FUNCIONÁRIO PÚBLICO — CONCURSO — SEXO

— A lei pode deferir, ao regulamento, a discriminação de sexos, com exclusão das mulheres, para efeito de provimento de cargos públicos.

— Interpretação do art. 184 da Constituição.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Estado de São Paulo *versus* Norma Ferreira Machado e outras

Recurso extraordinário n.º 47.630 — Relator: Sr. Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Recurso Extraordinário (Matéria Constitucional) nº 47.630, de São Paulo, sendo recorrente Fazenda do Estado de São Paulo e recorridas Norma Ferreira Machado e outras.

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plena, rejeitar a argüição de inconstitucionalidade, por maioria de votos, *ut* notas taquigráficas anexas.

Brasília, 10 de julho de 1963. — *Luís Gallotti*, Presidente. — *Pedro Chaves*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Senhor Presidente, a questão diz respeito à distinção entre sexos, para exercício de função pública.

O Relatório que fiz na Primeira Turma, foi o seguinte:

"Senhor Presidente. Trata-se, no presente recurso, da questão de saber se as instruções do concurso podem dêste excluir candidatos do sexo feminino.

No caso, para o concurso de fiscal de renda, as instruções não permitiram a inscrição de mulheres, dando ensejo ao presente mandado de segurança concedido pelo douto José Lourenço Dias Figueiredo, em sentença confirmada pelo ilustre Tribunal de Alçada de São Paulo. Sòmente a lei, não as instruções embora baixadas por determinação da lei, decidiu o Tribunal, em lúcido acórdão, pode fazer a exclusão.

Daí o presente recurso da Fazenda do Estado, que, embora fundado em parecer do Professor Washington de Barros Monteiro, não mereceu nesta Superior Instância, parecer favorável da Procuradoria-Geral da República. Veja-se o parecer:

"A matéria dêste recurso é de indiscutível relêvo. Aos baixar instruções para o concurso de provas destinado ao preenchimento de vagas na carreira de Auxiliar Fiscal de Rendas, o Departamento Estadual de Administração de São Paulo exigiu que os candidatos fôssem do sexo masculino.

As recorridas insurgiram-se contra a discriminação, impetrando mandado de segurança, que foi concedido em primeira instância (fls. 39) e confirmado pelo Tribunal de Alçada (fls. 73).

Ambas as decisões estão amplamente fundamentadas, entendendo que tais instruções ferem o art. 184 da Constituição, que torna acessíveis os cargos públicos e todos os brasileiros, observados os requisitos que a *lei* estabelecer.

Em razões de fôlego, coadjuvadas por um parecer do Prof. Washington de Barros Monteiro (fls. 75, 86 e petição junta por linha), a Procuradoria Administrativa do Estado de São Paulo, interpôs recurso extraordinário, com fundamento na letra *a* do art. 101, nº III, da Constituição.

O ilustre Presidente do Tribunal de Alçada, em longo despacho, admitiu o apêlo, por se configurar na hipótese questão federal relevante (fls. 83).

Em que pêse o brilho da atuação dos dignos procuradores da recorrente e o parecer aduando aos autos, parece-nos que a decisão recorrida deu ao art. 184 da Constituição interpretação justa e adequada.

A Lei estadual nº 5.017, de 16 de dezembro de 1958, resultando a expedição de instruções especiais para cada concurso de provimento de cargos públicos, estabeleceu, em seu art. 5º, nº I, a previsão de condições especiais, em cada caso, tais como grau de instrução, diploma ou experiência de trabalho, capacidade física, limites de idade e sexo.

É certo, também, que o Decreto Estadual nº 35.082, de 16-6-1959, no art. 48, autorizou o Departamento Estadual de Administração a expedir instruções especiais para cada concurso.

O acórdão recorrido situou muito bem o problema, invocando a autoridade de Pontes de Miranda. Só a lei pode estabelecer requisitos para o acesso a cargos públicos.

"Se algo se deixa à regulamentação, que devesse ser lei, há delegação legislativa", (*Comentários à Constituição de 1946*. 5/221, 2ª ed. 1953).

Já a Carta do Império, de 1824, no art. 179, nº XIV, prescrevia:

"Todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a dos seus talentos e virtudes".

Se todos são iguais perante a lei (art. 141, § 1º, da Constituição), não há porque discriminar por motivo de sexo. A alegação de que o cargo de Auxiliar de Fiscal de Rendas não deve ser ocupado por mulher pelas condições do próprio trabalho, em funções de fiscalização, nas estradas de rodagem, não nos parece procedente.

É uma razão puramente subjetiva e não está contida *em lei* a proibição. Ademais, é preciso considerar o momento atual do mundo e de nosso país, em que a mulher disputa com o homem tôdas as posições, reclamando direitos iguais, inclusive para trabalhos que então lhe eram vedados por fôrça de preconceitos seculares.

"Carlos Cereti, citado por Alcino Pinto Falcão, observa que

"a tendência atual democrática é transformar a igualdade política em igualdade concreta, social, que procura positivamente a paridade dos cidadãos, por exemplo no acesso ao estudo, às carreiras, etc". (Const. anotada, vol. III, pág. 64).

