o primeiro, quando olvidado um dispositivo instrumental, claudica-se na arte de proceder; no segundo, erra-se na aplicação de um preceito material, envolvendo a interpretação de uma norma substancial. O que incumbia ao Estado de São Paulo veicular nas razões do extraordinário? O vício de julgamento, transferindo ao Supremo Tribunal Federal a apreciação dos embargos declaratórios que não foram julgados quanto à matéria de fundo? A resposta é desenganadamente negativa. Deveria ter argüido o defeito de procedimento, articulando a deficiência na entrega da prestação jurisdicional, a nulidade, no que não examinada uma certa matéria de defesa. E não o fez. O que é o prequestionamento? Qual a sua razão de ser? Como fica configurado? Por ato da parte? Não, concretiza-se mediante o debate e a decisão prévios do tema jurígeno versado nas razões do extraordinário. Tem

RE 219.934-2 SP

uma razão de ser que está na existência, no tocante ao recurso interposto, de um pressuposto de recorribilidade específico; está na necessidade de proceder-se a cotejo para dizer-se enquadrado, ou não, o extraordinário em uma das alíneas do inciso III do artigo 102 do que assentado pela Corte de origem - e aqui, em se tratando do concurso público e, também, da época da aposentadoria, nada foi discutido - à luz do dispositivo constitucional que se aponta como vulnerado.

Senhor Presidente, a matéria - sedutora é certo -, veiculada nas razões do extraordinário, não consta, como decidida, do acórdão proferido. Não se pronunciou o Colegiado relativamente à defesa apresentada.

Este recurso extraordinário - e, diria o Ministro Francisco Rezek, "não podemos baratear o recurso extraordinário" - visa a uma única coisa: transferir a esta Corte o julgamento dos declaratórios que, repito, não foram apreciados como deveriam ter sido, consignando a Corte de origem a inexistência do concurso público e a irrelevância da segunda matéria de defesa, que é a ligada à época da aposentadoria.

Senhor Presidente, não conheço do extraordinário, que padece da ausência do indispensável prequestionamento. Se eu pudesse ultrapassar esse óbice, aduziria que aqui, no que se reconheceu o

RE 219.934-2 SP

direito à repercussão do que percebido em atividade nos proventos da aposentadoria, não houve transgressão ao artigo 37 da Carta da República. E diria mesmo que o preceito da Carta do Estado de São Paulo é razoável, porquanto faz justiça a quem prestou serviços de maior valor ao Estado e auferiu, durante um longo período, uma remuneração superior, tendo, destarte, o direito de ver essa remuneração superior repercutir nos cálculos da aposentadoria. O exercício de um direito, como é o de aposentar-se, não pode implicar prejuízo, diminuição do patamar remuneratório.

Peço vênia ao nobre Relator para não conhecer do extraordinário.

14/06/2000

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 219.934-2 SÃO PAULO

À revisão de aparte Sr. Ministro Marco Aurélio

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 219934

VOTO S/PRELIMINAR

O SR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI (RELATOR) - Sr. Presidente, o que fez o Estado de São Paulo foi observar a Súmula 356, ou seja, suscitou o Estado, nas razões de apelação, a questão da exigência do concurso público. Houve uma omissão efetiva do acórdão, que não examinou esta questão, e prequestionou embargos de declaração. Isso é o que está na Súmula 356, e nunca aquele procedimento de que, ao invés de interpor o recurso extraordinário, tenha que alegar a anulação do acórdão recorrido para voltar a matéria constitucional ao exame do Tribunal.

Há um voto do Ministro Sepúlveda Pertence que explica muito bem essa questão: a Súmula 356 instituiu esses embargos declaratórios, chamados de prequestionamento, no pressuposto de que a parte deve fazer o que está a seu alcance para levar a questão

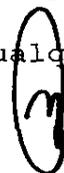


RE 219.934-2 SP

constitucional ao Tribunal de origem, mas não pode obrigar os desembargadores a fazê-lo.

Quanto ao mais, o eminente Ministro Marco Aurélio bem chamou esse caso como sendo de estabilidade financeira, e realmente assim pode ser tachado. Não é, porém, aquela estabilidade financeira usual, que decorre da situação perfeitamente regular de um funcionário efetivo exercer um cargo em comissão e dar-se a estabilidade financeira em virtude dessa razão regular. Mas, no caso, trata-se de um funcionário efetivo, desviado de função para o exercício de outro cargo efetivo mais elevado e, incorporados os vencimentos desse segundo cargo, concedeu-se a ele não nominalmente um outro cargo, mas aquilo que constitui um dos mais importantes atributos da conceituação de um cargo público, que são os vencimentos recebidos.