Como se vê, a decisão recorrida não foi contrária a dispositivo da Constituição. Ao invés disso, o V. Acórdão do Tribunal de Alçada interpretou o art. 184 da Carta Magna de Modo incensurável. O extraordinário só é cabível quando há violação flagrante do texto constitucional ou de lei federal.

A lei poderia criar restrições ou limitações, ou condições para o acesso a cargo público. Mas nem podia delegar para tanto a quaisquer autoridade, nem estas têm a faculdade de criar restrições através de regulamentos ou instruções.

A petição inicial (não contestada nesse ponto) informa que o cargo de fiscal de Rendas é "já ocupado por elemen-

tos do sexo feminino" (fls. 3). Portanto, a discriminação feita agora, para as novas pretendentes, torna-se ainda mais inaceitável. Pelo exposto, parece-nos que a decisão recorrida não ofendeu a Constituição como se pretende. O recurso extraordinário é, pois, incabível, razão pela qual opinamos para que dêle não se conheça e caso conhecido, se lhe negue provimento.

Brasília, D. F., 8 de novembro de 1961. (as.) Evandro Lins e Silva, Procurador-Geral da República".

O voto que então proferi, foi êste:

"A Constituição de 1946, estabelece, como o fêz a de 1891, que "os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer".

A Constituição de 1934 dizia: "os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer".

A Constituição de 1934 dizia: "os cargos públicos são cessíveis a todos os brasileiros, *sem distinção de sexo ou estado civil*, observadas as condições que a lei estatuir" (art. 168).

A Carta Constitucional de 1937 omitiu as expressões "sem distinção de sexo ou estado civil", dispondo que seriam respeitados os requisitos que fôssem prescritos pela lei *ou os regulamentos* — "Observadas as condições de capacidade prescritas nas leis e regulamentos".

Da transcrição dêsses dispositivos das várias Cartas Políticas republicanas, deflui a interpretação que devemos seguir. Sòmente a lei, as leis dministrativas da União, dos Estados ou dos Municípios podem estabelecer a vedação da mulher solteira ou casada o exercício de determinados cargos públicos. Não os regulamentos do concurso.

O legislador constituinte de 1946 se apartou, deliberamente, do modêlo de 1934, que seguia a Constituição de Weimar (art. 128), da Espanha (art. 40), da Tcheco-Eslováquia (art. 10 nº 1) da Dantizig (art. 73, da Estonia (art. 6º).

Nem deixou aos regulamentos a fixação de requisitos, conforme a Carta de 1937. Sòmente a lei, com efeito, pode estabelecer a restrição.

Pontes de Miranda entendeu, invocando o princípio constitucional de igualdade perante as leis, do livre exercício de qualquer profissão e o postulado da igualdade de aptidão, expressa-se no sentido de que "a lei não pode exigir côr, nem sexo. A mulher sòmente não pode exigir entrada nos corpos militares, como soldado, e sòmente não lho pode exigir a lei, porque o art. 181, § 1º, a isentou não a imunizou; nem a isentou de outros cargos da defesa nacional" (*Comentários à Constituição de 1946*, vol. V, 2ª ed., pág. 221, com. ao art. 184).

Themistocles Cavalcanti entende o contrário, isto é, que podem as leis proibir a inscrição de mulheres: "Não devem ser vedadas, porém, as (discriminações) que sejam necessárias ao bom desempenho do cargo, inclusive as exigências físicas ou de sexo, mas adequados ao exercício da função. Essas restrições, conclui, não contrariam as garantias constitucionais porque nelas se acham implícitas, no final do artigo comentado" (*A Constituição Federal Comentada*, vol. IV, 2ª ed., com ao art. 184, pág. 131).

Nos Estados Unidos, onde o princípio da igualdade desfruta do maior prestígio, a lei ordinária tem limitado o acesso de mulheres aos cargos públicos conforme esta informação de Mosker Kings-Lay recolhida pelo saudoso Alaim de Almeida Carneiro:

"The elimination of sex barriers to recruitment has givem rise to a lengtly struggle and one not vet concluded. In general, however, there are anow to

legal provision restricting the public services in America to males" (Public Personnel Administration, pág. 124).

E Andrew, do mesmo modo:

"As to progression which are the proper subject of license and regulation, it cannot be said that a law which excludes women from their exercise in necessarily void (James de W. Andrews, *A Treatise of the Jurisprudence Constitution an Law of the United States*, pag. 626).

Em nosso país, parece que pode a legislação ordinária federal, estadual ou municipal estabelecer a vedação, mas, uma legislação controlada, para prevalência, do princípio constitucional da igualdade de aptidão. O Poder Judiciário, com efeito, pode declarar a inconstitucionalidade da lei que estabeleça, sem qualquer fundamento na realidade dos fatos, a proibição da inscrição da mulher solteira ou casada em concursos. Ou mesmo de candidatos do sexo masculino (ver mandado de segurança nº 9.963, em que a Banca Examinadora do Concurso excluiu do concurso de Parteira candidato do sexo masculino). Mas, fiquemos dentro da espécie. No caso, não foi a lei, mas, as instruções do concurso baixadas por autorização legislativa, dada de um modo geral, é que fêz a exclusão de candidato do sexo feminino. O Tribunal, entendendo que a proibição não decorreu da lei, concedeu a segurança.

A meu ver concedeu com acêrto, sem violar a lei, nem se pôr em divergência com qualquer julgado.

Pelo exposto, e tendo em consideração o douto parecer do eminente Dr. Procurador-Geral da República, não conheço do recurso".

"O eminente Senhor Ministro Pedro Chaves pediu vista dos autos e trouxe voto em sentido contrário, que vou ler ao Tribunal:

"O Departamento Estadual de Administração, de São Paulo, ao baixar instruções para o concurso de ingresso na carreira de Auxiliar de Fiscal de Renda, sentindo-se autorizado pela Lei nº 5.017 de 16 de dezembro de 1958 e pelo Regulamento constante do Dec. nº 35.092 de 16 de junho de 1959, excluiu da admissão os candidatos do sexo feminino.

Algumas pretendentes não se conformaram com a limitação, pediram e obtiveram mandato de segurança, por sentença de primeira instância, mantida e confirmada por acórdão da Colenda Quarta Câmara Cível do Tribunal de Alçada e maioria de votos.

Inconformada manifestou a Fazenda do Estado êste recurso extraordinário, fundado na letra *a* do art. 101, III da Constituição federal e admitido pelo ilustre despacho de fls. 83.

A sentença de primeira instância, ao par de bem feitas considerações litero-sociológicas sôbre o papel da mulher na vida moderna, contém seu fundamento jurídico. Sustentou o magistrado como verdade meridiana, aliás indiscutível mesmo que o art. 184 da Constituição federal, cometeu ao legislador ordinário a atribuição de prefixar os requisitos da acessibilidade aos cargos públicos, mas lhe pareceu inconstitucional "a orientação adotada pelo legislador de atribuir ao órgão administrativo a criação de requisitos para a inscrição ao concurso", e acrescentou salientando seu ponto de vista: "Se há a incompatibilidade defendida pelo impetrado, devia ela ter sido estabelecida em lei, na lei, que criou os cargos de Auxiliar de Fiscal de Rendas".

Êsse foi ainda o único fundamento do venerando acórdão recorrido que invocando a sempre abalizada opinião de Pontes de Miranda, sustentou que só a lei pode determinar os requisitos aludidos no art. 184 da Constituição, havendo fora da hipótese, vedada delegação legislativa.

A mim que me pareceu que nem a tese é absoluta, nem a hipótese de fato

é exata. O fato não é o mesmo que se depara na tese de Pontes de Miranda. O dispositivo do art. 4º, letra *b* do decreto regulamentar nº 35.092 de 1959, que atribuia ao DEA expedir Instruções Especiais, para cada concurso, não é original, pois repete apenas o que já estava consignado no art. 5º, nº I, da Lei 5.017 de 1958. O regulamento não acrescentou um requisito que não figurasse na lei. Assim, não há como se afirmar que a restrição emanasse do regulamento, ofendendo o texto do art. 184 da Constituição, no entendimento daqueles que encaram a expressão lei, em sentido técnico restritivo e específico. Conseqüentemente, as instruções baixadas pelo DEA, com fundamento no decreto regulamentar 35.092, tem suas raízes mais profundas na própria Lei nº 5.017.

Afirmei no decurso desta exposição de voto que a tese da não delegação legiferante não era absoluta e preciso esclarecer o meu pensamento.

A meu ver, ninguém lidou com maior clareza e proficiência desta questão, que o eminente Ministro Vítor Nunes Leal. Considerou-a em suas dificuldades, sob todos os prismas. Nada lhe escapou à observação e à crítica, encarando-a em face da proibição expressa, como nas Constituições de 34 e 46, já em face do permissivo expresso constante da Carta de 1937. Mas o que é exato e incontestável é que ainda em se tratando do regime de proibição expressa da legislação "Tôda lei passível da regulamentação contém em si mesma, certa margem, porque pequena que seja, de delegação ao poder executivo, ao qual compete expedir os regulamentos".

Não se trata de delegação no sentido técnico, mas de delegação necessária, implícita e acolhível indeclinàvelmente, sob pena de se desconhecer a necessidade do regulamento.

Por êsse motivo, explica o douto Vítor Nunes, é que não escapou a Pontes de Miranda ao comentar a Constituição de 1934, que o poder de regulamentar não podia deixar de ser uma dissimulação da expressa proibição da legislação delegada. Realmente, como acrescenta, se a lei é passível de regulamentação, se o regulamento é necessário, cabe em seu conteúdo o preenchimento dos claros para a perfeita aplicação da lei.