Admito que S. Exa., o Sr. Ministro Marco Aurélio, esteja condoído com a sorte do funcionário. Também levei em conta, Sr. Presidente, esse precedente, que é o primeiro de que tomei conhecimento na minha longa carreira de serviço público, em que um desvio de função não apenas é tolerado como uma condição transitória para aplicação de um novo plano, sempre acompanhado da norma que proíbe novos desvios, mas não, ele é institucionalizado pela Constituição do Estado de São Paulo e torna possível a qualquer



chefe de repartição desviar, por um ato interno, um funcionário público, passando a incorporar, a cada ano, um décimo daquele vencimento, enquanto o Supremo Tribunal Federal considera que um funcionário que exerça um cargo menor - em se tratando de uma carreira correlata, como vimos hoje em julgamento recente -, nem mesmo fazendo um concurso interno de ascensão, possa ascender este cargo. E com toda facilidade, perante uma situação irregular, a do desvio de função, não poderá ascender a um cargo de igual denominação, mas poderá ter aquilo que justificadamente aspiram as pessoas que se candidatam às ascensões funcionais, que é o vencimento do cargo exercido sem concurso:

Por isso, com a devida vênia de S. Exa., mantenho a minha proposta de conhecimento do recurso, provimento e declaração de inconstitucionalidade do dispositivo em causa, da Constituição do Estado de São Paulo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, duas observações apenas. A primeira diz respeito ao prequestionamento. Não há a menor dúvida que não se tem entendimento explícito sobre a exigibilidade, ou não, do concurso público, nem acerca da época e repercussão em que se aposentou o servidor. Não posso consentir em que o prequestionamento é um aspecto simplesmente formal; que basta ao jurisdicionado interpor embargos declaratórios para que se afirme

prequestionado o tema. E diria mais: numa hipótese, como salientado pelo Relator, de violência à Constituição Federal, se tivesse - não é a minha óptica - de presumir alguma coisa em relação a órgão investido do ofício judicante, presumiria o que normalmente ocorre, ou seja, o acerto da decisão. Todavia, de qualquer forma, o conhecimento do extraordinário não pode ficar ao sabor da capacidade intuitiva dos que integram o órgão competente para julgá-lo.

O segundo aspecto - e já vou me alongando mais do que pretendia nesta fala - está ligado à decisão. Não se efetivou o servidor no cargo que ocupara por mais de dez anos, prestando serviços à Administração Pública. Apenas reconheceu-se, para efeito de aposentadoria, o que ele realmente percebia em atividade. Daí haver consignado que, se ultrapassasse a barreira da ausência do prequestionamento, não caminharía no sentido da transgressão ao artigo 37 em comento. Para alcançar-se a estabilidade financeira, a repercussão do que percebido em atividade, nos proventos da aposentadoria, não é necessário o concurso público, pelo que, até aqui, tenho compreendido.



14/06/2000

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 219.934-2 SÃO PAULO

V O T O

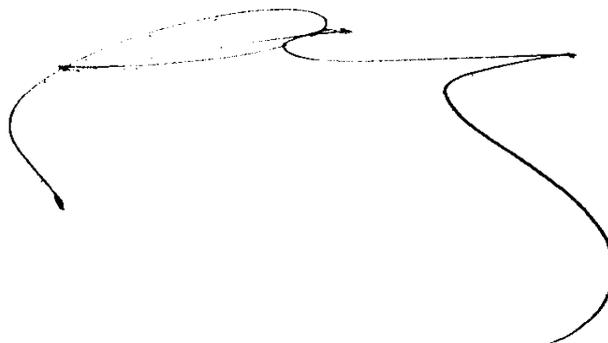
O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Sr. Presidente, pelo que apreendi do voto do Ministro-Relator, a questão constitucional foi suscitada nas razões de apelação e, posteriormente, foram opostos embargos de declaração.

Tenho em mão um precedente, que me parece ajustar-se à hipótese, do Ministro Moreira Alves, resultante do julgamento do Agravo 258.802, de 30 de maio deste ano. A ementa é a seguinte:

"Ainda que a matéria a ser suscitada no recurso extraordinário tenha surgido implicitamente no julgamento da apelação, faz-se necessária a oposição de embargos declaratórios para afastar a incidência do verbete 356 da Súmula."

A contrario sensu, é o caso dos autos.

Quanto ao mérito, também acompanho o Ministro-Relator, data vênua do Ministro Marco Aurélio.



14/06/2000

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 219.934-2 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: – Sr. Presidente, a questão do prequestionamento mediante embargos de declaração vem dividindo a doutrina e, já agora, a jurisprudência.

A opinião expendida pelo eminente Ministro Marco Aurélio é hoje jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça, que a consagrou na Súmula 211/STJ (“*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo*”). E, na doutrina, a mesma tese veio a receber a defesa vigorosa de excelente monografia de um jurista do Paraná (J. M. Garcia Medina, **O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial**, 2ª ed. RT, 1999, p. 290).