Não me parece portanto que a proibição da delegação legislativa possa ser levada às suas últimas conseqüências, o que chegaria ao absurdo de negar razão ao existir recurso do poder de regulamentar. O que se exige do regulamento é que êle se contenha no âmbito da lei, fixando-se nas suas lindes, submetendo-se à sua disciplina hierárquica, como também a lei pacienta as disposições constitucionais. Na espécie a restrição estava na lei e o regulamento apenas a reproduziu preenchendo aquela zona comum fronteiriça, indecisa, entre um e outro campo, já precisamente focalizada pelo gênio de Ruy Barbosa.

Assim, conheço e dou provimento ao recurso."

Mas, o eminente Sr. Ministro Ary Franco propôs que a questão fôsse submetida ao Tribunal Pleno.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) — Como viram os eminentes colegas, a questão está na interpretação mesma da Constituição.

A mim que parece que esta restrição de a mulher brasileira ocupar cargo público, só pode decorrer expressamente de lei, porque se não houver a lei que exclui a mulher, em cada caso, fica a questão prêsa à autoridade administrativa, à autoridade da banca examinadora ou organizadora do concurso. Então, pode variar a orientação de um dia para outro, trazendo a perplexidade e dúvida num direito que a Constituição só permite se altere em face de

lei, de lei expressa. Êste é o espírito da nossa Constituição.

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães — Na questão da idade, entendemos assim.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Na questão de idade, entendemos assim, como assinalou o eminente mestre, Ministro Hahnemann Guimarães. E, então sim. Nós julgamos assim com o voto do eminente Senhor Ministro Pedro Chaves, no caso daquele advogado, candidato a juiz, que queria entrar na magistratura de São Paulo, e que impugnou as instruções, o regulamento do concurso.

O Sr. Ministro Pedro Chaves — E, tendo feito o concurso, foi o primeiro colocado, entre mil e setecentos candidatos. Ali, o limite de idade foi fixado no edital do concurso. Eu procurei demonstrar que vinha de lei interior.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Se o concurso, em cada caso concreto, estabelecia as condições, então, neste caso do juiz, a banca examinadora fixou, nas inscrições, que sòmente podia ser candidato aquêle que tivesse até 40 anos.

No presente caso, a banca examinadora disse que só podem entrar na competição homens e não mulheres.

O Sr. Ministro Vitor Nunes Leal — Com a vênia de V. Exa. o eminente Sr. Ministro Pedro Chaves ponderou, e o Tribunal acolheu, na ocasião, que já havia lei, que é o Estatuto dos Funcionários Públicos, estabelecendo um limite de idade para o ingresso no serviço público. Fui vencido, mas estou estabelecendo a diferença entre os dois casos. É que havia lei permitindo o ingresso, no serviço público, estabelecendo limite de idade. As inscrições estabelecem limite de idade diferente.

No caso, não haveria lei dizendo que, para o cargo de fiscal de rendas, poder-se-iam inscrever candidatos do sexo feminino.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — O que o Tribunal entendeu e que sòmente a lei poderia fixar um limite de idade para o ingresso na magistratura, mesmo porque também o estatuto dos funcionários remetia a questão para os regulamentos. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, aliás, várias vêzes.

Então, se a Constituição diz que os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros baseando-nos em regulamento, em instruções de concurso.

A Constituição de 1937 falava, em leis e regulamentos e a Constituição de 1946, tendo em vista o modêlo da de 1937, não quis falar em regulamentos, mas, apenas em leis.

A participação da mulher na vida pública, como salientou o então Procurador Geral da República, Doutor Evandro Lins e Silva, está, realmente, tomando uma significação de conquista, mesmo, da mulher na sociedade e na vida pública brasileira e de todos os povos civilizados a ponto de já saírem elas da órbita terestre, vencendo vôos espaciais.

Destarte, Sr. Presidente, tenho no meu modo obscuro e modesto de entender, que sòmente a lei é que pode excluir a mulher da participação de funções públicas, dos concursos públicos.

Na hipótese concreta, não obstante as dúvidas que possam ocorrer a respeito, a mim me parece que a lei dizia que, em cada concurso, os regulamentos dariam as condições; e então, fundada nisso, é que a banca examinadora do concurso de São Paulo, pretendeu excluir a mulher.

Não havia — assinalo bem — dispositivo legal expresso dizendo que a mulher não pudesse participar de concurso.

Foi, apenas, aplicando regulamentos — aliás, o eminente Sr. Ministro Pedro Chaves, mesmo se referiu a uma delegação que poderia ser necessária —

foi aplicando essa delegação que a banca examinadora excluiu a mulher do concurso.

Entendo que isso não está de acôrdo com a nossa Constituição, porque isso varia, de efeito, varia de critério de banca para banca, de exame para exame — hoje entram mulheres, amanhã não entram — e, na hipótese concreta, assinalou o acórdão que já havia mulheres nesta carreira, em São Paulo.