Analisei a questão a partir de acórdão da Segunda Turma, da lavra do Ministro Marco Aurélio, que consagrava o entendimento agora reiterado por S. Exa: mantive-me, no entanto, fiel aos precedentes que embasaram a Súmula 356 conforme consignei na ementa do RE 210.638, julgado em 14 de abril de 1998, publicado no DJ de 19/06/98:

“**EMENTA:** I. RE: prequestionamento: Súmula 356.

O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela.”

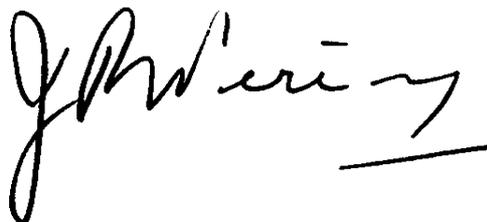


Noto que, na egrégia Segunda Turma, que chegou a perfilhar a tese do Ministro Marco Aurélio, no entanto, no RE 208.639, após voto vista do Ministro Nelson Jobim, transcrito no informativo 157, a maioria também se alinhou ao mesmo entendimento da Primeira, de estrita fidelidade à Súmula. É oportuno, assim, que o Plenário esteja, neste julgamento, a reafirmar a doutrina da Súmula 356.

No mérito, a minha dificuldade, para acompanhar o eminente Ministro-Relator, é estarmos em recurso extraordinário e, portanto, restritos à norma constitucional do art. 37, II: convenci-me de que, efetivamente, não se tem no caso situação assimilável ao provimento de um cargo público, tanto assim que a vantagem discutida recai unicamente sobre os proventos de aposentadoria...

Por isso, conheço do recurso porque nele se versa inconstitucionalidade de norma estadual em face da Constituição Federal, mas peço vênias ao eminente Ministro-Relator para negar-lhe provimento.

CR/



14/06/2000

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 219.934-2 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA: - Sr. Presidente. Quanto ao problema do prequestionamento, tenho considerado, nessas hipóteses, um duplo aspecto: se a parte, - na apelação, deduziu a questão constitucional e o acórdão não a apreciou, interpondo a parte os embargos de declaração para ver, efetivamente, examinado o ponto pela Corte de recurso, - não pode ser prejudicada.

O Tribunal *ad quem*, no caso o Supremo Tribunal Federal, tem duas posturas: ou se considera, desde logo, correto o prequestionamento, em face da Súmula 356, ou se, no recurso extraordinário, a parte alegou negativa de prestação jurisdicional e a Corte *a quo* insistiu em não conhecer da matéria, ela pode invocar ofensa ao inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição. Então, o Tribunal pode anular o acórdão e determinar que outra decisão se profira nos embargos de declaração, apreciando explicitamente aquela questão. Se o recurso extraordinário vem com invocação de ofensa ao inciso XXXV do art. 5º, o Tribunal pode dar essa solução.

Lembro-me de precedente do Tribunal Superior do Trabalho. Tenho a impressão de que o Relator foi o Sr. Ministro Marco Aurélio. Anulou-se o acórdão, entendendo que houvera negativa de prestação jurisdicional, mas, no caso, existia alegação de ofensa ao inciso XXXV, do art. 5º, da Lei Maior, isto é, o Tribunal teria negado a

J. Néri

prestação jurisdicional. Tendo a parte insistido nos embargos, o Tribunal a eles não respondeu, e a parte trouxe a esta Corte a questão constitucional da negativa de prestação jurisdicional.

Se a quaestio juris ficou posta de uma maneira não bem explícita no julgamento dos embargos de declaração, penso que a parte cumpriu o que lhe incumbia, isto é, prequestionou devidamente a questão constitucional, que já pusera na apelação, e pode o Supremo Tribunal Federal, desde logo, conhecer do tema. Parece que, no caso concreto, é o que sucede.

Conheço, assim, do recurso extraordinário, seguindo, no ponto, o voto do Sr. Ministro-Relator, com a devida venia do Sr. Ministro Marco Aurélio.

No mérito, acompanho também o ilustre Ministro Octavio Gallotti, Relator.

Penso que o desvio de função dentro de nosso sistema, em nenhuma hipótese, qualquer seja o tempo de exercício de função em desvio, não leva à efetividade naquela função em que, assim, se exercem as atividades, eis que o desvio de função é vedado, inclusive, pela lei. Se, porventura, alguém ficou nessa situação, nem com isso adquiriu título à efetividade na função. Dessa maneira, as conseqüências de tal exercício não se podem tornar definitivas. No caso, a vantagem percebida em virtude do exercício dessa função, mas por forma de desvio funcional, realmente não se incorpora ao padrão remuneratório do servidor, ao ensejo da aposentadoria.