Com estas considerações, julgo inconstitucional esta disposição regulamentar da lei de São Paulo.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro Chaves — Sr. Presidente, o eminente Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira já se deu ao trabalho de ler o longo e fastidioso voto que proferir, na Turma, salientando meu ponto de vista. E, neste voto, procurei sustentar a circunstância de que o regulamento não criou nada *ex nôvo*. Baseou-se nas leis anteriores, que admitiam, perfeitamente, essa distinção. E a doutrina, embora a Constituição fale em "igualdade de todos perante a lei", e, embora a Constituição torne possível a todos os brasileiros o acesso ao cargo público, a doutrina aconselha, sugere e admite que se faça a distinção, quando necessária ou conveniente ao serviço público. A lei achava que, nesses casos, era possível fazer essa distinção. O regulamento, aplicando a lei, discriminou entre o sexo masculino e o sexo feminino.

Penso que não há inconstitucionalidade nisso, e concluo pela constitucionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Hermes Lima — Sr. Presidente, também concluo pela constitucionalidade do regulamento, porque o art. 5º, da Lei Estadual nº 5.017, diz:

"As instruções para cada concurso determinarão:

1º) as condições especiais para provimento do cargo referente ao grau de instrução, diplomas, ou experiência do trabalho, capacidade física, limites de idade e sexo".

A lei deu ao regulamento êste poder, e deu bem, porque a distinção tem que se fazer em face de cada caso concreto, a ser enquadrado dentro das concondições previstas na lei. Não podia haver um critério de ordem geral.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) — Mas, aí, eminente mestre, o que ocorre é o seguinte: é que fica variando, o critério ao sabor das autoridades administrativas. No caso de idade, julgamos, aqui, que era inconstitucional.

O Sr. Ministro Hermes Lima — Não fica, segundo me parece, pròpriamente, "variando ao sabor das autoridades administrativas". Acho que não é possível estabelecer uma regra prévia, geral, e não é possível Senhor Presidente, porque princípio de que os cargos públicos são acessíveis a todos, deve ser aplicado dentro de um contexto de relações humanas. A aplicação dêsse princípio, varia, progride.

Por exemplo, na Constituição de 1891, que assegurava êsse mesmo princípio, as mulheres tinham muito menos acesso a cargos públicos do que têm na Constituição de 1946, que estabelece o mesmo princípio.

Os juízes, em 1891, seguramente, determinaram a reclusão das mulheres de serviços em que, hoje, elas são admitidas.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) — Veja V. Exa. que todo o desenvolvimento é no sentido do direito das mulheres.

O Sr. Ministro Hermes Lima — São os costumes, são os padrões culturais, os valôres de cada sociedade, que vão determinar a evolução através da qual as mulheres têm uma participação maior, cada vez mais importante, na vida pública.

Vemos, por exemplo, viajantes brasileiros, observadores brasileiros, estranharem muito que, em certos países, as mulheres são empregadas para trabalhos muito pesados, como direção de caminhões, lavagem noturna de ruas, trabalhos pesadíssimos que, em 1891, era inadmissível, entre nós pelo menos, que uma mulher fizesse.

Naturalmente, com o crescimento da população, as necessidades dos serviços públicos e administrativos, como, também, por fôrça de exigências da vida industrial moderna, as mulheres foram participando, cada vez mais intensamente, de ocupações e profissões e carreiras para as quais não eram, anteriormente, admitidas.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) — Daí, devo interpretar a Constituição, concluíndo que sòmente a lei expressa pode excluí-las da carreira.

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães — O art. 184 da Constituição, diz o seguinte:

"Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer".

O Sr. Ministro Hermes Lima — A meu ver, V. Exa. permitirá que o diga, não é a lei, porque isso tornaria muito rígida a aplicação do princípio.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) — Mas, a Constituição adota êste critério.

O Sr. Ministro Hermes Lima — Quando a lei, como é o caso da Lei Estadual de São Paulo, delega, pròpriamente, no regulamento, à autoridade, fazer essas distinções, a meu juízo, está obrando com discernimento, porque distinções têm que ser feitas em face da natureza de cada caso.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) — Fica ao sabor das autoridades, e não do texto. Aí está a ofensa à Constituição.

O Sr. Ministro Hermes Lima — Não fica ao sabor da autoridade, porque é de presumir-se que a autoridade tenha um critério normal.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) — No caso concreto, já há fiscal de rendas mulher, como assinalou o parecer da douta Procuradoria-Geral da República.

O Sr. Ministro Hermes Lima — É de presumir-se que a autoridade não seja inimiga das mulheres, e, realmente, com tôda a probabilidade, a autoridade não alimenta, nem quer conservar essa inimizade.

Penso que o regulamento não é inconstitucional, por comportar essa margem que eu não sei se poderia chamar de discricionariedade, porque, pròpriamente, não se trata de uma discricionariedade. Trata-se, realmente, de uma possibilidade de adaptar o princípio às condições de vida de cada sociedade, no momento em que êsse princípio é aplicado.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) — Mas é que, às vêzes, a lei pode ser inconstitucional. Se uma lei limitasse a uma mulher exercer o cargo de assistente jurídico, não obstante tratando-se de lei, seria uma lei inconstitucional.

Veja como V. Exa. e eu ficamos distanciados neste ponto.

O Sr. Ministro Hermes Lima — Pedindo licença ao eminente Sr. Ministro Relator, cujo voto, reconheço, tem o brilhantismo próprio dos seus pronunciamentos, acompanho o voto do eminente Sr. Ministro Pedro Chaves. Sou pela constitucionalidade do regulamento, pelas razões que brevemente tentei expor a V. Exa. e ao Tribunal.

VOTO

O Sr. Ministro Vitor Nunes — Sr. Presidente, o debate sôbre se podem ser estabelecidas condições de idade e sexo mediante regulamento ou instruções ad-

ministrativas que regulem concurso para cargo público, não é nôvo no Tribunal.

Quanto à idade, por duas vêzes o Tribunal Pleno admitiu a legitimidade das instruções, fundado precisamente, no art. 5º da Lei Estadual de São Paulo nº 5.017, de 16-12-58, que ora se discute. Refiro-me aos Mandados de Segurança ns. 8.784, de 26-7-61, e 8.703, de 13-9-61. Posteriormente, ainda no tocante à idade, o Plenário decidiu em contrário, considerando ilegítima a sua fixação pelas instruções. Recordo, a respeito os Embargos nº 47.978, de 15-3-63, o Recurso em Mandado de Segurança nº 10.150, de 30-7-62, e, na 2ª Turma, os Recursos Extraordinários ns. 48.223, de 9-1-62, 48.031, de 2-6-62 e 47.491, de 26-6-62.

Fiquei sempre vencido, Sr. Presidente, salvo nos primeiros casos indicados, em que, ocasionalmente, prevaleceu o ponto de vista que eu defendia.

Relativamente à condição do sexo, no caso, não foi estabelecida em razão do sexo, mas em presumida diferença de aptidão entre homens e mulheres para determinado serviço, êste Plenário já decidiu no mesmo sentido do voto que acaba de proferir o eminente Ministro Pedro Chaves. Refiro-me ao Recurso em Mandado de Segurança nº 8.683, de 30-8-61, de que foi Relator o eminente Ministro Vilas-Boas. Seu voto, na ocasião, logrou o apoio unânime dos presentes. Com base precedente, e com mais forte razão do que na questão da idade, onde existia limite fixado em lei anterior, mantendo o entendimento anteriormente manifestado.

O art. 5º da Lei estadual nº 5.017, de São Paulo, já foi lido pelo eminente Ministro Hermes Lima. Não se refere simplesmente ao sexo, mas também a grau de instrução, à experiência de trabalho, à capacidade física e à idade. Muitas vêzes, como no caso dos autos, a diferença, aparentemente estabelecida em razão do sexo, envolve, realmente, diferença de aptidão, no sentido mais amplo da palavra.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Mas, no caso concreto, o acórdão informa que já há mulheres na carreira de fiscais de renda em São Paulo.

O Sr. Ministro Pedro Chaves — Por isso mesmo, pela experiência, a conveniência da administração manda que não se admitam mulheres em maior número.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — O voto do eminente Ministro Vilas-Boas, no Recurso em Mandado de Segurança nº 8.783, focalizou bem êste aspecto. Disse S. Exa.: "A tendência hodierna é, inquestionàvelmente, para equiparação da mulher ao homem. Há, porém, setores da atividade humana em que a exação só adquire plenitude — e nisso é que está o interêsse público —, quando à pontualidade do servidor se conjuga a energia física, e não simplesmente a fôrça da persuasão. Ora, a Administração do Estado resolveu não conferir às mulheres, por enquanto, os encargos da Fiscalização de Rendas, sempre difíceis e ásperos, e o seu critério, que não é anticonstitucional, deve ser acatado".

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — No caso por exemplo, do Ministério das Relações Exteriores, decidiram excluir os candidatos do sexo feminino. No entanto, os Tribunais julgaram pela admissibilidade.

O Sr. Ministro Hermes Lima — V. Exa. não imagina, no serviço externo, como isso é ruim, porque não se tem de lidar só com a diplomata, mas também com o marido da diplomata, que não é diplomata. É uma coisa terrível.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — O eminente Ministro Gonçalves de Oliveira, que me honra com seus apartes, sustenta que só a lei pode estabelecer a questionada limitação. Em princípio, sim, Sr. Presidente, mas seria muito embaraçoso para a administração pública que as condições de aptidão física, ou

de outra natureza, de experiência do trabalho, etc. fôssem fixadas sempre por lei, e prèviamente à abertura de concurso.

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães — São as exigências do art. 184 da Constituição.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Não podemos é ler "regulamento", quando a Constituição fala em "lei" expressamente. V. Excia. está interpretando a Constituição de 1937, que dizia "leis e regulamentos". A de 1946 fala em "lei".