Desse modo, conheço do recurso e lhe dou provimento.

J. Néri

14/06/2000

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 219.934-2 SÃO PAULOV O T O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Presidente) - Peço licença ao Sr. Ministro Marco Aurélio para considerar prequestionada a questão constitucional. Durante muito tempo sustentei a tese no sentido de que seriam desnecessários os embargos de declaração se a questão constitucional tivesse sido posta na apelação ou nas contrarrazões à apelação. Seria caso, aí, do prequestionamento implícito. Todavia, rendi-me à jurisprudência do Tribunal que não admite esse tipo de prequestionamento. Rendi-me à jurisprudência da Corte, mas passei a considerar suficiente a interposição dos embargos de declaração. Interpostos os embargos de declaração, continuando omissa o tribunal **a quo**, a simples interposição desses embargos supriria o prequestionamento. Posteriormente, o voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, no ponto, bastante esclarecedor, confortou-me sobremaneira.

Assim, peço licença ao Sr. Ministro Marco Aurélio para entender prequestionada a questão constitucional e, no ponto, acompanhar o Sr. Ministro-Relator. *moises*

No mérito, entretanto, o argumento posto pelo Sr. Ministro Sepúlveda Pertence parece-me relevante. Não há, no caso, o provimento de cargo. Assim não seria possível, segundo penso, na linha dos votos divergentes, considerar violado o art. 37 da Constituição. Acompanho no ponto a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Marco Aurélio.

Não conheço do recurso

MU MU

14/06/2000

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 219.934-2 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, não chego ao mérito, porque o recurso veio interposto pela alínea "a". Para dizer da adequação do recurso pela alínea "a", ou seja, entendendo que a decisão da Corte de origem vulnerou o texto da Constituição Federal, terei de provê-lo. Então, por isso é que não conheço do recurso. Na questão do conhecimento, pela única alínea evocada na petição de encaminhamento ao recurso, consigno que a decisão atacada é harmônica com a Constituição Federal, que não transgride o artigo 37. Destarte, concluo não conhecendo do recurso.

Vamos inovar, porque estou cansado de ouvir, aqui, neste Plenário, indagação sobre os parâmetros da interposição do recurso - se pelas alíneas "a" e "b". No caso, repito, não se cogitou da alínea "b". Não cabe suplementar a atuação da parte recorrente. Não posso assentar que, onde está redigido que o recurso é interposto pela alínea "a", leia-se que o foi pela alínea "b".



14/06/2000

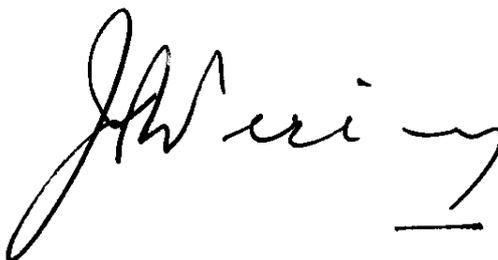
TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 219.934-2 SÃO PAULOV O T O

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: - Sr. Presidente, mantenho o meu voto, porque quero marcar a minha posição. Acho que uma Corte Constitucional que, por causa dessa exigência regimental típica do velho processo formulário deixa de declarar inconstitucional uma lei que se argüiu inconstitucional, porque não se explicitou, na interposição do RE, a alínea do art. 102, III, que o permitiria é **data vênia**, excesso de formalismo, quando a fundamentação do recurso permite claramente identificar a hipótese constitucional do seu cabimento.

CR/



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 219.934-2

PROCED. : SÃO PAULO
RELATOR : MIN. OCTAVIO GALLOTTI
RECTE. : ESTADO DE SÃO PAULO
ADV. : PGE-SP - RENATO KENJI HIGA
RECDO. : NILSON BARROS PIRES
ADVDS. : FREDDY JULIO MANDELBAUM E OUTROS

Decisão: A Turma decidiu remeter o presente recurso extraordinário a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. 1ª. Turma, 08.06.99.

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, conheceu do recurso no que toca ao prequestionamento. Votou o Presidente. Prossequindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário, julgou improcedente a ação e declarou a inconstitucionalidade do art. 133 da Constituição do Estado de São Paulo e do art. 19 do Ato das Disposições Transitórias à mesma Constituição, nos termos do voto do Senhor Ministro-Relator, vencidos, nesta parte, os Senhores Ministros Marco Aurélio e o Presidente (Ministro Carlos Velloso), que não conheciam do recurso e o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, que dele conhecia mas lhe negava provimento. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Moreira Alves e Nelson Jobim. Plenário, 14.6.2000.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Maurício Corrêa.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.


Luiz Tomimatsu
Coordenador