O Sr. Ministro Vitor Nunes — Com a vênia de V. Exa. estou interpretando a Constituição atual, que fala em "lei", no sentido mais amplo do vocábulo. Há dificuldades que resultam da natureza das coisas. A lei, pela impossibilidade de regular adequadamente o assunto de que trata, tem, necessàriamente, que deixar claros, para o regulamento, porque, do contrário, a Constituição não admitiria o poder regulamentar.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — V. Exa. está falando como legislador constituinte. Não foi isso o traçado na Constituição Brasileira.

O Sr. Ministro Vitor Nunes — A Constituição, que se refere à "lei" no art. 184, como no art. 141, § 14, é a mesma que confere ao Presidente da República o poder de expedir regulamentos, a mesma que atribui aos Ministros de Estado o poder de expedir instruções e circulares para boa execução das leis e regulamentos.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Mas não podem os regulamentos substituir as leis.

O Sr. Ministro Vitor Nunes — Mas que lei foi substituída, no caso dos autos, que permitisse às mulheres participar da fiscalização de rendas?

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — A Constituição fala em lei, não em instruções.

O Sr. Ministro Vitor Nunes — A lei anterior era omissa, no caso, deixando um claro a ser preenchido pelas normas de menor hierarquia que foram expressamente mencionadas na lei posterior, que estamos apreciando.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — As instruções variam dia a dia, de concurso para concurso. Assim ficaria ao sabor da autoridade administrativa permitir que a mulher entrasse no serviço público.

O Sr. Ministro Hermes Lima — Qual é a lei que veda que mulher se candidate à matrícula no Colégio Militar ou na Polícia Especial? É a capacidade física...

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Se uma lei vedasse a participação da mulher no cargo de Consultor Jurídico, essa lei seria manifestamente inconstitucional. Em relação ao serviço militar, pela própria natureza da função, é claro que a mulher não pode participar e a "legislação" militar o deixa claro. Mas não no caso concreto, em São Paulo, já há mulheres exercendo essa função. Só a lei pode fazer a exclusão.

O Sr. Ministro Hermes Lima — V. Exa. me perdoe, mas há países em que a mulher exerce efetivamente o serviço militar (Israel é um dêles). Isso depende ùnicamente do conjunto de costumes, valôres e padrões culturais reinantes em cada sociedade. Por isso é que é necessário haver flexibilidade.

O Sr. Ministro Vitor Nunes — O eminente Ministro Hermes Lima acentuou bem: os padrões culturais variam, não só em razão do lugar, mas igualmente em função do tempo. A mesma autoridade pública de São Paulo, que hoje está vedando o ingresso de mulheres na carreira de fiscal de rendas, tendo em vista, talvez, que ainda há, em São Paulo, regiões onde seria inconveniente confiar-lhes êsse encargo, poderá, amanhã, quando todo o Estado tiver o alto nível de civilização já alcançado por muitas de suas cidades, permitir o ingresso de mulheres nessa carreira.

Penso, Sr. Presidente, no interior de outros Estados em algumas regiões de Minas Gerais, do Nordeste...

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães — Não estamos discutindo em tese. Estamos discutindo a inconstitucionalidade da lei de São Paulo; a validade do regulamento em face da lei paulista.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Mas meu raciocínio...

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães — Que dêsse raciocínio se queira tirar conseqüência para dar validade à lei paulista, não é possível.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — V. Exa. admitiria que uma lei amazonense delegasse à autoridade administrativa baixar instruções pelas quais não se deveria dar às mulheres a incumbência de sair numa desprotegida canoa, que lá se chama, expressivamente, *montaria*, pela imensidão dos igarapés, no exercício de atividade fiscal?

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães — A lei é que deveria estabelecer expressamente a restrição de acôrdo com o art. 184, da Constituição.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Então com o perdão de V. Exa. minha divagação era admissível, porque se não aplicável a São Paulo, seria pertinente no Amazonas, onde V. Exa. também consideraria a lei inconstitucional. Minha divagação foi, antecipadamente, até onde iria o raciocínio de V. Exa.

Com estas considerações, acompanho o voto do eminente Ministro Pedro Chaves, lamentando muito divergir dos eminentes Ministros Gonçalves de Oliveira e Hahnemann Guimarães.

VOTO

O Sr. Ministro Vilas-Boas — Sr. Presidente, já manifestei minha opinião no Mandado de Segurança nº 8.783.

Leio aqui, na Constituição: "Artigo 184 — Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer."

Ela estabelece condições gerais, e o regulamento particulariza, especifica. Lá em São Paulo, essas condições especiais do art. 5º dizem:

"As instruções para cada concurso determinarão... grau de instrução, diploma ou experiência de trabalho, capacidade física, limites de idade e sexo."

Cumpriu, penso eu, o art. 5º o disposto no art. 184, da Constituição.

Estou de pleno acôrdo em que não há nenhuma antinomia entre os dois dispositivos.

Data venia do eminente Relator, acompanho o voto dos Srs. Ministros Vítor Nunes e Pedro Chaves.

VOTO

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães — Sr. Presidente, para ser coerente com o voto que dei a respeito da idade e corrigindo o voto a respeito do sexo, peço vênia para acompanhar o eminente Relator.

Entendo que as restrições só poderiam ser estabelecidas em lei, nos têrmos do art. 184, da Constituição, onde se enuncia que os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, com as restrições e requisitos que a lei estabelecer.

A lei paulista não estabeleceu nenhuma restrição; não podia a restrição, pois, ser criada pelo regulamento administrativo.

Data venia, acompanho o douto voto do eminente Ministro Gonçalves de Oliveira, relator.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro da Costa — Sr. Presidente, a questão é relevantíssima, porém, prometo ser breve.

Se fôsse examinar o caso em face, exclusivamente, do preceito constitucional, concluiria com o douto voto do eminente Ministro Gonçalves de Oliveira, relator. Mas entendo que, se a Constituição transfere para a lei regulamentar as condições pelas quais as pessoas de ambos os sexos podem ou não concorrer ao exercício de cargos públicos e se a lei paulista não impôs restrições a que a mulher pudesse exercer ou não a função, ou não disse expressamente que a mulher teria direito de exercê-la, ficou livre ao executor do concurso, a autoridade administrativa que recebeu delegação para fazê-lo dizer: As mulheres não podem candidatar-se a êste concurso pela impossibilidade física de exercer a função de fiscal de rendas.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Mas já exerciam, em São Paulo.

O Sr. Ministro Ribeiro da Costa — O interêsse da administração é relevante, no caso, aliás, nem preciso aludir a isso. Todo mundo sabe que uma senhora não pode exercer função de fiscal de rendas, porque não dispõe de condições físicas para resistir a certas situações graves e penosas, e nem das condições morais para enfrentar certos indivíduos que, evidentemete, por meios aparentemente delicados, procuram fraudar o interêsse do fisco. Ou mesmo por meios violentos. E por outros motivos aos quais uma senhora não possa repelir, não possa fazer face, ou não tenha fôrças para resistir.

O interêsse é da administração. Se a lei paulista dissesse, regulando o preceito constitucional, que as pessoas do sexo feminino poderiam concorrer a qualquer concurso, e as instruções restringissem, então eu entendia que essa restrição estava contra a lei e contra a Constituição, porque esta manda que àquela se obedeça.

Penso que o raciocínio lógico deve ser êste. Assim, não tomando mais tempo ao Tribunal *data venia* do eminente Ministro Relator acompanho o eminente Ministro Pedro Chaves.

VOTO

O Sr. Ministro Luís Gallotti (Presidente) — Tenho de votar em face do Regulamento em vigor.

Pedindo vênia aos eminentes Ministros Relator e Hahnemann Guimarães, por cujas opiniões tenho sempre o maior respeito eu me filio à opinião dos que votaram pela constitucionalidade e, em poucas palavras, vou dizer por quê.

No caso, a lei expressamente permite ao regulamento fixar critério de admissão quanto ao sexo, conforme a natureza e lugar do serviço, a bem do interêsse público. Então, a questão residiria em saber se estamos diante de uma delegação legislativa proibida pela Carta Magna. Penso que, a rigor, não.

Isso já sustentei, aliás, num caso não igual, mas com certa analogia, invocando inclusive, a opinião de Pontes de Miranda, em hipótese que se apresentara numa das Comissões da Câmara dos Deputados, em que se focalizava aquela questão.

Foi suscitado, nos debates, se seria possível à lei deixar ao Regulamento uma certa margem de fixação de critérios.

O eminente Ministro Hermes Lima mostrou, muito bem, que cumpre atender a critérios variáveis, no tempo e no espaço. Por conseguinte, há que deixar uma certa margem de ação ao poder regulamentar que compete ao Poder Executivo porque se tornaria difícil senão impraticável que a solução em cada caso tivesse de ser precedida por uma lei a ser votada pelo Poder Legislativo.

E dizia eu no caso a que me referi:

"Não há dúvida que a Carta Magna estabelece, *como regra*, a proibição das delegações legislativas.

Mas nunca poderia ter tido em mira impedir que, excepcionalmente, a própria lei possa, como único meio de bem realizar os seus fins, facultar ao Poder

Executivo a fixação de cotas, percentagens, preços máximos, etc.

Porque, se o impedisse, estaria tornando inexeqüível aquilo que ela mesma peremptòriamente estatui em outros artigos, o que não há como admitir."

Por essas razões, também voto pela constitucionalidade.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Decidiu-se pela constitucionalidade, por ela votaram os Ministros Pedro Chaves, Hermes Lima, Vítor Nunes, Vilas-Boas, Ribeiro da Costa e Luís Gallotti (Presidente). Pela inconstitucionalidade votaram os Ministros Relatores e Hahnemann Guimarães.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Luís Gallotti.

Relator: o Exmo. Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros Hermes Lima, Pedro Chaves, Vítor Nunes, Gonçalves de Oliveira, Vilas-Boas, Luís Gallotti, Hahnemann Guimarães e Ribeiro da Costa.

Ausentes, por se acharem licenciados, os Exmos. Srs. Ministros Ari Franco e Lafayette de Andrada.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Cândido Mota Filho.